



**HAL**  
open science

# Le rôle de la Cour de justice de l'Union européenne dans le processus de constitution et d'évolution du marché intérieur des marchandises

Jacques Hémon

► **To cite this version:**

Jacques Hémon. Le rôle de la Cour de justice de l'Union européenne dans le processus de constitution et d'évolution du marché intérieur des marchandises. Droit. Université de Rennes, 2015. Français. NNT : 2015REN1G007 . tel-01215539

**HAL Id: tel-01215539**

**<https://theses.hal.science/tel-01215539>**

Submitted on 14 Oct 2015

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

ANNÉE 2015



**THÈSE /UNIVERSITÉ DE RENNES 1**  
**sous le sceau de l'Université Européenne de Bretagne**

pour le grade de  
**DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ DE RENNES 1**

Mention : **Droit**

**Ecole doctorale SHOS**

présentée par

**Jacques HEMON**

Préparée à l'unité de recherche IODE-CEDRE  
UMR CNRS 62-62  
Institut de l'Ouest : Droit et Europe  
IODE

---

**Intitulé de la thèse**

**Le rôle de la Cour de Justice de  
l'Union Européenne dans le  
processus de constitution et  
d'évolution du marché intérieur  
des marchandises.**

Thèse soutenue à Rennes le 26 juin 2015  
devant le jury composé de :

**Yves PETIT**

Professeur, Université de Lorraine,  
rapporteur.

**Florence AUBRY-CAILLAUD**

Professeur, Université de Bordeaux,  
rapporteur.

**Danielle CHARLES LE BIHAN**

Professeur, Université de Rennes 1,  
membre.

**Daniel GADBIN**

Directeur de thèse, Université de Rennes 1

*à Viviane, Maiwenn, Sterenn*

## SOMMAIRE

Sommaire	3
Introduction	5
Première partie : L'élaboration d'un mode d'emploi du marché intérieur à l'interface du traité et des législations communautaires et nationales	39
Titre 1 – La jurisprudence constructive de la Cour de Justice	41
Chapitre 1 – L'effet « Big-Bang » de « l'arrêt Cassis de Dijon »	42
Chapitre 2 – Une jurisprudence constructive bornée par le respect des compétences étatiques et l'état de la législation de l'Union Européenne	60
Titre 2 : Le difficile compromis entre l'efficacité de l'action de la Cour et sa légitimité	124
Chapitre 1- Un pouvoir d'influence de la CJCE/CJUE potentiellement défavorable aux valeurs non économiques	126
Chapitre 2- Une conciliation nécessaire mais difficile entre l'objectif d'un marché unique et la nature complexe du marché et des marchandises	164
Seconde partie : La recherche laborieuse d'une cohérence jurisprudentielle pour concilier le marché intérieur et les nouvelles politiques de l'Union	235
Titre 1 – Une jurisprudence soucieuse d'adaptation à l'évolution du système des politiques de l'Union	236
Chapitre 1 – Une jurisprudence pragmatique illustrée, en amont, par une interprétation évolutive du champs d'application des articles 34 et 36 TFUE	236
Chapitre 2- Une jurisprudence pragmatique illustrée, en aval, par une interprétation évolutive des conditions et des motifs de dérogation à l'interdiction des entraves aux échanges : l'exemple du principe de précaution	292
Titre 2 : Les clés d'une jurisprudence légitime	316
Chapitre 1 – Une jurisprudence légitimée grâce aux critères combinés des compétences étatiques et des valeurs non économiques	317
Chapitre 2 – Une évolution souhaitable vers l'unité jurisprudentielle fondée sur le critère revisité de l'accès au marché	348

Conclusion générale	434
Bibliographie	455
Table des matières	466

# LE RÔLE DE LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPEENNE DANS LE PROCESSUS DE CONSTITUTION ET D'EVOLUTION DU MARCHE INTERIEUR DES MARCHANDISES

Jacques HEMON

## Introduction

Le 25 juillet 2012, le ministre français du Redressement Productif annonçait le lancement d'une campagne de publicité financée par l'État et destinée à promouvoir le « made in France ». <sup>1</sup> On ne fera pas l'injure à un membre du gouvernement français, avocat de surcroit, d'imaginer un instant qu'il ait pu ignorer un principe du droit communautaire aussi fondamental que celui de la libre circulation des marchandises. En effet, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) <sup>2</sup> condamne les mesures protectionnistes auxquelles il convient sans équivoque d'associer les dispositions incitant au chauvinisme économique. <sup>3</sup> Au delà de son caractère politique, <sup>4</sup> une telle déclaration provenant du gouvernement d'un État membre fondateur de la CEE ne raisonne-t-il pas comme l'aveu d'un échec ? A tout le moins ne révèle-t-il pas le caractère inachevé du marché intérieur (A) plus d'un demi siècle après la signature du Traité de Rome, alors même que la réalisation dudit marché demeure l'une des fondations du projet politique de l'Union européenne ? La réponse à cette question passe inévitablement par l'observation du rôle fondamental exercé en ce domaine par l'organe juridictionnel de l'UE qui se situe à l'interface du traité, du droit communautaire et des

---

<sup>1</sup> « Le gouvernement engagera une campagne de mise en valeur du « Made in France » de l'automobile française et nous avons demandé avec (la ministre de la Culture) Aurélie Filipetti, à des cinéastes engagés de signer grâce à leur rayonnement international, leur talent, les publicités en faveur de l'automobile française et du fabriqué en France ». (Extrait du discours de Monsieur Arnaud Montebourg, à l'issue du Conseil des ministres, le 25 juillet 2012). Les encouragements à acheter français étaient repris par la ministre du Commerce extérieur, Madame Nicole Bricq lors d'une allocution en début d'année 2013.

<sup>2</sup> Nouvelle dénomination de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) depuis le traité de Lisbonne.

<sup>3</sup> Arrêt du 24 novembre 1982, « Commission des Communautés européennes contre Irlande », affaire 249/81, Rec. 1982, p. 4005.

Voir également les conclusions de l'avocat général M. M. Poiares Maduro dans l'arrêt du 14 septembre 2006, « Alfa Vita Vassilopoulos et Carrefour-Mrinopoulos » affaires C-158/04 et C-159/04, Rec. 2006, p. I-8135, point 43 :

« Toute discrimination à raison de la nationalité, qu'elle soit directe ou indirecte est prohibée. Il est évident, par exemple qu'un programme de campagne publicitaire faisant la promotion de l'achat de produits nationaux au détriment des échanges intracommunautaires constitue une infraction aux règles du traité. »

<sup>4</sup> ...dont l'analyse se trouve en dehors du sujet de notre étude.

législations nationales (B) et contribue à l'élaboration d'un véritable mode d'emploi du marché intérieur (C). Celui-ci se matérialise dans des arrêts fondateurs dont on appréciera le caractère interventionniste et téléologique dans le domaine de la libre circulation des marchandises (D). Notre introduction est également l'occasion de préciser l'objet de notre réflexion et la méthodologie employée (E).

## A- Le marché intérieur, une œuvre inachevée

Selon la lettre du traité, le marché intérieur est largement conditionné par une économie compétitive gage d'un « *développement harmonieux et équilibré des activités économiques dans l'ensemble de la Communauté, d'une croissance durable ... d'un niveau d'emploi et de protection sociale élevé, d'un relèvement du niveau et de la qualité de la vie ...* ». <sup>5</sup> C'est pourquoi, l'article 2 du traité CE accorde à l'établissement du marché commun une place prééminente, tandis que l'article 26-2 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne précise que « *le marché intérieur comporte un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée selon les dispositions du traité* ». La première de ces libertés constitue l'« *un des fondements de la Communauté* » <sup>6</sup> et correspond logiquement à la liberté économique la plus aboutie en tant que « *première étape du marché intérieur* ». <sup>7</sup>

Les premières étapes de la construction du marché intérieur des marchandises sont inscrites dans les traités originels. <sup>8</sup> Cependant, grâce au nombre restreint des États fondateurs et à une conjoncture économique favorable, l'Union douanière a été réalisée dès le mois de juillet

---

<sup>5</sup> Ces vertus attribuées au marché unique sont soulignées par le Président de la Commission européenne, M. José Manuel Barroso dans sa lettre de mission à M. Mario Monti, le 20 octobre 2009 : « *Un affaiblissement du marché unique éroderait la base de l'intégration économique et de la croissance et de l'emploi dans l'Union européenne à un moment où l'émergence de nouvelles puissances mondiales et de grands défis environnementaux rendent la cohésion communautaire plus nécessaire que jamais dans l'intérêt des citoyens européens et de la gouvernance mondiale.* » Rapport au Président de la Commission européenne José Manuel Barroso, présenté par M. Mario Monti le 9 mai 2010.

<sup>6</sup> Voir notamment les arrêts du 9 décembre 1997, « Commission contre France », Rec. 1997, p. I-6959, point 24; du 30 avril 1996, « CIA Security International », affaire C-194/94, point 40; du 12 juin 2003, « Schmidberger », affaire C-112/00, Rec. 2003, p. I-5659, point 78 ; du 15 novembre 2005, « Commission contre République d'Autriche », affaire C-320/03, Rec. 2005, p. I-9871, point 63 ; du 14 septembre 2006, « Alfa Vita Vassilopoulos et Carrefour-Marinopoulos affaires », C-158/04 et C-159/04, Rec. p. I-8135, point 14.

<sup>7</sup> Malcom Jarvis, "The application of EC Law by National Courts - The free Movement of Goods" Malcolm Jarvis, Clarendon Press-Oxford, 1988, p. 3.

A noter également la place particulière de la liberté de circulation des marchandises par rapport aux autres libertés dans le traité sur le fonctionnement de l'UE. Le régime applicable à la première liberté figure dans le titre II de la troisième partie du traité intitulé « Les politiques et actions internes de l'Union » tandis que les règles applicables aux secondes sont regroupées dans le titre IV de la même partie. Les principales sources du droit primaire de la libre circulation des marchandises sont inscrites dans les articles 34 et suivants du TFUE.

<sup>8</sup> Article 12 et suivants du traité de Rome.

1968, soit avec 18 mois d'avance sur l'échéance fixée. Quant aux obstacles non tarifaires, ils se sont alors révélés comme de redoutables instruments protectionnistes, plus encore que les droits de douane. En effet, à l'importation ces derniers pénalisent le produit originaire des autres États membres mais sans toutefois pouvoir l'exclure totalement du marché d'importation. En revanche, des normes techniques imposées par l'État d'importation peuvent conduire à en interdire l'accès à des produits provenant d'États membres plus « laxistes ». La production à l'échelle de la Communauté requiert alors la mise aux normes des pays d'exportation, avec pour conséquence une nécessaire diversification de cette production et un coût unitaire plus élevé.<sup>9</sup>

Sans aller jusqu'à présenter la réalisation du marché intérieur comme une sorte d'idéal inaccessible, il faut bien reconnaître que l'œuvre reste inachevée et le restera pour longtemps encore,<sup>10</sup> même si la lettre du traité pouvait laisser croire le contraire. L'article 7 A du traité CE n'affichait-il pas la prétention d'établir progressivement le marché intérieur à l'échéance du 31 décembre 1992 ?<sup>11</sup> La réalité s'est cruellement révélée aux autorités communautaires. La nature de la tâche n'est pas étrangère à cet état de fait. Le rapport Monti précité explique cette situation par le constat que les produits évoluent constamment en fonction des goûts des consommateurs et des nouvelles technologies. Il relève également que les obstacles liés aux pratiques et aux réglementations nationales perdurent.<sup>12</sup>

Les décideurs et les acteurs de la réalisation du marché intérieur l'ont bien compris. La prise de conscience des premiers apparaît à la lecture des modifications apportées par le traité de Lisbonne. La version consolidée du traité sur l'Union européenne dispose en effet dans son article 3 que « *L'Union établit un marché intérieur* » tandis qu'une version plus modeste et réaliste dispose dans son article 26 que « *l'Union adopte les mesures destinées à établir ou assurer le fonctionnement du marché intérieur ...* ». Face à la crise, le marché intérieur

---

<sup>9</sup> Dans un tel contexte inégal de concurrence, les PME sont particulièrement pénalisées. Voir Nicolas Moussis, « Accès à l'Union européenne : droit, économie, politique », Rixensart, European Study Service, 13<sup>ème</sup> édition révisée).

<sup>10</sup> « *Le marché unique est à l'origine une idée de l'Europe, il est aussi son œuvre inachevée. ...Par chaînons manquants et blocages, on entend que, dans de nombreux domaines, le marché unique existe en théorie, mais que, dans la pratique de multiples barrières et obstacles réglementaires fragmentent les échanges commerciaux à l'intérieur de l'UE et compromettent l'initiative économique et l'innovation.* » (extrait du rapport Monti précité, p. 43).

Voir également les conclusions de l'avocat général Jacobs dans l'affaire du 9 février 1995, « Leclerc-Siplec », affaire C-412/93, Rec. 1995, p. I-179, point 21 : « *Dans des marchés qui, malgré le processus d'intégration économique amorcé par le traité, sont toujours dans une large mesure divisés et cloisonnés en suivant le tracé des frontières nationales, il est probable que les marques connues appartiennent de manière prédominante à des producteurs nationaux.* »

<sup>11</sup> « *La communauté arrête les mesures destinées à établir progressivement le marché intérieur au cours d'une période expirant le 31 décembre 1992...* »

<sup>12</sup> Rapport Monti : L'auteur du rapport explique que pour les raisons précitées, ce serait une erreur de croire que le processus est achevé.



redevient pour l'exécutif communautaire un axe majeur qualifié d'« *objectif stratégique* ». Nul doute que la Cour de justice de l'Union européenne se trouve au cœur du dispositif qui doit conduire à sa réalisation.

## B- La CJUE à l'interface du traité, du droit communautaire dérivé et des législations nationales

Aux termes de l'article 4 du traité de Rome, la Cour devait contribuer à la réalisation des tâches confiées à la Communauté.<sup>13</sup> Cette phrase lapidaire traduit mal l'influence de sa jurisprudence sur l'interprétation et la mise en œuvre du principe de libre circulation des marchandises.

D'une manière générale, l'influence de la CJCE/CJUE s'explique d'abord par le cadre original, pour ne pas dire exceptionnel dans lequel elle est appelée à intervenir. Le renoncement par les États membres à une partie significative de leur souveraineté au profit de la Communauté dans un processus d'intégration, impliquait l'existence de règles impératives et la présence d'un organe juridictionnel de contrôle. Or, le niveau ou la qualité de l'intégration d'un ensemble régional se reflète dans la nature et le fonctionnement de ses institutions. Précisément, le rôle dévolu au juge communautaire constitue à cet égard un révélateur du degré d'intégration institutionnelle et normative de l'Union européenne. Naturellement, ce constat vaut également pour les autres ensembles régionaux, même si l'observation de différents modèles d'intégration régionale révèle une grande diversité. En effet, si la Cour de justice des communautés européennes a longtemps servi de modèle (au point d'être parfois citée expressément dans les décisions d'autres juridictions),<sup>14</sup> l'Union européenne n'est plus aujourd'hui le seul ensemble régional disposant d'une juridiction permanente et indépendante des États membres et soumis à son autorité. Observons le continent africain qui compte une douzaine de juridictions régionales,<sup>15</sup> mais aussi l'Amérique latine,<sup>16</sup> sans oublier l'Europe.<sup>17</sup>

---

<sup>13</sup> Article 4 du traité de Rome : « *La réalisation des tâches confiées à la Communauté est assurée par : un Parlement européen ; un Conseil ; une Commission ; une Cour de justice...* ».

<sup>14</sup> Cour de justice SICA, du 27 novembre 2001, Nicaragua vs Honduras (La Cour SICA se réfère expressément aux arrêts Costa / Enel ( CJCE, 15 juillet 1964, « Costat contre E.N.E.L. », affaire 6/64, Rec. 1964, p. 1141) et Van Gend en Loos (5 février 1963, « Van Gend & Loos », affaire 26/62, Rec. 1963, p. 3) de la CJCE. Voir Eric Carpano, « Le règlement des litiges dans les intégrations régionales internationales – Essai de typologie, in « Les intégrations régionales, une approche comparative », p. 45, sous la direction de Jacques Hémon, Edition Octares (2013).

<sup>15</sup> Cour africaine des droits de l'homme, Cour de l'Union africaine et de la Communauté économique africaine, Instance judiciaire de l'Union du Maghreb Arabe (UMA), Cour de la Communauté d'Afrique de l'est (EAC), Cour du Marché commun d'Afrique orientale et centrale (COMESA), Tribunal de la Communauté pour le développement de l'Afrique

De plus, une étude comparative des organes judiciaires ou juridictionnels des intégrations régionales démontre que le modèle de la CJCE/CJUE est parfois dépassé par des juridictions cumulant des fonctions internes et régionales.<sup>18</sup>

Ainsi le rôle et le fonctionnement de ces institutions permettent une distinction et un classement parmi les juridictions « communautaires » ou les juridictions internationales classiques. Les premières partagent plusieurs traits communs témoignant du degré d'intégration des organisations auxquelles elles appartiennent.

Le premier de ces traits tient à la compétence obligatoire et exclusive de la Cour dans les cas prévus par les traités. Sur ce dernier point, on reproche parfois à la CJCE/CJUE de dépasser son rôle de juridiction en imposant des solutions aux États membres dans le cadre du recours en constatation de manquement, concernant des domaines où les États membres ne disposent que de pouvoirs limités.<sup>19</sup> Peut-on craindre une forme de détournement de pouvoirs ? Il appartient en réalité à la Cour d'encadrer l'exercice par les États membres de leur compétence réservée, en veillant notamment à ce que les mesures nationales ne constituent pas des restrictions déguisées à la libre circulation des marchandises. Cantonnée dans ce rôle, l'action de la Cour ne peut être assimilée à l'exercice d'un pouvoir normatif.<sup>20</sup>

---

orientale (SADC), Cour de la Communauté économique de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO), Cour de l'Union économique et monétaire Ouest Africaine (UEMOA), Cour de la Communauté économique des États de l'Afrique Centrale (CEMAC), Cour commune de Justice et d'arbitrage de l'Organisation de l'harmonisation du droit des affaires en Afrique (OHADA). Voir Eric Carpano, « Le règlement des litiges dans les intégrations régionales internationales – Essai de typologie (précité).

<sup>16</sup> La Cour de justice de la Caraïbe (CARICOM), la Cour de justice andine (SAI) ou la Cour de justice du marché commun d'Amérique centrale (SICA).

<sup>17</sup> Les Cours du BENELUX et de l'AELE et la Cour européenne des droits de l'homme.

<sup>18</sup> Notamment en Amérique centrale et dans la Caraïbe. Voir Eric Carpano, « Le règlement des litiges dans les intégrations régionales internationales – Essai de typologie (précité).

<sup>19</sup> Conformément à l'article 258 TFUE, « *Si la Commission estime qu'un Etat membre a manqué à une des obligations qui lui incombent en vertu des traités, elle émet un avis motivé à ce sujet, après avoir mis cet état en mesure de présenter ses observations. Si l'Etat en cause ne se conforme pas à cet avis dans le délai déterminé par la Commission, celle-ci peut saisir la Cour de justice de l'Union européenne.* » L'article 259 du traité ajoute que « *chacun des Etats membres peut saisir la Cour de justice de l'Union européenne s'il estime qu'un autre Etat membre a manqué à une des obligations qui lui incombent en vertu des traités. Avant qu'un Etat membre n'introduise, contre un autre Etat membre, un recours fondé sur une prétendue violation des obligations qui lui incombent en vertu des traités, il doit en saisir la Commission. La Commission émet un avis motivé après que les Etats intéressés ont été mis en mesure de présenter contradictoirement leurs observations écrites et orales. Si la Commission n'a pas émis l'avis dans un délai de trois mois à compter de la demande, l'absence d'avis ne fait pas obstacle à la saisine de la Cour.* »

En cas d'inexécution de l'arrêt, la Cour peut en vertu de l'article 260 TFUE, infliger à l'Etat récalcitrant, le paiement d'une somme forfaitaire ou d'une astreinte.

Ajoutons que le rapport Monti (précité) propose que la décision de la Commission constatant une infraction créée, pour l'Etat membre destinataire, une obligation immédiate de se mettre en conformité, sans préjudice de son droit de contester la décision devant la CJUE.

<sup>20</sup> « *Une telle action ne constitue pas un détournement de l'article 152 CE parce qu'elle ne permet pas à la Commission, ni à la Cour de se substituer à l'Etat membre concerné et d'imposer à celui-ci, une solution plutôt qu'une autre. Elle n'est donc pas assimilable à un pouvoir normatif. Elle a seulement pour effet d'encadrer l'exercice, par cet Etat membre, de sa compétence réservée, ..., en précisant les limites qui découlent des libertés de circulation que tous les Etats membres se sont engagés à respecter, en concluant puis en ratifiant le traité.* (Conclusions de l'Avocat général Yves Bot, point 91 dans l'

Le second trait se traduit par l'accessibilité des particuliers à la Cour (bien que ces derniers ne soient pas considérés comme des requérants privilégiés devant la CJUE <sup>21</sup>), soit directement, soit indirectement en se prévalant de dispositions du droit primaire ou dérivé à effet direct devant leurs juridictions nationales.<sup>22</sup> Précisément, la Cour a reconnu l'effet direct des règles du marché intérieur, facteur d'efficacité dans la lutte contre les obstacles aux échanges inter étatiques, dans la mesure où elle permet une collaboration des agents économiques au contrôle du respect des règles concernées.<sup>23</sup> Toutefois la reconnaissance explicite de l'effet direct de l'article 30 CE (article 34 TFUE) n'a été explicitement confirmée que tardivement.<sup>24</sup> Quant au droit dérivé, l'applicabilité directe des règlements<sup>25</sup> génère logiquement un effet direct au profit des particuliers. Pour autant, la Cour n'exclut pas que les directives, alors même qu'elles ne sont pas directement applicables, puissent également conférer aux particuliers des droits dont ils peuvent se prévaloir devant les juridictions nationales. Un tel effet suppose que le délai de transposition de la directive en question soit écoulé et qu'elle soit suffisamment précise et inconditionnelle.<sup>26</sup>

---

Arrêt du 11 septembre 2008, « Commission des Communautés européennes contre République Fédérale d'Allemagne », affaire C-141/07, Rec. 2008 p. 6935).

<sup>21</sup> Les possibilités de recours des particuliers devant la juridiction communautaire sont limitées.

Voir en ce sens l'arrêt du 5 mai 2011, « MSD Sharp & Dohme GmbH contre Merckle GmbH », affaire C-316/09, Rec. 2011, p. I-3249 dans lequel la Cour précise que « l'article 267 TFUE n'ouvre pas de voie de recours aux parties à un litige pendant devant le juge national de sorte que la Cour ne saurait être tenue d'apprécier la validité du droit de l'Union pour le seul motif que cette question a été invoquée devant elle par l'une des parties dans ses observations écrites » (point 23).

Dans l'arrêt du 12 juillet 2012, « Association Kokopelli contre Graines Baumaux SAS », affaire C-59/11 (non encore publiée), la Cour rappelle que si « des personnes physiques ou morales ne peuvent pas, en raison des conditions de recevabilité visées au quatrième alinéa de l'article 263 TFUE, attaquer directement des actes de l'Union de portée générale, ils ont néanmoins la possibilité, selon les cas, de faire valoir l'invalidité de tels actes soit, de manière incidente en vertu de l'article 277 TFUE, devant le juge de l'Union, soit devant les juridictions nationales et d'amener celles-ci, qui ne sont pas compétentes pour constater elles-mêmes l'invalidité desdits actes, à interroger à cet égard la Cour par la voie de questions préjudicielles » (point 34).

<sup>22</sup> Une disposition du droit communautaire primaire ou dérivé produit des effets directs lorsqu'elle confère aux particuliers des droits dont ils peuvent se prévaloir devant leurs juridictions nationales.

<sup>23</sup> Arrêt du 24 mars 2009, « Danske Slagterier contre Bundesrepublik Deutschland », affaire C-445/06, Rec. 2009, p. I-2119, La Cour en déduit que « les particuliers qui ont été lésés par la transposition et l'application incorrectes des directives peuvent se prévaloir du droit à la libre circulation des marchandises afin de pouvoir engager la responsabilité de l'Etat en raison de la violation du droit communautaire » (point 26).

<sup>24</sup> Timmerman Chistian W.A., « La libre circulation des marchandises », in « Trente ans de droit communautaire », Collection Perspectives européennes, Bruxelles, Commission des Communautés européennes, 1982, p. 280.

Voir l'arrêt du 22 mars 1977, « Ianelli contre Meroni », affaire 74/76, Rec. 1977, p. 557, point 13 : « Attendu que l'interdiction des restrictions quantitatives et des MEERQ édictée à l'article 30 du traité...ne nécessite, pour sa mise en œuvre, aucune intervention ultérieure des Etats membres ou des institutions. Qu'elle a, dès lors, un effet direct et engendre pour les particuliers des droits que les juridictions nationales doivent sauvegarder... ».

Voir également les arrêts du 29 novembre 1978, « Pigs Marketing Board contre Raymond Redmond », affaire 83/78, Rec. 1978, p.2347, point 66 et du 8 novembre 1979, « Denkavit », affaire 251/78, Rec. 1979, p. 3369, point 3.

<sup>25</sup> Les dispositions communautaires directement applicables dans les Etats membres ne nécessitent aucune mesure de transposition dans les droits nationaux.

<sup>26</sup> Arrêt du 5 avril 1979, « Ministère public contre Tullio Ratti », affaire 148/78, Rec. 1979, p. 1629, points 23 et 24.

Le rapport Monti précise que 80% des règles du marché unique sont établies au moyen de directives qui présentent l'avantage de favoriser un meilleur « ajustement » de son contenu aux situations locales. En revanche les règlements présentent de meilleures garanties en terme de clarté, de prévisibilité et d'efficacité. Ils garantissent également une plus grande égalité des citoyens et des entreprises auxquels ils offrent également de plus grandes possibilités de recours (p. 112). A cet égard, M. Monti relève également que 55% des directives ne sont pas transposées dans les délais requis.

Un troisième trait concerne le rapport particulier qui s'établit entre le juge national, juge communautaire de droit commun et la CJUE, garante de l'uniformité d'interprétation dans le cadre de la procédure du renvoi préjudiciel en interprétation.<sup>27</sup> Cette situation est liée à l'existence d'une forme de décentralisation de l'application du droit communautaire dans les États membres, conséquence des principes de primauté et d'effet direct. Logiquement les tribunaux nationaux deviennent les juridictions naturelles pour en assurer la bonne application. En ce sens, on peut affirmer que les tribunaux nationaux ont participé activement à la construction de l'ordre juridique communautaire en général et à celui du marché intérieur en particulier.<sup>28</sup> En effet, la procédure instituée par l'actuel 267 du TFUE constitue un instrument de coopération entre la Cour et les juridictions nationales, grâce auquel la première fournit aux secondes les éléments d'interprétation requis pour la résolution des litiges qui leur sont soumis.<sup>29</sup> Ce lien privilégié entre les juridictions nationales et la Cour de justice de l'Union européenne est considéré par la doctrine comme l'une des « success stories » majeures de l'intégration européenne.<sup>30</sup> En effet, les interprétations préjudicielles de la Cour ont révélé la majorité des grands principes du droit communautaire tels que celui de la primauté du droit communautaire sur les droits nationaux et celui de l'effet direct.

Logiquement, la procédure du renvoi préjudiciel ne permet pas à la Cour de statuer sur la compatibilité d'une disposition nationale avec le droit communautaire,<sup>31</sup> à l'inverse du recours en constatation de manquement. Tout au plus peut-elle « *dégager des éléments du libellé de la question formulée par la juridiction nationale, les éléments relevant de*

---

<sup>27</sup> Conformément à l'article 267 du TFUE, « *la Cour de justice l'Union européenne est compétente pour statuer, à titre préjudiciel :*

a) *sur l'interprétation des traités,*

b) *sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union.*

*Lorsqu'une telle question est soulevée devant une juridiction d'un des États membres, cette juridiction peut, si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, demander à la Cour de statuer sur cette question... ».*

<sup>28</sup> Miguel Pinares Maduro, " We the Court, The European Court of Justice and the European Economic Constitution, A critical reading of Article 30 of the EC Treaty", Oxford Portland Oregon, 2002, p. 30.

<sup>29</sup> Voir à titre d'exemples parmi d'autres, les arrêts du 8 octobre 1990, « Dzodzi contre Etat belge », affaires C-297/88 et C-197/89, Recueil 1990, p.I-3763, point 33, du 8 novembre 1990, « Gmurzynska-Bscher contre Oberfinanzdirektion Köln », affaire C-231/89, Rec. 1990, p.I-4003, point 18 ; du 16 juillet 1992, « Meilicke contre ADV-ORGA », affaire C-83/91, Rec. 1992, p. I-4871, point 22 ; du 17 septembre 2002, « Baumbast- et R », affaire C-413/99, Rec. 2002, p. I-7091, point 31 ; du 12 juin 2003 « Schmidberger », affaire C-112/00, Rec. 2003, p. I-5659, point 30 ; du 20 janvier 2005, « Salgado Alonso », affaire C-306/03, Recueil 2005, p. I-705, point 40 ; du 17 avril 2007, « AGM COS.MET Srl contre Suomen Valtio, Tarmo Lehtinen », affaire C-470/03, Rec. 2007, p.I-2749, point 43.

<sup>30</sup> Jacqué and Weiler, « On the road to European Union-A New Judicial architecture : An Agenda for the Intergovernmental conference » (1990)27 CMLR, p. 185 et 186.

<sup>31</sup> Il s'agit là d'un rappel fréquent de la Cour aux juridictions nationales. Voir par exemple les arrêts du 12 octobre 1978, « Joh. Eggers Sohn & Co. Contre Freie Hansestadt Bremen », affaire 13/78, Recueil 1978, p. 1935, point 19 ; du 13 mars 1986, « Ministère public contre Albert Mirepoix », affaire 54/85, Rec. 1986 p. I-1986, p. 1067, point 6 ; du 18 février 1987, « Ministère public contre Arthur Mathot », affaire 98/86, Rec. 1987 p.I-809, point 6 ; du 13 mars 1986, « Ministère public contre Albert Mirepoix », affaire 54/85, Rec. 1986, p.I-1067, point 6 ; du 3 février 2000, « Chalarampos Dounias contre Ministère de l'Economie », affaire C-228/98, Rec. 2000, p. I-7113, point 36.

*l'interprétation du droit communautaire* ». Il n'appartient pas davantage à la Cour de se prononcer dans le cadre d'un recours préjudiciel, sur l'interprétation de dispositions nationales ni de juger si l'interprétation qu'en donne la juridiction de renvoi est correcte.<sup>32</sup>

En revanche, il appartient à la juridiction nationale d'apprécier tant la nécessité d'un renvoi préjudiciel auprès de la CJUE que la pertinence de son objet.<sup>33</sup> En effet, l'article 267 alinéa 2 du TFUE stipule que lorsqu'une question sur l'interprétation ou la validité des traités ou du droit communautaire dérivé est soulevée devant une juridiction d'un État membre, cette juridiction peut, si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, demander à la Cour de statuer sur cette question. Précisons toutefois que, conformément à l'article 267 troisième alinéa du traité, lorsqu'une question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un renvoi juridictionnel de droit interne, cette juridiction est tenue de saisir la Cour.<sup>34</sup> Néanmoins, la portée de cette affirmation doit être relativisée à la suite de plusieurs interprétations restrictives de cette disposition du traité par la Cour, toutes fondées sur une logique de bon sens.

---

<sup>32</sup> Arrêt du 14 février 2008, « Dynamic Medien Vertriebs GmbH contre Avides media AG », affaire C-244/06, Rec. 2008, p. I-505, point 19.

Cette distinction de principe n'est toutefois pas systématiquement respectée par la Cour de justice. M. Lawrance Collins affirme que « *The distinction between interpretation of Community law and ruling on the validity of national law is as elusive as the distinction between interpretation and application* ». European Community Law in the United Kingdom, Butterworths, Third edition, 1984, p.167.

<sup>33</sup> Arrêt du 29 novembre 1978, « Pigs Marketing Board contre Raymond Redmond », affaire 83/78, Rec. 1978, p. 2347, points 25 et 26 « ...dans le cadre de la répartition des fonctions juridictionnelles, entre les juridictions nationales et la Cour, par l'article 177 du traité, le juge national qui est le seul à avoir une connaissance directe des faits de l'affaire comme aussi des arguments mis en avant par les parties, et qui devra assumer la responsabilité de la décision judiciaire à intervenir, est mieux placé pour apprécier en pleine connaissance de cause, la pertinence des questions de droit soulevées par le litige, dont il se trouve saisie et la nécessité d'une décision préjudicielle...Que cependant, il reste réservé à la Cour de justice, en présence de questions formulées de manière impropre ou dépassant le cadre des fonctions qui lui sont dévolues...d'extraire de l'ensemble des éléments fournis par la juridiction nationale...les éléments qui appellent une interprétation ou...une appréciation de validité... ».

Voir également les arrêts du 14 juillet 1988, « Smanor », affaire 298/87, Rec. 1988, p. 4489, point 9 ; du 18 octobre 1990, « Dzodzi contre Etat belge », affaire C-297/88 et C-187/89, Rec. 1990, p. I-3763, points 33 et 34 ; du 10 juillet 1997, « Leur-Bloem contre Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2 », affaire C-28/95, Rec. 1997, p. I-4161, point 24 ; du 12 juin 2003, « Schmidberger », affaire C-112/00, Rec. 2003, p. I-5659, point 31 ; du 14 octobre 2004, « Omega », affaire C-36/02, Rec. 2004 p. I-9609, point 19 ; du 30 novembre 2006, « Brünsteiner et Autohaus Hilgert », affaire C-376/05 et C-377/05, Rec. 2006, p. I-11383, point 26 ; du 17 avril 2007, « AGM COS.MET Srl contre Suomen Valtio, Tarmo Lehtinen », affaire C-470/03, Rec. 2007, p. I-2749, point 44 ; du 5 mai 2011, « MSD Sharp & Dohme GmbH », affaire C-316/09, Rec. 2011, p. I-3249, point 21 ; du 1 mars 2012, « Ascafor et Asidac contre Administracion des Estado et a. », affaire 484/10 (non encore publié), point 32..

<sup>34</sup> « Cette obligation serait néanmoins privée de sa cause et vidée de son contenu, lorsque la question soulevée est matériellement identique à une question ayant déjà fait l'objet d'une décision à titre préjudiciel dans le cadre de la même affaire nationale » - Arrêt du 4 novembre 1997, « Dior », Affaire C-337/95, Rec. 1997, p. I-6013, point 31.

Ainsi, dans l'affaire « Da Costa », <sup>35</sup> la Cour a jugé que lorsque la question soulevée est matériellement identique à une question déjà posée à titre préjudiciel dans une affaire similaire », le recours n'est pas obligatoire. <sup>36</sup> L'exploitation raisonnable de la procédure suppose une économie de temps et de ressources, mais qui reste conditionnée par une bonne coordination au sein de la justice nationale des États membres. <sup>37</sup> Cette explication vaut également pour justifier le refus par la Cour de donner des opinions consultatives sur des questions générales ou hypothétiques, notamment lorsque les litiges entre les parties sont arrangés dans ce simple but. <sup>38</sup>

Une autre entorse à la règle provient de la reconnaissance par la Cour de justice de la théorie de l'acte clair qui autorise les États membres à ne pas solliciter le juge de Luxembourg, lorsque l'interprétation du droit communautaire est si évidente qu'elle ne laisse aucun doute raisonnable sur la manière dont la question soulevée doit être résolue. <sup>39</sup>

Ainsi, il revient à la juridiction nationale de décider du stade de la procédure auquel il convient de poser une question préjudicielle. <sup>40</sup> Toutefois, dans des circonstances exceptionnelles, cette dernière peut examiner les conditions dans lesquelles elle est saisie par le juge national, afin que son action s'inscrive dans les limites des missions confiées à la CJUE, qui est de contribuer concrètement à l'administration de la justice dans les États membres et non d'émettre des opinions théoriques. <sup>41</sup> En conséquence, la Cour peut estimer ne pas pouvoir statuer à titre préjudiciel lorsque l'interprétation ou l'appréciation de validité d'une règle communautaire demandée par la juridiction de renvoi sont sans rapport avec le litige au principal, ou lorsque la Cour ne dispose pas des éléments de fait ou de droit pour

---

<sup>35</sup> Arrêt du 27 mars 1963, « Da Costa contre Nederlandse Belastingadministratie », affaires jointes 28 à 30/62. Rec. 1963, p. 61.

<sup>36</sup> *Ibid.*, points 75 et 76.

<sup>37</sup> Dans l'arrêt du 29 janvier 1983, « Cullet contre Leclerc », affaire 231/83, Rec. 1985, p. 305, l'interprétation de la législation française sur le prix de l'essence n'a pas tari la source des questions préjudicielles sur le même sujet. Neuf autres recours préjudiciels de juridictions françaises suivront.

<sup>38</sup> Arrêts du 16 décembre 1981, « Foglia », affaire 244/80, Rec. 1981, p. 3045 ; du 3 février 1983, « Robards », affaire 149/82, Rec. 1983, p. 171 ; du 16 juillet 1992, « Meilicke », affaire C-83/91, Rec. 1991, p. I-4871 ; du 16 juillet 1992, « Lourenço Dias », affaire C-343/90, Rec. 1992, p. I-4673 ; du 26 janvier 1993, « Telemarsicabruzzo », affaires C-320/90, C-321/90, et C-322/90, Rec. 1990, p. I-393.

En revanche, un recours préjudiciel ne peut être jugé irrecevable uniquement parce que les parties sont d'accord sur le résultat à obtenir. Arrêt du 9 février 1995, « Leclerc-Siplec », affaire C-412/93, Rec. 1995, p. I-179, point 14.

<sup>39</sup> Arrêts du 15 septembre 2005, « Intermodal Transports BV contre Staatssecretaris van Financiën », affaire C-495/03, Rec. 2005, p. I-8151, point 39 ; du 6 octobre 1982, « CILFIT contre « Italian Ministry of Health », affaire C-283/81, Rec. 1982, p. 3415 (dispositif de l'arrêt).

Les juridictions françaises et tout particulièrement le Conseil d'Etat avaient acquis la réputation d'abuser de la doctrine de l'acte clair avant même que celle-ci soit reconnue par la Cour de justice.

<sup>40</sup> Arrêt du 12 juin 2003, « Schmidberger », affaire C-112/00, Rec. 2003, p. I. 5659, point 39.

<sup>41</sup> Arrêts du 13 mars 2001, « Prussen Elektra », affaire C-379/98, Rec. 2001, p. I-2009, point 38 ; du 12 juin 2003, « Schmidberger », affaire C-112/00, Rec. 2003, p. I. 5659, point 32.

répondre utilement au juge national ou enfin lorsque le problème présente un caractère hypothétique.<sup>42</sup> Sur ce dernier point, l'avocat général Jacobs estime dans ses conclusions rendues dans plusieurs affaires, que les questions posées à la CJUE devraient être directement liées aux faits dans l'affaire au principal.<sup>43</sup>

Dans toutes les affaires précitées, la Cour se démarque de son avocat général, jugeant que dès lors que les questions posées par les juridictions nationales portent sur l'interprétation d'une disposition de droit communautaire, la Cour est en principe tenue des statuer. Le principe s'applique également dans le cas particulier où le droit national d'un État membre renvoie au contenu de la disposition communautaire pour déterminer les règles applicables à une situation purement interne à cet État.<sup>44</sup> Une autre explication de la volonté du juge communautaire d'intervenir se trouve dans un souci probable d'apporter une réponse de principe au juge national. Pour justifier son intervention, la Cour se fonde notamment sur les effets potentiellement restrictifs de la réglementation sur les échanges intracommunautaires. En conséquence, alors même que l'application d'une mesure nationale ne présentant aucun lien avec l'importation des marchandises ne relève pas de l'article 34 du TFUE, cette dernière disposition ne peut être écartée, pour la seule raison que dans le cas concret soumis à la juridiction nationale, tous les éléments soumis sont cantonnés à l'intérieur d'un seul État membre.<sup>45</sup>

---

<sup>42</sup> Affaire C-112/00 précitée, point 33 ; Arrêt du 14 octobre 2004, affaire C-3602, Rec. 2004, p. 9609, point 20.

<sup>43</sup> Conclusions de l'avocat général Jacobs dans l'arrêt «Pistre», concernant la législation française réservant l'indication de provenance « montagne » à certains produits nationaux. Cependant l'affaire au principal n'impliquait que des ressortissants français poursuivis pour avoir, en violation avec la réglementation litigieuse, mis en vente sur le territoire national des produits d'origine française. Le gouvernement français, en phase avec les conclusions de l'AG, soutenait que les poursuites intentées devant la juridiction nationale ne relevaient pas des articles 30 et 36 du traité CE (articles 34 et suivant TFUE) et qu'il n'y avait donc pas lieu de répondre à la question de la compatibilité de la réglementation litigieuse avec le traité. La Cour cependant ne l'a pas suivi sur ce point, estimant que l'article 30 peut s'appliquer même si tous les faits au principal se déroulent à l'intérieur d'un Etat membre, mais dès lors que la mesure nationale facilite la commercialisation des produits nationaux (arrêt du 7 mai 1997, «Procédure pénale contre Jacques Pistre» (affaire C-321/94), « Michèle Barthes » ( affaire C-322/94), « Yves Milhau » (affaire C-323/94) et « Didier Oberti » (affaire C-324/94), Rec. 1997, p. I-2343.

Voir également les conclusions de Monsieur Jacobs dans les arrêts du 17 juillet 1997 (« Leur-Bloem », affaire C-28/95, Rec. 1997, p. 4161 et « Giloy contre Hauptzollamt Frankfurt am Main-Ost », affaire 130/95, Rec. p. I-4291), dans lesquelles la Cour est interrogée à titre préjudiciel pour savoir si elle est compétente au titre de l'article 177 du traité (article 267 TFUE), pour interpréter le droit communautaire lorsque celui-ci ne régit pas directement la situation en cause, mais que le législateur national a décidé d'appliquer le même traitement aux situations purement internes et à celles qui relèvent de la directive, en sorte qu'il a aligné sa législation sur le droit communautaire.

<sup>44</sup> Arrêt du 18 octobre 1990, « Dzodzi » (précitée), affaires C-297/88 et C-197/89, Rec. 1990, p. I-3763, point 36; du 8 novembre 1990, « Gmurzynska-Bscher », affaire C-231/89, Rec. 1990, p. I-4003, point 25 ; du 17 juillet 1997, « AK Leur – Bloem contre Inspecteur der Belastingdienst/Ondermning Amsterdam 2 », affaire C-28/95, Rec. 1997, p. I-4161, point 25.

<sup>45</sup> Affaire 321/94, «Pistre» (précitée), point 44.; Voir également l'arrêt du 14 juillet 1988, «Procédure de redressement judiciaire contre Smanor SA», affaire 298/87, Rec. 1988, p. 4489, points 8 et 9.

La Cour précise sa mission en indiquant qu'il lui revient de fournir à la juridiction de renvoi tous les éléments relevant du droit communautaire qui peuvent être utiles au jugement de l'affaire dont elle est saisie,<sup>46</sup> qu'elle y ait fait référence ou non dans l'énoncé de ces questions.<sup>47</sup>

L'affaire « Schmidberger »<sup>48</sup> est intéressante à cet égard dans la mesure où la Cour de Luxembourg réoriente clairement une question qui lui est adressée par la juridiction autrichienne. Rappelons que l'affaire au principal concerne un litige entre une société de transport à l'administration autrichienne à laquelle la première reproche de ne pas avoir interdit une manifestation pacifique ayant eu pour conséquence de bloquer temporairement l'accès à une autoroute. Au stade de la justification éventuelle de l'entrave, tandis que le juge de renvoi interroge la CJCE pour déterminer si l'objectif du rassemblement est susceptible de tenir en échec le principe de libre circulation des marchandises, cette dernière recadre la question afin de ne prendre en considération que l'action ou l'omission imputable à l'État membre. En effet, si les manifestants sont motivés par des objectifs liés à la protection de l'environnement, la conduite de l'administration autrichienne est inspirée par des considérations liées au respect des droits fondamentaux et notamment aux libertés d'expression et de réunion.<sup>49</sup>

La Cour ajoute qu'il lui revient également de décider du moment, c'est à dire du stade de la procédure auquel la ou les questions préjudicielles doivent être posées. Logiquement, la Cour de justice, une fois saisie en vue d'une interprétation du droit communautaire, est tenue de statuer.

Ce cadre d'intervention est d'autant plus remarquable qu'il est largement exploité par la Cour dont on a pu qualifier les interprétations de généreuses,<sup>50</sup> fournissant ainsi à la Commission les moyens de l'efficacité.

---

<sup>46</sup> Arrêts du 15 novembre 2011, « Dereci e.a. », C-256/11, Rec. 2011, p. 11315, point 72 ; du 8 novembre 2012, « KGH Belgium », C-351/11, point 17.

<sup>47</sup> Arrêts du 12 septembre 2000, « Yannick Jeffroy et Casino France SNC », affaire C-366/98, Rec. 2000, p. I-6579, point 20 ; du 4 juillet 2000, « Haim », affaire C-424/97, Rec. p. I-5123 ; point 58 ; du 11 septembre 2007, « Céline », affaire C-17/06, Rec. 2007, p. I-7041, point 29. Arrêt du 16 décembre 2008, « Gysbrechts et Santurel Inter », affaire C-205/07, Rec. 2008, p. I-9947, point 30.

<sup>48</sup> Arrêt du 12 juin 2003, « Schmidberger », affaire C-112/00, Rec. 2003, p. I. 5659.

<sup>49</sup> *Ibid.*, points 65 à 69.

<sup>50</sup> Renaud Dehousse, « La Cour de Justice des communautés européennes » – Montchrestien – Clefs politique, 1997.

L'exemple de l'identification de l'État membre comme responsable de mesures nationales restrictives est éloquent : Large conception de l'État, c'est à dire comme un ensemble comprenant toutes ses composantes, qu'il s'agisse des autorités



Des ombres viennent toutefois assombrir ce tableau trop parfait. La durée effective de la procédure de l'article 267 du TFUE allant de dix-huit à vingt mois peut en effet décourager d'y avoir recours, notamment lorsqu'elle compromet le résultat recherché devant la juridiction nationale.<sup>51</sup>

L'affaire « Smanor »<sup>52</sup> illustre cette situation dans la mesure où le requérant dans l'affaire au principal a été mis en faillite avant le prononcé de l'arrêt d'interprétation. Pareilles références sont susceptibles de décourager les tribunaux d'intenter un recours en interprétation. Le cas échéant, c'est la cohérence et l'uniformité du droit qui se trouvent menacées.

La réticence des tribunaux nationaux à en référer à la Cour de justice est plus critiquable encore dans d'autres circonstances où la durée de la procédure est nullement mise en question,<sup>53</sup> même si au terme d'une nouvelle étape de maturité du droit communautaire, on peut imaginer et espérer que le renvoi préjudiciel devienne l'exception. Une telle évolution donnerait toute sa dimension au principe selon lequel le juge national est le juge communautaire de droit commun.<sup>54</sup> Toutefois, la coopération demeure pour l'instant primordiale dans un contexte où le droit communautaire occupe une place grandissante et où le nombre de tribunaux nationaux a sensiblement augmenté au fil des derniers élargissements de l'Union.<sup>55</sup> Dans une première étape, le recours préjudiciel est essentiel pour ces

---

administratives ou des collectivités territoriales (Voir l'arrêt du 5 mai 1970, « Commission contre Royaume de Belgique », affaire 77/69, Rec. 1970, p. 237, point 15).

<sup>51</sup> Plus précisément, la durée moyenne de la procédure est passée de 25,5 mois en 2003 à 17, 1 mois en 2009 (ces chiffres intègrent les ordonnances et les affaires sans conclusions de même que les procédures accélérées et les procédures préjudicielles d'urgence. Voir Caroline Naomé, 2<sup>ème</sup> édition, 2010, Guide pratique, « Le renvoi préjudiciel en droit européen », JLMB, Opus 4, Editions Larcier, p. 205.

Des références plus récentes font état d'une durée moyenne des renvois préjudiciels de 16,3 mois jugée « satisfaisante » par la doctrine (Deny Simon, Valérie Michel, Anne Rigaux, Système juridictionnel de l'Union, Europe, Revue mensuelle Lexisnexis jurisclasseur, mai 2014, p.29).

<sup>52</sup> Arrêt du 14 juillet 1988, « Smanor », affaire 298/87 (précitée), Rec.1998, p. 4489.

<sup>53</sup> Malcom Jarvis, « The application of EC law by national courts- The free movement of goods », Clarendon press - Oxford, 1988, p.39 et 87. Concernant l'affaire «Syndicat national des importateurs français en produits laitiers et avicoles et Decker et Cie » (Rec. Lebon 1967), l'auteur critique l'absence de recours préjudiciel de la part de la juridiction administrative.

<sup>54</sup> L'avocat général Tesouro a souligné que : « *The national court is the natural forum for Community law which it can and normally does apply ; and it is right and proper that preliminary rulings should be sought from the Court of Justice only in exceptional cases, both because national proceedings are thereby considerably protracted, and because, at the present stage, Community law should by now be seen as a routine component of the rules applicable to everyday litigation, rather than an exotic excrescence upon the national legal order* » (“The Effectiveness of Judicial Protection and Cooperation between the Court of Justice and National Court”, in Festschrift til Ole Due, Liber Amicorum 1994, Gad, Copenhagen, pp. 355 et suivantes).

<sup>55</sup> Par exemple, le nombre de tribunaux nationaux a plus ou moins doublé en mai 2004 avec l'adhésion des 10 nouveaux Etats membres. Voir Xavier Groussot, « The Role of the National Courts in the European Union : A Future Perspective », Sieps, Swedish Institute for European Policy Studies, report No. 10, November 2005.

juridictions « inexpérimentées » auxquelles la CJUE peut communiquer un véritable mode d'emploi du droit communautaire.

Plus graves sont les cas dans lesquels le tribunal national n'est pas en phase avec l'interprétation de la règle communautaire telle qu'elle figure dans l'arrêt préjudiciel.<sup>56</sup> Tout aussi regrettable serait le caractère erratique des jurisprudences nationales, lors de l'application du test de proportionnalité permettant de justifier les réglementations nationales restrictives. La doctrine regrette la négligence dont font preuve des tribunaux nationaux en affirmant simplement que les mesures nationales sont proportionnées sans se fonder sur une véritable analyse et parfois même sans aucune référence audit principe.<sup>57</sup> Une telle attitude est en totale contradiction avec l'esprit et la logique de coopération qui doit présider à la relation entre le juge communautaire et son homologue national.

L'audace des décisions de la Cour peut également s'expliquer par le caractère inachevé de la construction européenne qui reste une œuvre en voie de réalisation<sup>58</sup> mais aussi par des traités dont la compréhension appelle de nombreuses clarifications.<sup>59</sup> Dans son rôle d'architecte d'un édifice en construction, le juge de Luxembourg doit faire preuve « *d'imagination juridique* ».

Une ultime et remarquable particularité de cette juridiction se révèle dans la compétence obligatoire qui la caractérise. Ses décisions s'imposent tant aux gouvernements qu'aux institutions de l'Union.

Ces mêmes États membres ont parfaitement compris le potentiel d'influence exercée par la Cour. En atteste l'utilisation stratégique qu'ils en font par des recours qui ont pour principale justification d'amener la Cour à se prononcer sur une question de droit, afin d'influencer le législateur.<sup>60</sup> L'efficacité du procédé serait favorisée par la légitimité de la Cour.<sup>61</sup> Toutefois,

---

<sup>56</sup> *Ibid*, p. 57. A propos de l'affaire "Nauleau", Cour de Cassation, ch. Criminelle, 14 octo.1992, Bull. Cass. Crim. 1992 n°326, p. 899.

<sup>57</sup> Malcom Jarvis, « The application of EC Law by National Courts – The Free Movement of Goods », Clarendon Press – Oxford 1998, p. 440 et 441.

<sup>58</sup> Comme nous l'avons précisé antérieurement, l'harmonisation totale n'existe pratiquement pas. En outre, certains produits ne doivent pas nécessairement faire l'objet d'une harmonisation. Enfin de nouveaux produits sont constamment proposés sur le marché. Voir R. Munoz, « Le principe de reconnaissance mutuelle et l'abrogation de la décision 3052/95, chronique d'une future révolution ? », issu d'une présentation qui a été faite lors de la conférence « Le principe de reconnaissance mutuelle » organisée par le Centre d'Etudes Internationales et Européennes de Strasbourg le 5 décembre 2008, p. 5.

<sup>59</sup> Cécile Robert, « Au cœur des mécanismes de l'intégration européenne, ce juge méconnu de Luxembourg », Le Monde diplomatique, Mai 1999 : l'auteur évoque des difficultés d'interprétation « épouvantables ».

<sup>60</sup> La doctrine a pu évoquer l'hypocrisie des États membres souvent enclins à critiquer l'application par la Cour d'un droit dont ils semblent rejeter la paternité. Cécile Robert, « Au cœur des mécanismes de l'intégration européenne, ce juge méconnu de Luxembourg », Le Monde diplomatique, Mai 1999 (article précité). En revanche et paradoxalement, le juge

cette stratégie n'est pas sans risque, dans la mesure où un juge et notamment le juge communautaire peut se montrer inapte ou réticent à engager sa responsabilité sur des questions de société ou de sécurité sanitaire.

Ainsi le renvoi préjudiciel ne permet en principe à la CJUE d'intervenir qu'indirectement dans la résolution d'un litige opposant les sujets du droit communautaire.

Le traité renforce son rôle et son efficacité grâce à la procédure du recours en constatation de manquement. Il revient en effet à la Cour de justice de constater les éventuels manquements des États membres à leurs obligations comme sujets du droit communautaire. Cette procédure de manquement peut être intentée à l'initiative de la Commission conformément à l'article 258 TFUE<sup>62</sup>, ou d'un État membre selon l'article 259 TFUE<sup>63</sup>. Soulignons la particularité de ce mécanisme en ce qu'il tranche avec le droit international classique qui en cas de violation par un État de ses obligations, autorise les autres États membres d'une convention à adopter des contre mesures.<sup>64</sup> Cette spécificité du recours en constatation de manquement existe également vis à vis du système caractéristique des États fédéraux dans lesquels la juridiction suprême peut annuler les actes des États fédérés contraires au droit de la fédération. Au sein de l'UE, les arrêts en manquement n'ont en revanche qu'un effet déclaratoire, le traité exigeant seulement des autorités nationales qu'elles y mettent un terme.<sup>65</sup> En effet, la

---

communautaire reste méconnu des citoyens européens (Voir Marie-Angèle Hermitte, « Ce juge de Luxembourg qui fabrique l'homme de marché », Le Monde Diplomatique - Europe, l'utopie blessée – « Manière de voir, n°22 – Mai-Juin-Juillet 1994.

<sup>61</sup> Renaud Dehousse montre le lien entre la représentativité (1juge par Etat membre) et la légitimité sociale de ses décisions. « La Cour de Justice des communautés européennes » -Montchrestien – Clefs politique, 1997.

<sup>62</sup> Conformément à l'article 258 TFUE : « Si la Commission estime qu'un Etat membre a manqué à une des obligations qui lui incombent en vertu du présent traité, elle émet un avis motivé à ce sujet, après avoir mis cet Etat en mesure de présenter ses observations.

*Si l'Etat en cause ne se conforme pas à cet avis dans le délai déterminé par la Commission, celle-ci peut saisir la Cour de justice de l'Union européenne. »*

<sup>63</sup> En vertu de l'article 259 TFUE, « chacun des Etats membres peut saisir la Cour de justice s'il estime qu'un autre Etat membre a manqué à une des obligations qui lui incombent en vertu du présent traité.

*Avant qu'un Etat membre n'introduise, contre un autre Etat membre, un recours fondé sur une prétendue violation des obligations qui lui incombent en vertu de présent traité, il doit en saisir la Commission.*

*La Commission émet un avis motivé après que les Etats intéressés ont été mis en mesure de présenter contradictoirement leurs observations écrites et orales.*

*Si la Commission n'a pas émis l'avis dans un délai de trois mois à compter de la demande, l'absence d'avis ne fait pas obstacle à la saisine de la Cour de justice. »*

<sup>64</sup> «L'objectif du recours, la définition du manquement, la limitation des moyens de défense des Etats poursuivis, le rôle confié à l'organe indépendant des Etats, la Commission européenne, dans le déclenchement et le déroulement de la procédure, le caractère juridictionnel de la constatation de la violation, les effets des arrêts, la nature des sanctions encourues en cas d'inexécution de l'arrêt sont autant de traits qui marquent profondément la spécificité de la procédure de manquement du droit de l'Union par rapport au droit international général », Soulard Christophe, Rigaux Anne, Munoz Rodolphe, « Contentieux de l'Union européenne » /3 », sous la direction de Simon Denys, Lamy, Axe Droit, 2011. p. 129 et 130.

<sup>65</sup> *Ibid*, p. 130.

procédure du recours en manquement<sup>66</sup> permet seulement « *de constater qu'un État membre n'a pas rempli en droit ou en fait une obligation que lui impose le droit communautaire* »<sup>67</sup>. En cas d'inexécution de l'arrêt constatant le manquement, la Commission peut entamer une procédure complémentaire dite « *de manquement sur manquement* » ou encore de « *double manquement* » dont les effets répressifs et dissuasifs ont été sensiblement renforcés depuis le traité de Maastricht.<sup>68</sup> Depuis lors en effet, en vertu de l'article 228 CE (article 260 TFUE), la Cour de justice peut infliger des sanctions financières sous la forme d'une somme forfaitaire ou d'une astreinte visant un État membre qui n'aurait pas exécuté l'arrêt constatant le manquement.<sup>69</sup> Ces nouvelles dispositions du droit primaire correspondent à une évolution dont l'importance a été soulignée par la doctrine.<sup>70</sup>

Le renvoi préjudiciel et le recours en constatation de manquement ont été largement exploités par la Cour de justice pour concevoir un véritable mode d'emploi du marché intérieur.

### C- L'élaboration jurisprudentielle d'un mode d'emploi du marché intérieur

L'expression « marché intérieur » se retrouve originellement dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. Celle-ci affirme dans une formule synthétique que le traité « *visé à l'élimination de toutes les entraves aux échanges communautaires en vue de la fusion des marchés nationaux dans un marché unique réalisant des conditions aussi proches que*

---

<sup>66</sup> La procédure comporte deux phases : une phase administrative préalable elle-même divisée en deux étapes (celle de la lettre de mise en demeure puis celle de l'avis motivé) et une phase juridictionnelle dans l'hypothèse où l'Etat membre mis en demeure ne se conforme pas à l'avis motivé dans les délais requis. (Voir Van Raepenbusch Sean, Chronique de jurisprudence relative au contentieux de l'UE, (2009-2013), Cahiers de droit européen, p. 499).

<sup>67</sup> Arrêt du 9 avril 1987, « Commission contre République italienne », affaire 363/85, Rec. p. 1733, point 5.

<sup>68</sup> Depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, si la Commission estime que l'Etat membre n'a pas pris les mesures d'exécution d'un arrêt constatant un manquement, elle peut directement saisir la Cour après avoir mis cet Etat en demeure de présenter ses observations. Ainsi, l'étape de l'émission d'un avis motivé disparaît. (Voir Van Raepenbusch Sean, Chronique de jurisprudence relative au contentieux de l'UE, (2009-2013), Cahiers de droit européen p. 505).

Arrêt du 17 novembre 2011, « Commission contre Italie », affaire C-496/09, point 42.

<sup>69</sup> Article 260 TFUE :

« 1- Si la Cour de justice reconnaît qu'un Etat membre a manqué à une des obligations qui lui incombent en vertu présent traité, cet Etat est tenu de prendre les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt de la Cour de justice. »

2- Si la Commission estime que l'Etat concerné n'a pas pris les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt de la Cour, elle peut saisir la Cour après avoir mis cet Etat en mesure de présenter ses observations. Elle indique le montant de la somme forfaitaire ou de l'astreinte à payer par l'Etat concerné qu'elle estime adaptée aux circonstances.

Si la Cour reconnaît que l'Etat ne s'est pas conformé à son arrêt, elle peut lui infliger le paiement d'une somme forfaitaire ou d'une astreinte. »

<sup>70</sup> Il s'agirait de « la modification la plus significative des dispositions relatives à la Cour de justice et au contentieux communautaire » opérée par le traité de Maastricht. Dominique Ritlieng, Commentaire de l'article 171 CE in Traité sur l'Union européenne. Commentaire article par article (sous la direction de V. Constandtinesco, RKovar et D. Simon), Paris, Economica 1995, p. 571.

*possible de celles d'un marché intérieur* »<sup>71</sup>. Elle a été intégrée dans le traité par l'Acte unique européen<sup>72</sup> et illustre à partir du traité de Maastricht, l'action de la Communauté<sup>73</sup> en vue de réaliser sa mission.<sup>74</sup> Elle succède ainsi à celle de marché commun qui ne fait l'objet d'aucune définition dans les versions successives du traité de Rome. Quant au traité de Lisbonne, il ne comporte aucune référence aux notions de « marché commun » et de « marché unique ». Quelle interprétation donner à cette évolution terminologique ? Ne traduirait-elle pas simplement l'idée d'un marché en voie de réalisation ?<sup>75</sup> Notons que dans son rapport à la Commission européenne, M. Mario Monti explique sa préférence pour l'expression « Marché unique » mieux appropriée tant sur le plan conceptuel que sur le plan de la communication. Ainsi les termes de « marché intérieur » pourraient être source de confusion pour les citoyens européens qui risqueraient de l'associer à leur propre marché national. De même des personnes non européennes pourraient l'interpréter comme le synonyme d'une « Europe forteresse ». Enfin l'expression « marché unique » traduirait mieux l'idée d'un engagement vers un objectif à atteindre.<sup>76</sup>

Cette évolution sémantique n'est-elle pas une conséquence de la complexité de la mission confiée aux institutions et tout particulièrement à la Cour de justice de l'Union européenne ?

La question se justifie dans un marché où la libre circulation des marchandises correspond à l'acquis le plus important réalisé par la Communauté.<sup>77</sup> La juridiction communautaire y a

---

<sup>71</sup> Arrêts du 5 mai 1982, « Gaston Schul Expéditeur BV contre Inspecteur des droits d'importation et des accises de Roosendaal », affaire 15/81, Rec. 1982, p. 1409, point 33 ; du 17 mai 1994, « France / Commission », affaire 41/93, Rec. 1994, p. 1829, point 19.

<sup>72</sup> Arrêt du 5 mai 1982, « Gaston Schul Expéditeur BV contre Inspecteur des droits d'importation et des accises de Roosendaal », affaire 15/81, Rec. 1982, p. 1409, point 33.

La notion de marché intérieur a été introduite par l'Acte unique européen dans l'article 8 A du traité CEE devenu à la suite du traité de Maastricht l'article 7 A aux termes duquel « *La Communauté arrête les mesures destinées à établir progressivement le marché intérieur au cours d'une période expirant le 31 décembre 1992...* »

<sup>73</sup> Article 3 C du traité de Maastricht.

<sup>74</sup> Expression maintenue dans le traité de Lisbonne entré en vigueur le 1/12/2009.

<sup>75</sup> Joël Moliner, *Droit du marché intérieur*, LGDJ, 1995, page 14.

<sup>76</sup> Rapport au Président de la Commission européenne José Manuel Barroso, présenté par M. Mario Monti le 9 mai 2010, (précité) p. 16. Voir également l'analyse de Joël Moliner, Nathalie de Grove-Valdeyron : « ...pour la Cour, les expressions de marché commun, de marché unique et de marché intérieur s'appliquaient à un processus continu de réalisation d'un même projet : le marché commun aboutissant à un marché unique, lequel devait tendre à s'identifier à un marché intérieur » (Moliner Joël, de Grove Valdeyron Nathalie, « *Droit du marché intérieur* », 3<sup>ème</sup> édition, LGDJ, *Système Droit* (2011)).

<sup>76</sup> Rapport au Président de la Commission européenne José Manuel Barroso, présenté par M. Mario Monti le 9 mai 2010, p. 25.

<sup>77</sup> Arrêt du 13 décembre 1989, « Corsica Ferries France contre Direction générale des douanes françaises », affaire C-49/89, Rec. 1989, p. 4441, point 8 : « *Les articles du traité CEE relatifs à la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux constituent des dispositions fondamentales pour la Communauté* ».

Arrêt du 19 mars 1991, « Commission contre République hellénique », affaire C-205/89, Rec. 1991, p. I-1361, point 9 : « *... la règle de la libre circulation des marchandises à l'intérieur de la Communauté ... fait partie des principes fondamentaux du marché commun.* ».

largement contribué dans ses applications et interprétations des règles et principes issus du droit primaire comme du droit dérivé.

La Cour ne rappelle-t-elle pas constamment le caractère fondamental du principe de libre circulation des marchandises,<sup>78</sup> au point de l'avoir étonnamment (mais exceptionnellement<sup>79</sup>) qualifié de droit fondamental ? Cependant, si la liberté de circulation des travailleurs peut, en raison de sa nature, mériter un tel qualificatif,<sup>80</sup> pareille référence surprend en matière de libre circulation des marchandises, même si cette liberté peut être parfois associée à des droits constitutionnellement reconnus dans les États membres.<sup>81</sup> Dans le même esprit, l'avocat général, Monsieur Poiares Maduro souligne que si l'article 28 (article 34 TFUE) constitue un « droit politique fondamental » ou une « liberté économique fondamentale », il serait risqué de lui conférer un statut supérieur à celui des autres valeurs et droits fondamentaux de l'ordre juridique communautaire.

L'influence du juge communautaire dans le processus d'évolution du marché intérieur se trouve ainsi au cœur de la délicate question de la répartition des compétences entre l'Union européenne et les États membres. En l'absence d'harmonisation, il revient en effet à la Cour d'arbitrer directement ou indirectement les choix conflictuels entre le principe de libre circulation des marchandises promu par le traité et les politiques non économiques défendues par les États membres.

La jurisprudence doit en effet tracer les lignes directrices permettant une combinaison des règles issues du droit communautaire primaire et dérivé, d'une part, et des réglementations nationales applicables aux secteurs relevant, au moins à titre provisoire, de la responsabilité

---

Voir également les arrêts du 9 décembre 1997, « Commission contre République française », affaire C-265/95, Rec. 1997 p. I-6959, point 27 ; du 14 septembre 2006, « Alfa Vita Vassilopoulos AE », affaires jointes C-158/04 et 159/04, point 14.

Voir également A. Mattera, « L'arrêt Foie gras du 22 octobre 1998 : porteur d'une nouvelle impulsion sur le perfectionnement du marché unique européen », *Revue du Marché Unique Européen* 4/1998, p. 122.

Voir enfin le rapport Monti (précité) constatant que le marché unique des biens a atteint aujourd'hui un stade de maturité (p. 62).

<sup>78</sup> Arrêt 13 décembre 1989, « Corsica Ferries France contre Direction générale des douanes françaises », (affaire C-49/89, Rec. 1989, p. 4441), dans lequel la Cour justifie l'absence de règle « de minimis » par le caractère fondamental du principe de libre circulation des marchandises (point 8) ; Voir également les arrêts du 9 décembre 1997, « Commission contre République française », affaire C-265/95, Rec. 1997, p. I-6959, point 24 ; Arrêt du 12 juin 2003, « Schmidberger », affaire C-112/00 Rec. 2003, p. I-5659 ; du 11 septembre 2008, « Commission des Communautés européennes contre République fédérale d'Allemagne », affaire C-141/07, Rec. 2008, p. I-6935, point 27 ; du 21 décembre 2011, « Commission contre République d'Autriche », affaire C-28/09, Rec. 2011, p. I-13525, point 113.

<sup>79</sup> La doctrine souligne que la libre circulation des marchandises n'a été qualifiée de droit fondamental par le juge communautaire qu'une seule fois. Voir Peter Oliver et Wulf-Henning Roth "The Internal Market and the Four Freedoms" *Common Market Law Review* 41:2004, p. 407.

<sup>80</sup> Arrêt du 15 octobre 1987, « UNECTEF contre Heylens », affaire 222/86, Rec. 1987, p. 4097, point 14.

<sup>81</sup> Arrêt du 17 décembre 1970, « Internationale Handelsgesellschaft mbH », affaire 11/70, Rec. 1970, p. 1125.

des États membres, d'autre part. Le rôle de la Cour est à cet égard considérable dans la mesure où la libre circulation des marchandises est, comme nous l'avons précédemment souligné, présentée dans le traité de Rome comme l'un des fondements de la Communauté<sup>82</sup>, ce que la Cour n'a pas manqué de rappeler. L'importance du rôle de la Cour vient également de l'influence remarquable du principe de libre circulation des marchandises sur l'évolution des réglementations économiques nationales. A cet égard on a pu reprocher à la juridiction communautaire une dérive dogmatique sacrifiant les valeurs non économiques sur l'hôtel du marché intérieur.<sup>83</sup> D'aucuns ont également souligné une forme de complicité implicite entre l'organe juridictionnel communautaire et la Commission dans l'accomplissement de leurs missions.<sup>84</sup>

La difficulté de la tâche est à la hauteur de l'enjeu. Tout d'abord, les obstacles que doit surmonter la Cour de Luxembourg sont liés au caractère inachevé du droit communautaire et ensuite aux divergences des réglementations nationales.

La première affirmation peut être illustrée par les « carences » du droit communautaire, l'une d'ordre quantitatif, l'autre de nature qualitative.

Concernant la première, la lecture du traité permet de constater que ce dernier n'établit que les fondations du marché intérieur tandis qu'il fournit un certain nombre d'outils nécessaires à son édification. Celle-ci doit être l'œuvre du législateur communautaire constitué de la Commission chargée de proposer les « lois » communautaires, du Parlement européen et du Conseil chargés de les adopter.<sup>85</sup> Cependant, les progrès de l'intégration communautaire sont directement liés aux règles qui commandent le processus décisionnel. C'est pourquoi, durant la période précédant l'entrée en vigueur de l'Acte unique européen, la Cour a dû s'imposer comme un rouage indispensable dans la construction du marché commun. Confrontée à l'inefficacité de l'intégration dite positive, dans une période où la législation communautaire

---

<sup>82</sup> La seconde partie du traité de Rome présente les « fondements de la Communauté », le titre premier étant consacré à « la libre circulation des marchandises ».

<sup>83</sup> La doctrine a ainsi utilisé l'expression de « *révolution invisible* » pour caractériser les conséquences de la libre circulation des marchandises et de l'action de la Cour sur les conceptions nationales des droits de l'homme. (Marie-Angèle Hermitte, « Ce juge de Luxembourg qui fabrique l'homme de marché », *Le Monde Diplomatique*, Europe, l'utopie blessée – « Manière de voir » n°22 – Mai-Juin-Juillet 1994, p. 40.

<sup>84</sup> Miguel Poiars Maduro, « We the Court, The European Court of Justice and the European Economic Constitution, A critical reading of Article 30 of the EC Treaty, Oxford Portland Oregon (précité), p.9 : « ...the Court was guided by the Commission in the direction of greater legal integration, and speaks of a close alliance between the Court and the Commission. »

<sup>85</sup> Selon la procédure de codécision, l'adoption d'un acte communautaire requiert l'accord du Parlement et du Conseil.

requérait l'accord unanime des États membres au sein du Conseil,<sup>86</sup> le juge communautaire se devait de réagir<sup>87</sup> par des interprétations ambitieuses du traité.

Deuxièmement sur le plan qualitatif, la partie du traité relative à la libre circulation des marchandises fixe un certain nombre d'interdits à l'adresse des États membres qui ne peuvent, ni introduire, ni maintenir des obstacles tarifaires<sup>88</sup> ou non tarifaires<sup>89</sup> dans les échanges intracommunautaires.<sup>90</sup>

Cependant, les notions fondamentales de taxes d'effet équivalent à des droits de douanes, de taxes internes discriminatoires et de mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives ne sont pas définies dans les traités successifs. Il revient en conséquence à la Cour d'en préciser le sens et la portée dans le cadre des procédures conçues par le pouvoir « constituant ». Ces carences de nature organique du droit communautaire expliquent l'importance du rôle de la Cour dont les interprétations ont contribué à la l'évolution des traités et à celle de leur champ d'application et de leur influence.

Enfin, bien que la liberté de circulation des marchandises corresponde à un objectif prioritaire fixé par un traité à vocation essentiellement économique, il n'en demeure pas moins que des valeurs de nature essentiellement non économique figurent parmi les causes de dérogation possible à la règle, mais dont la portée est directement liée aux appréciations de la juridiction communautaire. Ce rôle est d'autant plus important que l'article 36 du TFUE n'a pas pour objet de réserver certaines compétences aux États membres, mais seulement de leur permettre

---

<sup>86</sup> L'intégration positive qui est assurée par le législateur communautaire consiste à harmoniser les réglementations nationales dont les divergences risquent d'entraver les échanges au sein du marché commun.

<sup>87</sup> L'identification et l'élimination des entraves aux échanges sont l'œuvre du juge communautaire dont l'action assure une forme d'intégration qualifiée de négative. Le juge communautaire intervient dans le cadre du renvoi préjudiciel trouvant son origine dans l'action de particuliers devant une juridiction nationale, ou dans celui du recours en constatation effectué par la Commission.

<sup>88</sup> Article 30 TFUE : « *Les droits de douane à l'importation et à l'exportation ou les taxes d'effet équivalent sont interdits entre les Etats membres. Cette interdiction s'applique également aux droits de douane à caractère fiscal* ».

<sup>89</sup> Article 34 TFUE : « *Les restrictions quantitatives à l'importation, ainsi que toutes mesures d'effet équivalent, sont interdites entre les Etats membres* ».

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

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

<sup>90</sup> Il convient de préciser que l'interdiction des entraves aux échanges intracommunautaires s'impose non seulement aux Etats membres mais également aux institutions communautaires. Voir les arrêts du 17 mai 1984, « *Denkabit Nederland* », affaire 15/83, Rec. 1984, p. 2171, point 15 ; du 9 août 1994, « *Meyhui NV contre Schott Zwiesel Glaswerke AG* », affaire C-51/93, Rec. 1994, p. I-3879, point 11 ; du 13 septembre 2001, « *Schwarzhoff* », affaire C-169/99, Rec. 2001, p. I-5901, point 37.



de déroger au principe de libre circulation des marchandises au cas par cas.<sup>91</sup> Une telle situation n'a rien de surprenant. Sur d'autres continents, les États participant à des intégrations régionales ont également anticipé les risques encourus par une société régie par les seules règles du marché.<sup>92</sup>

Cependant, la réalisation d'un véritable marché intérieur fonctionnant comme un marché national se heurte facilement aux exigences de nature essentiellement non économique relevant principalement et provisoirement de la compétence des États membres. Aussi, de tels enjeux contradictoires donnent à la mission de la Cour une dimension cornélienne qui explique d'inévitables hésitations.

Il convient également de souligner les divergences nationales qui peuvent être illustrées par une référence aux deux principales familles juridiques entre lesquelles se répartissent les États membres de l'Union. La grande majorité d'entre eux sont des pays de droit écrit, tandis que le Royaume-Uni et l'Irlande se distinguent par leur appartenance au groupe des pays de « Common law ». Une telle situation n'est pas neutre, quant à la manière d'appréhender le droit communautaire et notamment le principe de libre circulation des marchandises. Ainsi, l'interdiction des restrictions quantitatives figurant dans le traité inclut, selon la CJUE, l'interdiction totale d'importer des marchandises.<sup>93</sup> La logique à priori incontestable de cette interprétation semble toutefois très relative si l'on se réfère à la jurisprudence anglaise. Concernant l'affaire « Henn et Darby »<sup>94</sup>, la Cour d'appel britannique déclare qu'une interdiction d'importer des objets pornographiques en application de la réglementation nationale ne constitue pas une restriction quantitative, puisque l'interdiction est totale et que la quantité des biens en questions n'est nullement appréciée. A l'inverse et conformément à la jurisprudence classique du juge communautaire, l'interdiction totale correspond simplement au seuil numérique le plus bas. La doctrine et dans la présente affaire, la « House of Lord » elle-même expliquent cette différence d'appréciation par le recours à des techniques d'interprétation propres au droit anglais. Alors que ce dernier tend à interpréter littéralement les textes, le juge communautaire choisit, quant à lui, une approche téléologique conduisant à

---

<sup>91</sup> La formule utilisée dans l'arrêt du 14 décembre 1979, « Henn et Darby », affaire 34/79, Rec. 1979, p. 3795, point 15 peut surprendre : « *Les dispositions législatives appliquées par le Royaume-Uni en ce qui concerne l'importation d'objets présentant un caractère indécent ou obscène relèvent de la faculté réservée aux États membres par la première phrase de l'article 36* ».

<sup>92</sup> Voir l'article XX du Gatt auquel renvoie l'article 2101 de l'ALENA.

<sup>93</sup> Arrêt du 12 juillet 1973, « Geddo contre ente Nazionale risi », affaire 2/73, Rec. 1973, p. 865, point 7.

<sup>94</sup> Arrêt du 14 décembre 1979, « Henn and Darby », affaire 34/79, Rec. 1979, p. 3795.

l'interdiction des formes les plus extrêmes de restriction aux échanges.<sup>95</sup> L'influence de l'arrêt préjudiciel « Henn et Darby » sur les décisions ultérieures des tribunaux anglais et irlandais sera manifeste.<sup>96</sup>

Ainsi, l'action du juge communautaire se caractérise par des interprétations ambitieuses du traité mais au risque de sacrifier une ligne jurisprudentielle parfaitement claire comme le révèle le cadre jurisprudentiel dans lequel s'inscrivent les premières décisions majeures dans le domaine de la libre circulation des marchandises.

D- Les arrêts fondateurs révélateurs d'une démarche interventionniste et téléologique de la CJCE dans le domaine de la libre circulation des marchandises

L'affirmation précédente se vérifie notamment à partir d'un constat relatif à la définition jurisprudentielle excessivement large des MEERQ à l'importation et qui vise à supprimer les entraves aux échanges résultant de réglementations nationales fort anciennes ou qui ont clairement pour but de protéger les intérêts du pays. Il s'agit de « *toute mesure commerciale qui entrave actuellement ou potentiellement, directement ou indirectement les échanges entre les États membres* ». Cette définition est tirée de l'arrêt de référence « Dassonville »<sup>97</sup> et des arrêts ultérieurs qui ont permis d'en préciser la signification et la portée.

Premièrement la référence au caractère commercial n'est pas systématiquement reprise par la Cour, ce qui conduit à penser que l'interdiction des MEERQ vise en réalité toute mesure étatique qui restreint le commerce intracommunautaire.<sup>98</sup> Deuxièmement, le juge communautaire applique l'article 34 TFUE à des mesures qui entravent les échanges, bien

---

<sup>95</sup> Lord Diplock souligna que « *The European Court in contrast to English courts, applies teleological rather than historical methods to the interpretation of the Treaties and other Community legislation. It seeks to give effect to what it conceives to be the spirit rather than the letter of the Treaties; sometimes, indeed, to an English judge, it may seem to the exclusion of the letter...* », in Malcom Jarvis, «The application of EC law by national courts – The free movement of goods», Clarendon Press – Oxford 1998, p. 16.

Voir l'arrêt du 14 décembre 1979, «Henn et Darby», affaire 34/79, Rec. 1979, p. 3795, point 12.

<sup>96</sup> Malcom Jarvis, précité p. 16 et 17 :

Lord Denning s'exprime dans les termes suivants dans l'affaire «Allgemeine Gold-und Silberscheideanstalt contre Commissioners of Customs and Excise» : *If we were to interpret the words « quantitative in the ordinary English way, Article 30 (Article 34TFUE) would seem to have something to do with quantity. But the European Court does not interpret the Treaty literally. They give the Article a much broader and more sensible interpretation. They interpret it as meaning that there are to be no restrictions on imports between Member States.*»

<sup>97</sup> Arrêt du 11 juillet 1974, « Procureur du roi contre Dassonville », affaire 8/74, Rec. 1974, p. 837, point 5. La question préjudicielle est posée dans le cadre d'une action en justice intentée contre des commerçants qui, ayant acquis un lot de « scotch whisky » en France où il avait été mis en libre pratique, l'ont ensuite importé en Belgique sans pouvoir justifier d'un certificat d'origine de la douane britannique, en infraction avec la réglementation nationale.

<sup>98</sup> Arrêt du 18 mai 1989, « The Queen contre Royal Pharmaceutical Society of Great Britain », affaires jointes 266 et 267/87, Rec. 1989 p. 1295, point 17.

qu'elles ne soient pas discriminatoires. Troisièmement, sont également visées les mesures dont les effets restrictifs sur les échanges intra communautaires peuvent être seulement potentiels.

Sur le premier point, la définition des MEERQ telle qu'elle figure dans l'affaire « Dassonville » s'appuie formellement sur le seul caractère entravant de la réglementation, c'est à dire sur ses effets, indépendamment de son objet.<sup>99</sup> Ainsi des réglementations relatives aux conditions de production ou d'utilisation de certains produits peuvent altérer, voire empêcher leur commerce à l'intérieur du marché commun.<sup>100</sup>

Concernant la seconde affirmation, la Cour a également choisi de privilégier le critère de l'entrave au détriment de celui de la discrimination. Cette option n'allait pourtant pas de soi, l'interdiction des « restrictions quantitatives » (et non des discriminations) à l'importation comme à l'exportation pouvant laisser croire que les auteurs du traité songeaient en réalité à des mesures protectionnistes visant spécifiquement les importations ou les exportations.<sup>101</sup>

En effet, « *il résulte de l'affaire Cassis de Dijon que en l'absence d'harmonisation des mesures indistinctement applicables au produits nationaux et aux produits importés d'autres États membres, sont susceptibles de constituer des restrictions à la libre circulation des marchandises* ». <sup>102</sup> Ainsi, dans l'affaire « Bluhme », <sup>103</sup> plus connue sous le nom de l'affaire des « abeilles de Laeso », la question préjudicielle doit permettre à la juridiction danoise d'apprécier la conformité avec le droit communautaire, d'une réglementation nationale interdisant la détention et donc l'introduction sur une île danoise, d'espèces d'abeilles autres qu'une espèce endémique déterminée. Tout en soulignant formellement l'absence de discrimination, la Cour élude l'argument fondé sur le caractère purement interne de la mesure, tandis que l'avocat général procède à une analyse visant à le réfuter.<sup>104</sup> Elle juge en effet qu'

---

<sup>99</sup> Arrêt du 11 juillet 1974, « Dassonville », affaire 8/74, Rec. 837, point 15.

Une telle interprétation du traité n'est pas nécessairement partagée par la doctrine : « *Le traité n'a pas conféré à l'Union la compétence pour réglementer les activités économiques, cette compétence appartenant toujours aux États membres. De fait, comment croire que l'Union puisse chercher à sanctionner, en soi, toute gêne au commerce* ». Fallon Marc, et Martin Denis, « Dessine moi une discrimination... », JDE, 2010, p. 167.

<sup>100</sup> Arrêt du 11 juillet 2000, « Toolex », affaire C-473/98, Rec. 2000, p. I-5681, point 36.

<sup>101</sup> Fallon Marc, et Martin Denis, « Dessine moi une discrimination... », JDE, 2010, p. 165- 173.

<sup>102</sup> Conclusions de l'avocat général Maduro dans l'arrêt du 14 septembre 2006, « Alfa Vita Vassilopoulos AE », affaires jointes C-158/04 et 159/04, Rec. 2006, p. I-8135, point 11.

<sup>103</sup> Arrêt du 3 décembre 1998, « Procédure pénale contre Ditley Bluhme », affaire C 67/97, Rec. 1998 p. I-8033

<sup>104</sup> Ce faisant la Cour « *considère implicitement comme acquis qu'une mesure nationale qui s'applique aux relations entre deux parties du territoire d'un Etat membre n'échappe pas pour autant à l'application de l'article 30 dès lors qu'elle est susceptible d'affecter la commercialisation de produits en provenance d'autres États membres* ». Rigaux Anne, « *Nouvel épisode de la difficile qualification des mesures d'effet équivalent : Le sort des abeilles brunes de Laeso* », Europe, Editions du Juris Classeur, Mars 1999, p. 7, 8.

« en ce qu'elle comporte...une interdiction générale d'importer à Laeso et sur des îles avoisinantes des abeilles vivantes et des substances sexuelles d'abeilles domestiques, la réglementation en cause au principal interdit également leur importation d'autres États membres, en sorte qu'elle est susceptible d'entraver le commerce intracommunautaire ». Elle en conclut, sur le seul fondement de l'entrave aux échanges qu'elle constitue une MEERQ (sous réserve, naturellement de la dérogation prévue à l'article 36 du traité).

Enfin, les effets simplement potentiels d'une réglementation nationale d'un État membre sur les échanges suffisent à la disqualifier. Dans l'affaire « Tridon »<sup>105</sup> proche de la précédente par la nature du contentieux au principal, la Cour est interrogée notamment sur la compatibilité avec les articles 28 et 30 CE (articles 34 et 36 TFUE) d'un arrêté français interdisant le commerce de certaines espèces d'aras représentées dans le département français d'outre-mer de la Guyane, alors même qu'ils sont nés et élevés en captivité. Le juge communautaire évoque l'hypothèse où la réglementation en cause trouverait à s'appliquer à des spécimens provenant d'autres États membres et considère qu'une telle mesure est contraire à l'article 30 du traité (article 36 TFUE) au motif qu'elle est *de nature*<sup>106</sup> à entraver le commerce intracommunautaire.<sup>107</sup>

L'« affaire du foie gras »<sup>108</sup> offre à la Cour une autre occasion de réaffirmer sans ambiguïté l'application de l'article 30 du traité (article 34 TFUE) aux réglementations produisant des effets restrictifs potentiels sur le commerce intracommunautaire. Est en cause la réglementation française en ce qu'elle réserve la dénomination foie gras aux préparations répondant à certaines normes relatives à la composition et à la qualité des produits. A l'argument du gouvernement français fondé sur le caractère « *très théorique et hypothétique du manquement qui lui est reproché en raison du faible niveau de la production de foie gras dans les autres États membres et du fait que les productions qui en proviennent sont généralement conformes aux prescriptions françaises* », la Cour répond que l'article 30 du traité ne peut être écarté pour le motif qu'il n'existe jusqu'à présent aucun cas concret présentant un lien avec un autre État membre.<sup>109</sup>

---

<sup>105</sup> Arrêt du 23 octobre 2001, « Tridon », affaire C-510/99, Rec. 2001, p. I-7777.

<sup>106</sup> Nous soulignons ce point.

<sup>107</sup> Affaire « Tridon », (précitée) point 49.

<sup>108</sup> Arrêt du 22 octobre 1998, « Commission contre République française », affaire C-184/96, Rec. 1998, p. I-6197.

<sup>109</sup> *Ibid*, points 14 et 17.

Dans ses conclusions, l'avocat général La Pergola recommande à la Cour de rejeter le recours de la Commission au motif que la réglementation litigieuse ne constitue pas une entrave potentielle mais future aux échanges intracommunautaires (Voir

Le large spectre de l'interdiction des MEERQ vient également de l'absence de considération liée au fait que les échanges intracommunautaires seraient en réalité très faiblement affectés. A l'inverse, la Cour retient le critère de l'effet lors de l'appréciation des causes de justification.

Concernant la première affirmation, la juridiction communautaire est particulièrement insistante comme le révèlent de nombreuses affaires.

Dans l'affaire « International Fruit company », la CJCE affirme qu'une législation nationale qui maintient l'exigence même purement formelle de licence d'importation ou d'exportation ou de tout autre procédé similaire est en principe prohibée par le droit communautaire.<sup>110</sup>

Dans l'affaire « Van de Haar et Daveka », la Cour souligne que « *l'article 30 ne distingue pas entre mesures qui peuvent être qualifiées de mesures d'effet équivalent à une restriction quantitative selon le degré d'affectation du commerce entre États membres. Lorsqu'une mesure nationale est susceptible d'entraver les importations, elle doit être qualifiée de mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative même si l'entrave est faible et s'il existe d'autres possibilités d'écoulement des produits importés* ». <sup>111</sup>

Ainsi le rejet explicite d'une règle « de minimis » est assez répandu dans la jurisprudence de la Cour<sup>112</sup>, même si la situation inverse s'observe parfois sans pour autant altérer la clarté du message. Ainsi, l'argument de la France dans l'arrêt « foie gras » précité, soulève également

---

Luis Gonzales Vaqué, « La jurisprudence relative à l'article 28 CE (ex article 30) après l'arrêt « Keck et Mithouard », Revue du droit de l'Union Européenne 2/2000, p. 401.

Voir également l'arrêt du 7 mai 1997, « Pistre », affaire C-321/94 à C-324/94, Rec. p. I-2343, point 44.

<sup>110</sup> Arrêt du 15 décembre 1971, affaire « International Fruit Company », affaires 51 à 54/71, Rec. 1971, p. 1107, point 9.

<sup>111</sup> Arrêt du 5 avril 1984, « Procédure pénale contre Van de Haar et Daveka », affaires jointes 177 et 178/82, Rec. 1984, p. 1797, point 13.

<sup>112</sup> Arrêts du 13 mars 1984, « Prantl », affaire 16/83, Rec. 1984, p. 1299, point 20 ; CJCE, 5 avril 1984, « Procédure pénale contre Van de Haar et Daveka », affaires jointes 177 et 178/82, Rec. 1984, p. 1797, point 13 ; du 3 décembre 1998, « Procédure pénale contre « Ditley Bluhme », affaire C 67/97, Rec. 1998, p. I-8033, dans lequel la réponse de la Cour est implicite, la Cour n'en faisant guère mention, à l'inverse de l'avocat général ; du 14 décembre 2004. « Radlberger Getränkegesellschaft mbH & Co et S. Spitz KG contre Land Baden-Württemberg », affaire C-309/02, p. I-11763, point 68 : « Une mesure susceptible d'entraver les importations doit être qualifiée de mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative même si l'entrave est faible et s'il existe d'autres possibilités d'écoulement des produits... » ; du 28 septembre 2006, « Jan-Erik Anders Ahokainen, Mati Leppik », affaire C-434/04, Rec. 2006, p. I-9171, dans lequel la Cour affirme que l'exigence, fut elle purement formelle, de licences d'importation ou tout autre procédé similaire est contraire à l'article 28 CE (article 34 TFUE).

la question d'une éventuelle application d'une règle « de minimis » lors de l'application des articles 34 et suivants du TFUE et à laquelle la Cour apporte une réponse implicite.<sup>113</sup>

Cette position jurisprudentielle est soutenue par la doctrine lorsqu'elle fait état des difficultés pratiques auxquelles conduirait l'application de ladite règle pour les juridictions nationales. Comment définir le marché, quels critères utiliser (statistiques ...) ? A cet égard, elle souligne la différence avec le droit de la concurrence où les critères tels que le chiffre d'affaires des entreprises, sont plus évidents et faciles à identifier.<sup>114</sup> Dans l'optique inverse, on constate que dans les cas où les mesures n'ont manifestement pas d'effet sur le marché, les juridictions nationales ignorent parfois le rejet par la Cour de justice de la règle « de minimis » ou bien l'appliquent de facto. Ne doit-on pas conclure à un certain retard de la Cour de justice qu'elle aurait commencé à combler par le recours à une « troisième voie ».<sup>115</sup>

L'efficacité de la jurisprudence « Dassonville » provient également de ce que la discrimination n'est pas une condition pour l'application de l'article 30 du traité (article 34 TFUE), en dépit des apparences liées à la lettre du traité.<sup>116</sup> En effet, puisque comme nous venons de le préciser, la Cour privilégie le critère de l'entrave aux échanges, ce qui sera confirmé dans l'affaire « Van Tiggele »<sup>117</sup> et la célèbre affaire « Cassis de Dijon ».<sup>118</sup>

Dans cet autre arrêt de référence, est en cause devant la juridiction nationale, la réglementation allemande qui fixe pour certaines catégories de liqueurs et de boissons alcoolisées, des teneurs minimales en alcool. Dans les faits, sur la base de la réglementation litigieuse, la requérante au principal s'est vue refuser l'autorisation administrative d'importer un lot de « Cassis de Dijon », en raison de l'insuffisance de son titre alcoométrique. En effet,

---

<sup>113</sup> Dans l'arrêt « Foie gras » précité, point 15 la Cour précise : « ...Il convient de constater qu'il existe une production de foie gras, même si elle est faible, dans d'autres Etats membres que la France et qu'une partie de cette production est importée dans ce dernier Etat » et enchaîne immédiatement par un rappel de la jurisprudence « Dassonville ». Un autre exemple de réponse implicite se trouve dans l'arrêt du 9 février 1995, « Leclerc-Siplec », affaire C-412/93, Rec. 1995, p. I-179.

<sup>114</sup> Voir Malcom Jarvis, "The application of EC Law by National Courts -The free Movement of Goods", Clarendon Press-Oxford, 1988, p. 109 et 110.

<sup>115</sup> *Ibid.*, p. 110.

<sup>116</sup> Fallon Marc, et Martin Denis, « Dessine moi une discrimination... », JDE, 2010, p. 167 : « Les dispositions du droit primaire relatives aux marchandises (article 34 TFUE...) utilisent le terme « restriction » et non explicitement celui de discrimination ». Le contexte syntaxique suggère pourtant que les auteurs du traité CEE songeaient bien à des mesures discriminatoires.

<sup>117</sup> Arrêt du 24 juillet 1978, Van Tiggele », affaire 82/77, Rec. 1978, p. 25, point 13 : « ...si une réglementation nationale de prix applicable indistinctement aux produits nationaux et aux produits importés ne saurait, en général, produire l'effet d'entrave aux importations, il peut en aller autrement dans certains cas spécifiques ».

<sup>118</sup> Arrêt du 20 février 1979, « Rewe contre Bundesmonopolverwaltung für Branntwein », affaire 120/78, Rec. 1979, p. 649. Voir également les arrêts du 11 juillet 1985, « Cinéthèque », affaires 60 et 61/84, Rec. 1985, p. 2605, points 21 et 22 ; du 28 septembre 2006, « Jan-Erik Anders Ahokainen, Mati Leppik », affaire C-434/04, Rec. 2006, p. I-9171, point 18.

la teneur du « Cassis de Dijon » évaluée dans une fourchette allant de 15 à 20 degrés d'alcool, se situe à un niveau inférieur au titre minimum de 25 degrés, exigé en Allemagne. A la question de savoir si une réglementation de ce type est conforme à l'article 30 du traité (article 34 TFUE), la Cour répond que les obstacles à la libre circulation des marchandises résultant de la disparité des législations nationales relatives à la commercialisation des produits en cause doivent être acceptés dans la mesure où ces prescriptions peuvent être reconnues comme étant nécessaires pour satisfaire à des exigences impératives dont la liste et la nature seront précisées dans sa jurisprudence ultérieure.<sup>119</sup>

Il ressort clairement de cette affirmation que l'interdiction figurant à l'article 30 du traité (article 34 TFUE) vise également les mesures étatiques indistinctement applicables aux produits nationaux et aux produits importés, tout en présupposant de la responsabilité des Etats membres. Cette présomption favorable à la libre circulation des marchandises ressort clairement de l'affaire « Cassis de Dijon » dans laquelle la Cour déclare : « ...il n'y a aucun motif valable d'empêcher que des boissons alcoolisées à condition qu'elles soient légalement produites et commercialisées dans l'un des États membres soient introduites dans tout autre État membre, sans que puisse être opposée à l'écoulement de ces produits, une prohibition légale de commercialiser des boissons comportant un degré d'alcoolisation inférieur à la limite déterminée par la réglementation nationale ».<sup>120</sup> La simple disparité des législations nationales devenant ainsi source d'entrave selon la jurisprudence, le législateur communautaire devait opter pour une nouvelle stratégie basée, non plus sur une harmonisation systématique devenue inutile, mais sur une « nouvelle approche ».

La conséquence des affaires « Dassonville » et « Cassis de Dijon » est que toute réglementation nationale produisant un effet simplement potentiel sur les échanges tombe dans le champ d'application de l'article 34 TFUE sous réserve d'une possible réhabilitation par référence à une exigence impérative ou à l'article 36 du traité. Cette forme de radicalité illustre donc le caractère interventionniste de la Cour que l'on peut expliquer à partir d'une comparaison avec la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis d'Amérique dans son interprétation de la « Commerce Clause » figurant à l'article 1 section 8 clause 3 de la

---

<sup>119</sup> Arrêt « Cassis de Dijon », point 8.

<sup>120</sup> *Ibid*, point 14. Voir également les arrêts du 24 novembre 1993, « Keck et Mithouard », affaires C-267/91 et C-268/91, Rec. p. I-6097, point 15 ; du 26 octobre 1995, « Commission contre République Fédérale d'Allemagne », affaire C-51/94, Rec. 1995, p. I-3599 ; point 29 ; du 28 septembre 2006, « Jan-Erik Ander Ahokainen, Mati Leppik », affaire C-434/04, Rec. 2006, p. I-9171, point 18.

constitution américaine. Celle-ci confère au gouvernement fédéral le pouvoir exclusif de réglementer le commerce entre les États.<sup>121</sup>

Il apparaît que cette disposition ne fournit pas à la Cour suprême des États-Unis une base juridique aussi solide pour démanteler les entraves aux échanges interétatiques que les articles 34 et suivants du TFUE. Cependant, la Cour suprême a interprété ce silence de la constitution et en a déduit la possibilité d'interdire aux États d'adopter des législations discriminatoires et imposant une charge excessive sur le commerce interétatique. Cette doctrine est connue sous le nom de « *dormant commercial clause* » ou de « *negative commercial clause* ». <sup>122</sup> Quelle en est la portée et quelles conséquences en tirer dans l'optique d'une comparaison avec la jurisprudence de la CJUE ?

Pour répondre à la première question, nous nous basons sur une doctrine selon laquelle la Cour suprême aurait adopté un cadre d'analyse de la « *negative commercial clause* » distinguant entre les mesures discriminatoires et les mesures non discriminatoires.<sup>123</sup> Les premières sont soumises à un contrôle strict, les mesures formellement discriminatoires étant souvent considérées par la Cour comme illégales « *per se* ». <sup>124</sup> Les secondes bénéficient d'une présomption de légalité qui peut être renversée à condition d'être justifiées par la poursuite d'un but légitime qui ne peut être atteint par des moyens moins restrictifs des échanges. Il y a dans ce raisonnement un point commun avec la jurisprudence « *Cassis de Dijon* » en ce qu'il rappelle le test de proportionnalité utilisé par la Cour de justice. Toutefois, de part et d'autre de l'atlantique, les juridictions « fédérales » s'opposent. Tandis que selon la jurisprudence « *Cassis de Dijon* », les mesures entravantes non discriminatoires sont en principe contraires à l'article 34 du TFUE, pareilles mesures bénéficient clairement d'une présomption de légalité avec la règle constitutionnelle de la « *commerce clause* ». <sup>125</sup> Ainsi l'approche de la Cour suprême peut davantage être qualifiée d'antiprotectionniste.<sup>126</sup>

---

<sup>121</sup> The congress shall have power...to regulate commerce with foreign Nations, and among the several states... ».

<sup>122</sup> « *The Dormant* » *Commerce Clause ultimately means that because Congress has been given power over interstate commerce, states cannot discriminate against interstate commerce nor can they unduly burden interstate commerce, even in the absence of federal legislation regulating the activity* ». (Définition extraite du site web du National Paralegal College).

<sup>123</sup> Catherine Barnard, « Restricting restrictions : lessons for the EU from the US ? », *Cambridge Law Journal*, 68(3), November 2009, p. 584 à 590.

<sup>124</sup> *Oregon Waste Systems Inc. V. Dept of Environmental Quality*, 511 US 93, 99 (1994), « *If a restriction on commerce is discriminatory, it is virtually per se invalid* ».

<sup>125</sup> Catherine Barnard, « Restricting restrictions : lessons for the EU from the US ? », *Cambridge Law Journal*, 68(3), November 2009, p. 588. L'auteur cite la Cour : « *An even-handed national rule will be upheld unless the burden imposed on such commerce is clearly excessive in relation to the putative local benefit* ».

<sup>126</sup> Miguel Poiaras Maduro explique ces différences par le fait que « *la jurisprudence de la CJUE touchant à la libre circulation...n'interdit pas seulement le protectionnisme mais promeut également un objectif plus large, celui de l'intégration économique* », tandis que « *la jurisprudence de la Cour Suprême relative à la clause de commerce apparaît à cet égard plus*



La divergence entre les conceptions européenne et américaine s'explique notamment sur la base de considérations historiques.

En effet, la fédération américaine et donc son marché intérieur plus que deux fois centenaires, ont largement atteint l'âge de la maturité. C'est pourquoi les autorités fédérales recherchent dorénavant le maintien d'une forme de « statu quo » d'un marché relativement bien intégré. A l'inverse, la vieille Europe se caractérise paradoxalement par une intégration en marche. C'est pourquoi, les traités ont fait de la création du marché intérieur la première étape de l'Union économique qui devait, dans l'esprit des pères fondateurs, conduire à l'union politique. L'élimination des strates de législations nationales à effet protectionniste accumulées au cours des siècles supposait une approche très volontariste de la part des institutions et notamment de la Cour de justice. Elle se traduit tout particulièrement par la large définition des MEERQ précitée.

Aussi efficace qu'elle puisse être, la jurisprudence « Dassonville » aura pour effets indésirables d'encourager les justiciables à « *contester toutes sortes de réglementations* », telles que les réglementations relatives aux méthodes de commercialisation dont les rapports avec le commerce intracommunautaire ne sont pas évidents. Ainsi, l'interprétation extensive de l'article 30 fournit aux opérateurs économiques une arme dans la lutte pour la déréglementation.<sup>127</sup> Afin de remédier à de tels abus, la Cour décide d'en limiter la portée dans l'affaire « Keck et Mithouard »<sup>128</sup> qui correspond à une étape majeure dans l'évolution de la jurisprudence relative à la définition des MEERQ à l'importation.

Cet arrêt préjudiciel trouve son origine dans une action intentée contre deux gérants de supermarchés, accusés d'avoir enfreint la loi française interdisant la vente à perte. L'examen de ladite loi conduit la Cour dans une voie originale, consistant à prendre en considération l'objet de la règle litigieuse. Elle constate en effet, qu'une législation nationale qui interdit de façon générale la revente à perte, n'a pas pour objet de régir les échanges de marchandises

---

*clairement dominée par une approche fondée sur la non-discrimination*". Maduro Miguel Poiaras, La Cour de justice, la Cour suprême et l'entrave » in « L'entrave dans le droit du marché intérieur », sous la direction de Loïc Azoulai, Collection Droit de l'Union européenne, Bruylant 2011, p. 275, 276.

<sup>127</sup> « *It suffices to recall the cases on Sunday trading and the litigation strategies of companies like GV-INNO-BM and Leclerc...to see that the interests underlying many such cases had nothing to do with imports, but with regulatory burdens imposed on national companies* ». Maduro Miguel Poiaras, « We the Court, The European Court of Justice and the European Economic Constitution, A critical reading of Article 30 of the EC Treaty, Oxford Portland Oregon, p. 63.

<sup>128</sup> Arrêt du 24 novembre 1993, « Keck et Mithouard », affaires C-267/91 et C-268/91, Rec. p. I-6097.

entre les États membres. Elle relève également qu'une telle législation est susceptible de restreindre le volume des ventes et par conséquent le volume des ventes en provenance d'autres États membres, dans la mesure où elle prive les opérateurs d'une méthode de promotion des ventes. Pour autant et en rupture avec ses prises de positions antérieures, elle se demande si cette éventualité suffit pour qualifier la législation en cause de MEERQ.

Elle distingue, d'une part, les règles relatives aux conditions auxquelles doivent répondre les marchandises (telles que celles qui concernent leur dénomination, leur forme, leurs dimensions, leurs poids, leur composition, leur présentation, leur étiquetage, leur conditionnement) qui peuvent constituer des obstacles à la libre circulation des marchandises même si elles sont indistinctement applicables à tous les produits quelles que soit leurs origines dès lors qu'elles ne sont pas justifiées par un intérêt supérieur<sup>129</sup> et, d'autre part, l'application à des produits en provenance d'autres États membres, de dispositions nationales qui limitent ou interdisent certaines modalités de vente, pourvu qu'elles s'appliquent à tous les opérateurs concernés exerçant leur activité sur le territoire national, et pourvu qu'elles affectent de la même manière, en droit comme en fait, la commercialisation des produits nationaux et de ceux en provenance d'autres États membres.<sup>130</sup>

Quelle est la portée de l'évolution générée par l'arrêt « Keck et Mithouard » ?

Premièrement, l'objet de la réglementation devient un critère d'appréciation qu'il convient d'utiliser avant d'observer les effets de la mesure sur le commerce intracommunautaire. Toutefois, la Cour s'abstient de donner des exemples de modalités de vente couverts par la jurisprudence « Keck et Mithouard ». Deuxièmement, la discrimination figure au second rang des éléments d'identification des MEERQ parmi les réglementations relatives aux modalités de vente, tandis que l'effet restrictif sur les échanges demeure le critère qualificatif des réglementations portant sur les caractéristiques des produits. Cette évolution jurisprudentielle peut être illustrée par les deux affaires suivantes concernant les réglementations nationales interdisant certaines formes de commercialisation, l'une antérieure, l'autre postérieure au revirement de jurisprudence.

---

<sup>129</sup> *Ibid*, point 15..

<sup>130</sup> *Ibid*, point 16.

Ainsi, l'affaire « Union nationale des syndicats d'opticiens lunetiers de France »<sup>131</sup> concerne le code de santé publique français qui interdit la vente de verres correcteurs par des personnes non titulaires d'un diplôme d'opticien lunetier. Le juge fidèle à sa jurisprudence antérieure affirme qu'une législation nationale qui réserve à une catégorie professionnelle la vente de certains produits peut constituer une MEERQ en ce qu'elle canalise les ventes d'une manière pouvant affecter la commercialisation des produits importés.<sup>132</sup> Conformément à la jurisprudence « Keck et Mithouard », de telles réglementations échappent désormais au champ d'application de l'article 30 du traité (article 34 TFUE), comme en atteste l'affaire du lait maternisé,<sup>133</sup> dans laquelle la Cour considère que la réglementation grecque réservant la vente du lait premier âge aux seules pharmacies échappe au domaine d'application de l'article 30 du traité (article 34 TFUE).<sup>134</sup>

Ce revirement de jurisprudence dans un domaine aussi essentiel que l'interprétation de l'actuel article 34 du TFUE était de mauvaise augure. En effet, loin d'être stabilisée, la jurisprudence de la Cour dans le domaine historiquement premier de la libre circulation des marchandises continue d'être marquée par une relative instabilité. Notre propos est de tenter d'en expliquer les causes, d'en apprécier l'importance et les conséquences avant de proposer une alternative.

## E- Thèse et méthode

La libre circulation des marchandises a toujours été l'un des objectifs prioritaires des institutions communautaires. Dans la mesure où cette liberté symbolise l'achèvement d'un marché intérieur fonctionnant sur le modèle d'un marché national, notre analyse devrait contribuer à évaluer l'avancement du projet européen.

L'influence de la Cour de justice sur l'évolution du droit communautaire est à cet égard au cœur de la problématique visant à déterminer l'espace de liberté que le droit communautaire entend réserver aux États membres à travers le processus d'intégration négative. Les critères

---

<sup>131</sup> Arrêt du 25 mai 1993, « Laboratoire de prothèses oculaires contre Union nationale des syndicats d'opticiens lunetiers de France », affaire C-271/92, Rec. 1993, p. 2899.

<sup>132</sup> *Ibid*, points 7 à 9. La mesure litigieuse est cependant justifiée par des raisons tenant à la protection de la santé publique (points 10 à 13). Voir également les arrêts du 21 mars 1991, « Delattre », affaire 369/88, Rec. I-1487, point 51 ; du 21 mars 1991, « Monteil », affaire C-60/89, Rec. 1991, p. I-1547, point 38.

<sup>133</sup> Arrêt du 29 juin 1995, « Commission contre République hellénique », affaire 391/92, Rec. 1995, p. 1621.

<sup>134</sup> *Ibid*, points 12 à 21.

retenus par l'organe juridictionnel pour interpréter et appliquer les dispositions du traité relatives à la libre circulation des marchandises ne sont pas neutres. Ils contribuent à façonner l'Union européenne en fixant les limites de l'intégration. En ce sens, la jurisprudence de la Cour de justice a largement participé à la mise en place des fondations du marché intérieur.

Parallèlement, la Communauté a évolué en taille mais aussi dans ses prérogatives, réalité se traduisant par une nouvelle distribution des responsabilités entre l'UE et les États membres. Cette évolution a « impacté » celle du marché intérieur dont la progression sur le chemin de la maturité implique en retour, une indispensable adaptation de la jurisprudence de la Cour à cette évolution.

Notre thèse consiste à expliquer à partir d'une réflexion critique, les évolutions de la jurisprudence de la Cour dans le domaine de la libre circulation des marchandises et plus particulièrement dans celui de la lutte contre les obstacles non tarifaires. Ainsi, notre réflexion porte sur les interactions entre, d'une part, la jurisprudence de la Cour et, d'autre part, une certaine évolution de l'Union européenne tant sur le plan réglementaire que social ou économique.

L'affirmation selon laquelle la Cour a largement contribué à façonner le marché intérieur des marchandises est développée dans la première partie de notre thèse. Il s'agit premièrement d'expliquer l'efficacité de l'action jurisprudentielle, puis d'analyser ses prises de position en fonction des domaines litigieux et leurs conséquences et enfin de porter une appréciation relative à la conformité de son influence avec l'esprit du traité.

Dans cette réflexion, nous respectons plusieurs étapes. Tout d'abord, nous observons l'influence considérable de la CJUE sur la législation communautaire, et notamment la logique selon laquelle le principe de reconnaissance mutuelle a pour effet de favoriser un certain degré d'harmonisation.

Nous nous intéressons ensuite à la portée de cette influence mécanique sur le législateur communautaire. A partir d'une analyse des arbitrages effectués par la Cour entre le principe de libre circulation des marchandises, d'une part, et la défense d'intérêts majeurs laissés au moins à titre provisoire sous la responsabilité des États membres, d'autre part, nous en tirons des conclusions sur le sens de ses priorités. En effet, le principe de la libre circulation des

marchandises ne doit pas mettre en danger certains intérêts généraux de nature essentiellement non économique dont la liste figure dans les traités<sup>135</sup> et que la Cour de justice à travers son œuvre jurisprudentielle, a choisi d'étendre.<sup>136</sup> Ce choix est fondé sur la conviction selon laquelle « *Le principe de la liberté du commerce n'est pas à considérer d'une manière absolue mais est assujéti à certaines limites justifiées par les objectifs d'intérêt général poursuivis par la Communauté, dès lors qu'il n'est pas porté atteinte à la substance de ces droits* ». <sup>137</sup> Toutefois cette marge de manœuvre laissée aux États membres est placée sous le contrôle juridictionnel de la Cour de justice qui doit tenir compte de deux impératifs contradictoires.

Premièrement, il s'agit d'assurer le maintien de la libre circulation des marchandises au profit des opérateurs économiques et des consommateurs. Dans un but d'efficacité, la Cour interprète aussi largement que possible l'article 34 du TFUE et notamment la notion d'entrave aux échanges afin d'assurer un contrôle efficace dans le cadre des recours en constatation de manquement ou des interprétations sollicitées par les juridictions nationales. Soulignons tout particulièrement l'interprétation extensive de la notion d'entrave aux échanges incluant les carences des États membres à intervenir pour les éviter ou les supprimer. Ainsi la Cour souligne qu'eu égard au rôle fondamental dévolu à la libre circulation des marchandises, il incombe aux États membres de prendre les mesures nécessaires et appropriées pour empêcher toute entrave causée par des actes de particuliers.<sup>138</sup>

Deuxièmement, le contrôle de la Cour doit être mesuré, le but n'étant pas de « condamner » systématiquement les règles de police nationales visant la protection de certaines valeurs non économiques<sup>139</sup>. En vue de l'application des articles 34 et suivants du traité relatifs aux obstacles non tarifaires, la juridiction communautaire met en balance les valeurs non

---

<sup>135</sup> L'article 36 TFUE présente une liste de motifs permettant aux États membres de justifier des restrictions à la libre circulation des marchandises. Cette liste est exhaustive et d'interprétation stricte. Voir nos commentaires ci-dessous et notamment l'arrêt du 17 juin 1981, « Commission contre Irlande », affaire 113/80, Rec. p. 1625, point 7). Le caractère non économique des motifs de dérogations a été souligné par la doctrine (Joël Molinier, Nathalie de Grove Valdeyron, « Droit du marché intérieur » 3<sup>ème</sup> édition, LGDJ, p.73).

<sup>136</sup> Il s'agit des exigences impératives consacrées par l'arrêt « Cassis de Dijon ».

<sup>137</sup> Arrêt du 7 février 1985, « ADBHU », affaire 240/83, Rec. 1985, p. 531, point 12.

<sup>138</sup> Arrêt du 12 juin 2003, « Schimdburger », affaire C-112/00 (précitée), point 60. Voir également l'arrêt du 9 décembre 1997, « Commission contre République française », affaire C-265/95, Rec. 1997, p. I-6959, points 52 à 57. Cet arrêt se concrétise dans l'action du législateur communautaire par l'adoption du règlement du Conseil 2679/98 du 7 décembre 1998 et dotant l'Union d'un « mécanisme d'intervention rapide » exercé par la Commission en cas de perturbation grave du marché intérieur. Cependant l'institution gardienne des traités en a souligné les limites dans un rapport au Conseil et au Parlement européen du 22 mars 2001, (Doc. COM (2001) 160 final (cité dans l'ouvrage de Joël Molinier et Nathalie De Grove-Valdeyron, « Droit du marché intérieur européen » 3<sup>ème</sup> édition, LGDJ, p. 56).

<sup>139</sup> Des objectifs de nature purement économique ne peuvent justifier une entrave au principe fondamental de libre circulation des marchandises. Arrêt du 28 avril 1998, « N. Decker », affaire C-120/95, Rec. p. 1831.

économiques avec les impératifs du marché intérieur afin d'apprécier la nécessité et la proportionnalité des mesures nationales. Notre réflexion repose principalement sur le constat des imprécisions du droit primaire concernant tout particulièrement la notion de mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative à l'importation de l'article 34 TFUE.

Après avoir ainsi démontré la logique et interprété le sens de l'influence exercée par la Cour de justice sur l'évolution du droit du marché intérieur, nous constatons dans une seconde partie que cette influence ne s'exerce pas de manière unilatérale. La Cour elle-même s'adapte à l'évolution du marché intérieur.

La seconde partie de notre thèse tente ainsi de démontrer que les soubresauts de la jurisprudence relative à l'interprétation et à l'application des articles 34 à 36 du TFUE correspondent à une adaptation difficile mais nécessaire de la jurisprudence à cette évolution. En effet, la jurisprudence est tout sauf un long fleuve tranquille. Les enjeux contradictoires révélés notamment par la répartition des compétences entre l'UE et les États membres, l'imprévisibilité des comportements nationaux protectionnistes,<sup>140</sup> la diversité des situations accentuée par le contexte d'une société en mutation, rendent la mission des juges particulièrement complexe. Les arrêts fondateurs ont révélé leurs limites face à la multiplicité et à l'imprévisibilité des situations pouvant compromettre la mise en place et le bon fonctionnement du marché intérieur. Plusieurs voies ont dû être explorées par l'organe juridictionnel, donnant l'impression d'une certaine confusion. Les lacunes du traité n'y sont pas étrangères puisqu'elles laissent un large champ à l'interprétation au juge.

---

<sup>140</sup> Ce qui explique le refus par la Cour des justifications des entraves aux échanges pour des motifs économiques. En effet, Certains réflexes protectionnistes ont pu être démontrés par la Cour. Voir par exemple l'arrêt du 23 février 1988, « Commission contre République française », affaire 216/84, Rec. 1988, p. 793, point 12 : le recours de la Commission vise à faire reconnaître, qu'une loi française interdisant l'importation et la vente des succédanés de lait en poudre correspond à un manquement de la France à ses obligations. Au point 12 de l'arrêt, la Cour affirme « ...qu'un Etat membre ne saurait recourir à une exigence impérative comme la défense des consommateurs pour soustraire un produit aux effets d'une concurrence des prix sous prétexte des difficultés économiques occasionnées par l'élimination des entraves au commerce intracommunautaire ».

L'arrêt du 5 juillet 1982, « Commission contre Royaume-Uni », affaire 40/82, Rec. 1982, p. 2793, concerne l'interdiction des importations au Royaume-Uni de produits de volaille en provenance des Etats membres dès lors que ces derniers ne prévoyaient pas un régime de vaccination obligatoire contre la maladie de Newcastle. Dans cette affaire, le juge communautaire constate que la réglementation britannique dissimule un objectif protectionniste. La conviction de la Cour repose sur les éléments suivants : L'existence de pressions de la part des producteurs nationaux opposés aux importations. La période à laquelle la mesure a été précipitamment adoptée pour bloquer les importations des dindes de Noël en provenance de France et enfin le fait d'ajouter de nouvelles exigences au fur et à mesure que la France s'adaptait aux normes britanniques ».

Dans cette seconde partie de notre thèse, une étape préliminaire de notre réflexion soumet l'évolution de la jurisprudence relative à la libre circulation des marchandises à une analyse visant à rechercher une ligne cohérente qui apparaît parfois au delà des apparences.

Cette approche nous permet d'observer dans une première étape, les arguments favorables aux options divergentes retenues par la Cour lors de l'interprétation et de l'application du principe de libre circulation des marchandises.

Dans une seconde étape, nous défendons la thèse selon laquelle une évolution relative aux articles 34 et 35 TFUE est souhaitable. Le constat des nombreuses diversions observées par rapport aux arrêts majeurs, mais aussi des revirements de jurisprudence et enfin des incertitudes qu'il génère concernant tout particulièrement la définition des mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives nous oriente vers d'autres voies possibles. Il nous semble qu'après plusieurs décennies marquées par de multiples rebondissements relatifs à la notion de mesure d'effet équivalent à des restrictions quantitatives, le temps d'une jurisprudence stabilisée est venu.

La difficulté à définir enfin cette notion dans une règle de principe générale et immuable traduit bien la complexité de la tâche. Dans cette perspective, nous tentons de démontrer que le choix de l'unification des critères d'identification des MEERQ à l'importation, mais également à l'exportation apporterait une réponse aux critiques précitées.

Ainsi, notre thèse permet de situer la CJUE au cœur du dispositif prévu par les traités pour la mise en place et le fonctionnement du marché intérieur des marchandises. Cette position stratégique fait de l'organe juridictionnel communautaire un acteur central de la réalisation et de l'évolution de l'intégration économique. Pour autant, dans sa mission d'assurer le respect du droit dans l'application et l'interprétation du droit communautaire, la Cour n'est pas insensible aux contextes politique, juridique, sociaux-économique dans lesquels elle doit intervenir, ce qui explique une relative instabilité. Il en va pourtant de la sécurité juridique à laquelle peuvent légitimement prétendre les sujets du droit communautaire d'espérer une ligne claire et stabilisée sur les questions essentielles.

Il convient alors d'analyser l'influence de la CJUE à partir de la distinction :

Première partie – L’élaboration d’un mode d’emploi du marché intérieur à l’interface du traité et des législations communautaires et nationales

Deuxième partie - La recherche laborieuse d’une cohérence jurisprudentielle pour concilier le marché intérieur et les nouvelles politiques de l’UE

## **Première Partie – L’élaboration d’un mode d’emploi du marché intérieur à l’interface du traité et des législations communautaires et nationales**

Le caractère économique des traités constitutifs explique l’approche téléologique adoptée par la juridiction communautaire pour en réaliser les objectifs. En effet, la Cour de justice dont on ne pouvait présager de l’action, a joué le rôle d’un véritable « révélateur de l’intégration juridique »<sup>141</sup> trouvant son énergie dans un effet d’engrenage ou « spill-over effect ».<sup>142</sup>

Le caractère lacunaire du traité ne révèle-t-il pas une ambiguïté dans les intentions de ses auteurs, considérant le marché intérieur comme un axe de progression tel un amer permettant de tracer sa voie sur une carte marine et non comme le but ultime ?<sup>143</sup> La réalisation d’un marché intérieur fonctionnant comme un marché national n’impliquerait-il pas l’inexistence et donc l’élimination de toutes les aspérités liées aux cultures, à l’histoire et d’une manière générale à toutes les références étrangères à la sphère strictement économique ?<sup>144</sup> Ce

---

<sup>141</sup> Expression empruntée à Nicolas Leron dans son commentaire sur l’ouvrage de Robert Lecours : « L’Europe par les juges ». – Toute l’Europe en un clic.

<sup>142</sup> Nicolas Leron définit ainsi le phénomène: La Cour de justice chargée d’assurer la bonne application des dispositions des traités communautaires « *va produire de la jurisprudence qui va conférer aux particuliers des nouveaux droits effectifs, et aux juridictions nationales des nouveaux pouvoirs afin de faire appliquer ce droit communautaire au niveau national, y compris contre son administration nationale et son législateur. Les particuliers vont faire valoir leurs nouveaux droits devant leurs juridiction nationales qui vont peu à peu se référer à la CJCE pour trancher des questions d’interprétation des textes communautaires, créant alors de nouveaux droits. La constitution progressive d’un corpus de règles communautaires va favoriser l’essor des échanges économiques intra-communautaire qui vont à leur tour soulever de plus en plus de litiges communautaires, et donc soumettre de nouvelles questions de droit communautaire à la CJCE. Il s’agit d’un effet d’engrenage, que l’on nomme « spill-over ».* Toute l’Europe - Extrait du commentaire de l’auteur sur l’ouvrage de Robert Lecours : « L’Europe par les juges ».

<sup>143</sup> L’expression « marché intérieur » s’est substituée à celle de marché commun dans le texte du traité de Lisbonne.

<sup>144</sup> Cette vision très négative de la construction européenne a été exposée par l’ex-premier ministre britannique Margaret Thatcher dans son « discours de Bruges » : « *Europe will be stronger precisely because it has France as France, Spain as Spain, Britain as Britain, each with its own customs, traditions and identity. It would be folly to try to fit them into some sort of identikit European Personality. Some of the founding fathers of the Community thought that the United States of America might be its model. But the whole history of America is quite different from Europe. People went there to get away from the intolerance and constraints of life in Europe. They sought liberty and opportunity ; and their strong sense of purpose has, over two centuries, helped to create a new unity and pride in being American, just as our pride lies in being British or Belgian or Dutch or German... Certainly we want to see Europe more united and with a greater sense of common purpose. But it must be in a way which preserves the different traditions...Let Europe be a family of nations, understanding each other*



questionnement s'impose sur fondement d'un constat inquiétant relatif au marché unique: « *Moins populaire que jamais, il est pourtant plus nécessaire que jamais* ». <sup>145</sup> Le contexte dans lequel s'inscrit le projet d'établir un marché commun fonctionnant comme un marché intérieur est autrement plus complexe aujourd'hui qu'il ne l'était en 1957, à l'époque du traité de Rome ou en 1985 au moment de la rédaction par la Commission, du livre blanc sur l'achèvement du marché unique <sup>146</sup>. La crise économique et financière actuelle qui menace l'édifice communautaire tout entier favorise la résurgence des nationalismes. <sup>147</sup> En ces temps difficiles, le repli sur soi, la méfiance et le discrédit jeté sur l'intégration économique remplacent peu à peu l'enthousiasme des premières années. <sup>148</sup> C'est pourquoi il est essentiel que le marché unique, fondement de l'intégration soit non seulement préservé mais qu'il évolue conformément aux objectifs du traité, en phase avec les attentes des citoyens européens. <sup>149</sup> Il n'est en effet pas concevable d'imaginer la poursuite de l'intégration communautaire sans l'adhésion des peuples qui passe naturellement par une prise en compte de leurs préoccupations. Parmi celles-ci, figurent notamment la protection de valeurs non économiques telles que la santé publique, l'environnement, la culture, certains choix de société, autant de domaines dans lesquels il est légitime de s'interroger sur le partage des rôles entre l'Union européenne, d'une part, et les États qui la composent, d'autre part.

---

*better, appreciating each other more, doing more together but relishing our national identity no less than our common European endeavour* ».

<sup>145</sup> Rapport au Président de la Commission européenne José Manuel Barroso, présenté par M. Mario Monti le 9 mai 2010, p. 25.

<sup>146</sup> Jacques Delors, alors président de la Commission lançait avec Lord Cockfield, vice-président et Commissaire en charge du marché intérieur, le projet de marché unique inspiré du livre blanc sur l'achèvement du marché intérieur. Le Conseil européen devait adopter ce projet d'unification du marché intérieur reposant sur un programme progressif d'intégration réalisé à l'échéance de 1992.

<sup>147</sup> Un sondage réalisé par l'IFOP pour le compte de l'ambassade de la République fédérale d'Allemagne à Paris, du 11 au 17 décembre 2012 et intitulé : « Regards croisés sur les relations franco-allemandes à l'occasion du 50<sup>ème</sup> anniversaire du Traité de l'Elysée », révèle l'influence de la crise sur la vision respective des deux pays. Ainsi une majorité des ressortissants des deux Etats privilégient le mot « partenariat » par rapport à celui d' « amitié », pour qualifier les relations franco allemandes, tandis qu'un nombre croissant de jeunes allemands estiment que les relations franco allemandes relèvent de la rivalité et de l'indifférence.

<sup>148</sup> La jurisprudence de la Cour révèle de nombreux exemples de réglementations nationales à visées clairement protectionnistes. Voir par exemple l'arrêt du 10 novembre 1982, « Walter Rau Lebensmittelwerke contre De Smedt PVBA », affaire 261/81, Rec. 1982, p. 3961, concernant un décret royal belge selon lequel la margarine ne pouvait être vendue que dans un conditionnement de forme cubique.

<sup>149</sup> « *Aujourd'hui, le marché unique n'est pas aimé, mais il suscite chez de nombreux européens (citoyens et dirigeants politiques) de la méfiance, de la crainte et parfois même de l'hostilité ouverte* ». Or, la crise actuelle appellerait davantage de marché unique, « *c'est à dire un renforcement du pilier économique de l'Union économique et monétaire* ». (Rapport au Président de la Commission européenne José Manuel Barroso, présenté par M. Mario Monti le 9 mai 2010, p. 15 et p. 18, précité). Mario Monti constate également qu'à l'époque du livre blanc et durant les vingt années qui ont suivi, les adversaires du marché unique étaient sur la défensive et devaient se justifier tandis que ses promoteurs actuels doivent convaincre l'opinion publique et la sphère politiques (p. 29).

La première partie de notre thèse s'intéresse à la manière dont la Cour a forgé son autorité pour orienter la construction du marché intérieur en fonction de priorités dont nous apprécierons la cohérence avec l'esprit du traité.

Nous aborderons successivement les deux points suivants :

Titre I- La jurisprudence constructive de la Cour de justice

Titre 2- Une influence exercée dans le respect de l'esprit du traité ?

## **Titre I- La jurisprudence constructive de la Cour de justice**

La libre circulation des marchandises correspond à un principe général du droit communautaire que la Cour de justice a stratégiquement décidé d'imposer notamment par une définition excessivement large des MEERQ dans l'affaire « Dassonville » lui réservant une grande marge de manœuvre pour l'avenir. Cette définition démontre de la part de l'organe juridictionnel une forme de radicalité dans son action visant à éliminer notamment les obstacles non tarifaires aux importations interdits par l'article 34 du traité. Le zèle de la Cour de Luxembourg à éliminer toute forme d'entrave directe ou indirecte, actuelle ou potentielle s'explique dans les premières décennies d'existence de la Communauté par la nécessité de bâtir les fondations de l'édifice.<sup>150</sup>

Mais c'est principalement l'arrêt *Cassis de Dijon* et la consécration de la théorie des exigences impératives qui orientent l'influence constructive de la jurisprudence de la Cour de justice sur l'évolution du droit communautaire. En effet, malgré l'application du principe de la reconnaissance mutuelle, la nécessité d'harmoniser demeure chaque fois qu'un État membre est admis à faire valoir une exigence impérative. L'intervention du législateur communautaire permet alors de combler les espaces de liberté des États membres lorsqu'ils sont sources d'entraves aux échanges intracommunautaires. Nous observerons dans un premier chapitre la portée de l'arrêt « *Cassis de Dijon* » et notamment son influence qualitative sur l'évolution de la législation communautaire. Nous observerons dans un second

---

<sup>150</sup> « *The EU is a work in progress* ». Barnard Catherine, « Restricting restrictions : lessons for the EU from the US ? », *Cambridge Law Journal*, November 2009.

chapitre que l'influence ainsi exercée par la CJUE reste déterminée par le degré d'intégration communautaire mais aussi par l'objet des réglementations.

Le titre I s'articule donc de la manière suivante:

Chapitre 1- L'effet « Big-bang » de l'arrêt « Cassis de Dijon »

Chapitre 2- Une jurisprudence constructive bornée par le respect des compétences étatiques et l'état de la législation de l'Union européenne

## **Chapitre 1- L'effet « Big-Bang » de « l'arrêt Cassis de Dijon »**

L'instrument privilégié de l'action juridictionnelle provient de la consécration du principe de la reconnaissance mutuelle dans l'arrêt d'interprétation « Cassis de Dijon » et les arrêts de sa filiation qui l'ont confirmé et précisé. Il s'agit, en la matière, de l'arrêt le plus marquant de la jurisprudence de la Cour de justice, en ce qu'il sacralise le principe de la reconnaissance mutuelle dont il convient d'analyser la signification et la portée (Section 1).

Il s'agit également de l'arrêt le plus influent sur l'évolution du droit du marché intérieur tant au niveau du droit primaire qu'au niveau du droit dérivé (Section 2).

### **Section 1- La consécration jurisprudentielle du principe de la reconnaissance mutuelle**

La consécration de ce principe fondamental apparaît implicitement dans l'affaire « Cassis de Dijon » dont l'importance justifie un bref retour sur son déroulement.<sup>151</sup> Précisons qu'après avoir constaté l'absence de réglementation commune de la production et de la commercialisation de l'alcool, et par défaut reconnu les compétences nationales<sup>152</sup>, la CJCE consacre la théorie des exigences impératives. Conformément aux principes qui en découlent,

---

<sup>151</sup> Arrêt du 20 février 1979, « Rewe contre Bundesmonopolverwaltung für Branntwein », affaire 120/78, Rec. 1979, p. 649. Voir l'exposé des faits dans l'introduction de notre thèse.

<sup>152</sup> Arrêt du 20 février 1979, « Rewe contre Bundesmonopolverwaltung für Branntwein », affaire 120/78, Rec. 1979, p. 649. « Attendu qu'en l'absence d'une réglementation commune de la production et de la commercialisation de l'alcool, (...) il appartient aux Etats membres de régler, chacun sur son territoire, tout ce qui concerne la production et la commercialisation de l'alcool et des boissons spiritueuses » (point 8).

« les obstacles à la circulation intracommunautaire, résultant des disparités des législations nationales relatives à la commercialisation des produits en cause doivent être acceptés dans la mesure où ces prescriptions peuvent être reconnues comme étant nécessaires pour satisfaire à des exigences impératives tenant notamment à l'efficacité des contrôles fiscaux, à la protection de la santé publique, à la loyauté des transactions commerciales et à la défense des consommateurs ». <sup>153</sup> Le raisonnement de la Cour doit alors permettre d'apprécier les motifs d'intérêt général invoqués par la RFA, au regard des conditions de leur acceptabilité, à savoir leur caractère nécessaire et proportionné à l'objectif poursuivi, qui en l'occurrence fait défaut.

Il découle de la jurisprudence « Cassis de Dijon » que dans la mesure où un produit répond de manière raisonnable à l'une des exigences impératives fixées par sa réglementation, un État membre importateur ne peut arguer des différences de moyens utilisés pour justifier l'interdiction de vente sur son territoire. Aussi importante qu'elle soit, la liberté de circulation des marchandises n'est donc pas absolue, puisque chaque État membre dispose d'un regard sur le niveau de protection garanti par la réglementation de l'État d'exportation.

La jurisprudence « Cassis de Dijon » est ultérieurement précisée sur deux plans.

Premièrement, la liste des exigences impératives présentée dans cette affaire n'étant pas limitative, <sup>154</sup> d'autres motifs d'intérêt général viendront la compléter dans des arrêts successifs. Il s'agit notamment des motifs de protection de l'environnement, <sup>155</sup> de l'amélioration des conditions de travail, des objectifs culturels, <sup>156</sup> le maintien du pluralisme de la presse, <sup>157</sup> l'équilibre financier du système de sécurité sociale, <sup>158</sup> la sécurité routière <sup>159</sup>, la lutte contre la criminalité, <sup>160</sup> le bien-être des animaux. <sup>161</sup>

---

<sup>153</sup> *Ibid*, point 8.

<sup>154</sup> Cette conclusion découlait déjà de l'affaire « Cassis de Dijon » dans lequel la liste des exigences impératives était précédée de l'adverbe « notamment » (point 8).

<sup>155</sup> Arrêts du 20 septembre 1988, « Commission contre Danemark », affaire 302/86, Rec. 1988, p. 4607, point 8 ; du 14 juillet 1998, « aher waggon GmbH », affaire. C-389/96, Rec. 1998 p. 4473 ; du 4 juin 2009, « Percy Mickelsson et Roos », affaire C-142/05, Rec. 2009, p. I-4273.

<sup>156</sup> Arrêt du 11 juillet 1985, « Cinéthèque », affaires 60 et 61/84, Rec. 1985, p. 2605.

<sup>157</sup> Arrêt du 26 juillet 1997, « Familiapress » affaire C-368/95, Rec.1997, p. I-3689, points 18 et 27 dans lesquels la Cour associe l'exigence impérative du maintien du pluralisme de la presse et la sauvegarde de la liberté d'expression

<sup>158</sup> Arrêt du 28 avril 1998, « Nicolas Decker contre Caisse de maladie des employés privés », affaire C-120/95, Rec. 1998, p. I-1831, point 39.

<sup>159</sup> Arrêts du 10 février 2009, « Commission contre République italienne », affaire C-110/05, Rec. 2009, p.I-519, point 60 ; du 20 septembre 2007, « Commission contre Royaume des Pays-Bas », affaire C-297/05, Rec. 2007, p. I-7467, point 77 ; du 5 juin 2008, « Commission contre République de Pologne », affaire C-170/07, Rec. 2008, p. I-87, point 49 ; du 18 novembre 2010, « Lahousse et Lavichy BVBA », affaire C-142/09, point 45.

Deuxièmement, la règle de raison qui en ressort ne peut s'appliquer qu'aux mesures indistinctement applicables et ne dissimulant pas une discrimination matérielle. Il suffit pour s'en convaincre au-delà des affirmations du juge, de relire la dernière phrase de l'article 36 du traité qui exclut également toute dérogation en pareille hypothèse.<sup>162</sup> Il serait en effet contradictoire ou illogique de ne pas appliquer pareille réserve concernant les exigences impératives, alors que le traité l'exclut formellement pour l'application des motifs figurant dans la liste limitative de l'article 36. En revanche, si une mesure indistinctement applicable (et donc susceptible de bénéficier de la règle de raison tirée de l'affaire « Cassis de Dijon ») affecte davantage les marchandises importées que les marchandises nationales, mais de manière non intentionnelle, elles peuvent être justifiées.

Cette conviction est renforcée à partir du constat suivant : Selon la jurisprudence « Keck et Mithouard », les réglementations correspondant à des modalités de vente ne relèvent pas en principe de l'article 34 du TFUE. Toutefois, l'immunité de principe ne s'applique pas aux réglementations produisant un effet discriminatoire vis à vis de la commercialisation des produits en provenance des autres États membres. Or force est de constater que la Cour de justice applique la règle de raison tirée de la jurisprudence « Cassis de Dijon » à des réglementations nationales auxquelles elle refuse logiquement de reconnaître « l'immunité keck » au motif qu'elles produisent un effet discriminatoire.

L'affaire « Cassis de Dijon » constitue un pilier de la jurisprudence communautaire relative au marché intérieur des marchandises. Mais est-elle source de confusion ou de clarification ? Cette question est à l'origine d'un débat doctrinal sur le sens et la portée qu'il convient de lui donner.

L'arrêt « Cassis de Dijon » est en effet à la base d'une réflexion sur la question de savoir s'il limite ou au contraire élargit la définition extensive des MEERQ telle qu'elle apparaît dans l'affaire « Dassonville ».<sup>163</sup> Dans cet autre arrêt de référence, il est demandé à la Cour si constitue une mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative (MEERQ) au sens de

---

<sup>160</sup> Arrêts du 19 juin 2008, « Commission contre Portugal : films colorés sur vitrages des voitures », affaire C-219/07, Rec. 2008, p. I-4475 ; du 10 avril 2008, « Commission contre Portugal », affaire C-265/06, Rec. 2008, p. 2245 ; du 24 avril 2008, « Commission contre Luxembourg », affaire C-286/07, Rec. 2008, p. 63.

<sup>161</sup> Arrêt du 9 juin 2008, « National Raad Van Dierenkwekers », affaire C-219/07, Rec. 2008, p. I-4475, concernant des restrictions aux importations de mammifères exotiques.

<sup>162</sup> Article 36 TFUE : « ...Toutefois, ces interdictions ou restrictions ne doivent constituer ni un moyen de discrimination arbitraire, ni une restriction déguisée dans le commerce entre les États membres ».

<sup>163</sup> Arrêt du 11 juillet 1974, « Procureur du Roi contre Benoît et Gustave Dassonville », affaire 8/74, Rec. 1974, p. 837.

l'article 30 du traité (article 34 TFUE), une disposition réglementaire nationale interdisant l'importation d'une marchandise portant une appellation d'origine, lorsque cette marchandise n'est pas accompagnée d'une pièce officielle délivrée par l'État exportateur et attestant de son droit à cette appellation. Cette question préjudicielle est posée à la CJCE à la suite d'une procédure pénale engagée en Belgique contre deux commerçants ayant importé de France un lot de scotch whisky, sans être en possession du certificat d'origine requis en application de ladite réglementation nationale. La Cour constate que seuls les importateurs directs seraient pratiquement en mesure de respecter les formalités exigées pour justifier de l'origine d'un produit. En conséquence, la réglementation litigieuse entre dans la définition des MEERQ que la Cour assimile à « *toute réglementation nationale des États membres susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement le commerce intracommunautaire* ». <sup>164</sup> De cette définition découlent deux interprétations possibles.

La première est fondée sur la conviction que celle-ci serait susceptible d'englober toutes les mesures nationales y compris les mesures indistinctement applicables aux produits nationaux et aux produits importés. En conséquence l'arrêt « Cassis de Dijon » permettrait de limiter la portée de l'arrêt « Dassonville », dans la mesure où la théorie des exigences impératives écarte du champ d'application de l'article 28 (article 34 TUUE) les mesures nationales indistinctement applicables justifiées par des motifs légitimes sous réserve de proportionnalité.

La seconde interprétation, selon laquelle la définition des MEERQ extraite de l'arrêt « Dassonville » ne viserait en réalité que les mesures discriminatoires, induit une conclusion inverse, dans la mesure où conformément à l'arrêt « Cassis de Dijon » l'interdiction des MEERQ ne concerne pas seulement les mesures discriminatoires mais s'étend aux mesures indistinctement applicables non justifiées par une exigence impérieuse. <sup>165</sup>

Pour parvenir à la définition des MEERQ précitée, le juge de Luxembourg précise le sens de la directive 70/50/CEE <sup>166</sup> dont il s'inspire et notamment des articles 2 et 3 visant successivement :

---

<sup>164</sup> *Ibid*, point 5.

<sup>165</sup> Telle est la thèse retenue par le juge René Joliet : « La libre circulation des marchandises et les nouvelles orientations de la jurisprudence », *Journal des Tribunaux, Droit européen*, n°12, p. 145 à 151.

<sup>166</sup> Directive 70/50/CEE de la Commission, du 22 décembre 1969, fondée sur les dispositions de l'article 33 paragraphe 7, portant suppression des mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives à l'importation non visées par d'autres dispositions prises en vertu du traité CEE, publiée au JOCE L 13 du 19/01.1970 p. 29 à 31.

*« Les mesures autres que celles indistinctement applicables aux produits nationaux et aux produits importés, qui font obstacle à des importations qui pourraient avoir lieu en leur absence y compris celles qui rendent les importations plus difficiles que l'écoulement de la production nationale »<sup>167</sup> et « Les mesures régissant la commercialisation des produits et portant notamment sur la forme, la dimension, le poids, la composition, la présentation, l'identification, le conditionnement applicables indistinctement aux produits nationaux et aux produits importés, dont les effets restrictifs sur la libre circulation des marchandises dépassent le cadre des effets propres d'une réglementation de commerce.<sup>168</sup> Tel est notamment le cas lorsque ces effets restrictifs sur la libre circulation des marchandises sont hors de proportion par rapport au résultat recherché, lorsque le même objectif peut être atteint par un autre moyen qui entrave le moins les échanges ».*

Deux constats s'imposent à la lecture des deux articles. Premièrement, les définitions données par la Commission portent sur l'effet restrictif et non sur les objectifs des mesures visées. Cette conception des MEERQ devait permettre à la Commission d'attaquer plus efficacement les entraves aux échanges dont elle constatait le caractère souvent indistinctement applicable aux produits indépendamment de leur origine. Cependant, et il s'agit là du second constat, dans la mesure où toute réglementation commerciale est par nature restrictive, la Commission distingue les mesures formellement discriminatoires à l'égard des produits importés qui sont automatiquement assimilées à des MEERQ et interdites, des mesures indistinctement applicables qui ne seront interdites que si elles sont excessives, c'est-à-dire que les effets restrictifs sont "hors de proportion par rapport au résultat recherché" ou lorsque l'objectif visé "peut être atteint aussi bien par un autre moyen qui entrave moins les échanges" ces deux conditions correspondant aux critères de proportionnalité et substituabilité.<sup>169</sup>

Cette analyse de la directive révèle un effet boomerang dans le sens où, trouvant son inspiration dans une directive de la Commission, la Cour de justice en précise le sens dans sa

---

<sup>167</sup> Directive 70/50/CEE, article 2.1.

<sup>168</sup> Directive 70/50/CEE, article 3.

Monsieur R. Joliet, alors juge à la CJCE, ironise sur cette formulation peu explicite de l'article 3 de la directive, qu'il qualifie d'abstruse et dont il n'aurait jamais pu discerner le sens, bien qu'elle ait été reprise par la Cour elle-même dans certains arrêts. (Exposé présenté lors de la visite des magistrats des Cours suprêmes à la Cour de justice le 6 juin 1994), *Journal des tribunaux Droit européen*, 20 octobre 1994, n°12-2<sup>ème</sup> année.

<sup>169</sup> A. Mattera distingue les effets restrictifs « propres », « physiologiques », « consubstantiels » à toute réglementation commerciale qui ne pourraient être qualifiés en eux-mêmes d'effet équivalent à des restrictions quantitatives, de ceux qui pourraient acquérir cette qualification en raison de leur caractère disproportionné par rapport à l'objectif poursuivi. Ainsi l'illégitimité qui en résulterait serait « acquise » par opposition à « l'illégitimité intrinsèque » caractérisant les mesures formellement discriminatoires.

jurisprudence « Cassis de Dijon », elle-même consacrée dans une communication interprétative de la Commission<sup>170</sup> illustrant une forme de réappropriation par le pouvoir politique d'un principe essentiel du processus d'intégration. En effet, pour la première fois, la Cour consacre sans la nommer, la présomption selon laquelle un produit légalement fabriqué et commercialisé dans un autre État membre doit pouvoir circuler dans les autres États tel qu'il est et sans subir d'adaptations, et que toute dérogation à ce principe doit être strictement justifiée.<sup>171</sup> En décidant ainsi, la Cour s'inspire de la formule utilisée par la Commission dans l'article 3 de la directive 70/50. Toutefois, « *le principe de reconnaissance mutuelle a été en premier lieu établi par la Cour, même si par la suite la Commission a pris le relais pour le promouvoir* »<sup>172</sup>. L'organe juridictionnel permet à l'exécutif communautaire de formaliser le principe de la reconnaissance mutuelle mais aussi de le promouvoir et de l'interpréter dans le sens où « en conséquence, un État membre ne saurait interdire la vente sur son territoire d'un produit légalement fabriqué et commercialisé dans un autre État membre, même si ce produit est fabriqué selon des prescriptions techniques ou qualitatives différentes de celles imposées à ses propres produits. En effet, dans la mesure où le produit en cause répond « de façon convenable et satisfaisante » à l'objectif légitime visé par sa réglementation (sécurité, protection du consommateur, environnement, etc.), l'État membre importateur ne saurait, pour justifier l'interdiction de vente sur son territoire, invoquer le fait que les moyens utilisés pour atteindre cet objectif sont différents de ceux imposés aux produits nationaux. »<sup>173</sup>

La réaction en chaîne ne s'arrête pas là puisque la Cour de justice va consacrer la formule de la « reconnaissance mutuelle » dans l'affaire C-184/86 connue sous le nom d'arrêt « foie gras »,<sup>174</sup> dans lequel était en cause un décret français réservant une série de dénominations de vente aux préparations à base de foie gras répondant à certaines conditions relatives à la composition et la qualité du produit. Il est remarquable que pour la première fois, vingt ans après l'arrêt « Cassis de Dijon », la Cour utilise l'expression de « principe de reconnaissance

---

<sup>170</sup> Communication de la Commission du 3 octobre 1980, sur les suites de l'arrêt rendu par la Cour de justice des Communautés européennes, le 20 février 1979 dans l'affaire 120/78.

<sup>171</sup> Mario Todino et Tilman Lüder, « La jurisprudence « Keck » en matière de publicité : vers un marché unique inachevé ?, Revue du Marché Unique Européen 1/1995, p. 174. Les auteurs soulignent également le caractère révolutionnaire du principe de la reconnaissance mutuelle (p. 175).

<sup>172</sup> R. Munoz, « Le principe de reconnaissance mutuelle et l'abrogation de la décision 3052, chronique d'une future révolution », Conférence sur « Le principe de reconnaissance » organisée par le Centre d'Etudes Internationales et Européennes de Strasbourg le 5 décembre 2008.

<sup>173</sup> Communication interprétative (précitée).

<sup>174</sup> Arrêt du 22 octobre 1998, « Commission des Communautés européennes contre République française », affaire C-184/96, Rec. 1998, p. 6197.



mutuelle ». <sup>175</sup> La Cour constate en effet qu'en adoptant le décret litigieux sans y inclure une clause de reconnaissance mutuelle, les autorités françaises ont manqué à leurs obligations au titre de l'article 30 du traité (article 34 TFUE). <sup>176</sup>

Les autorités communautaires s'efforcent aujourd'hui de faire respecter ce principe fondamental pour le bon fonctionnement du marché intérieur, révélant ainsi l'influence des juges de Luxembourg sur la législation communautaire. <sup>177</sup>

## **Section 2- La théorie des exigences impératives, révélatrice d'une influence normative de la Cour de Justice**

L'influence normative de la Cour de justice s'exerce indirectement sur le législateur communautaire dont l'action s'avère nécessaire lorsque les États membres sont admis à faire valoir un motif de dérogation au principe de libre circulation des marchandises, qu'il s'agisse d'un motif tiré de l'article 36 du traité ou d'une exigence impérative d'origine jurisprudentielle. Encore faut-il que l'action de la Communauté dispose des compétences nécessaires pour légiférer dans le domaine concerné, qu'il s'agisse de la protection de l'environnement, de la santé ou du consommateur pour se limiter à des secteurs à l'origine de nombreux conflits devant les juridictions nationales ou opposant la Commission et les États membres. La récurrence de tels conflits a révélé la sensibilité croissante des États membres à ces questions prioritaires et leurs effets négatifs sur le fonctionnement du marché intérieur.

Ces nouvelles priorités ont logiquement conduit la Communauté à élargir ses compétences qui ont été progressivement exploitées par le législateur communautaire. En ce sens, on peut affirmer que la jurisprudence de la Cour est également source d'inspiration pour le « pouvoir constituant » et le pouvoir législatif.

Ces deux points seront abordés successivement :

---

<sup>175</sup> Luis Gonzalez Vaqué, « La jurisprudence relative à l'articles 28 CE (ex article 30) après l'arrêt « Keck et Mithouard », Revue du Droit de l'Union Européenne 2/2000, p. 411.

<sup>176</sup> Arrêt « Foie gras » précité, point 28.

<sup>177</sup> Voir par exemple le règlement n°762/2008 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 3052/95/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 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, JO L 321 du 30.12.1995 p. 1-5.

I- Une interprétation jurisprudentielle avant-gardiste des objectifs du traité présage de son évolution

II- Le juge communautaire, acteur de l'évolution du droit dérivé

## **I- Une interprétation jurisprudentielle avant-gardiste des objectifs du traité présage de son évolution**

Le juge communautaire a su à la fois anticiper et influencer la législation communautaire tout en reconnaissant la nécessité de corriger certains effets de sa jurisprudence afin de limiter des dommages collatéraux. Ainsi, la Cour a décidé de sortir du cadre strict dans lequel l'aurait enfermé une lecture trop littérale et partielle des traités.

La protection de l'environnement constitue un parfait exemple de cet esprit novateur insufflé par la Cour et concrétisé par une jurisprudence avant-gardiste des objectifs du traité. Les illustrations suivantes le démontrent clairement.

L'affaire « des brûleurs d'huiles usagées »<sup>178</sup> peut se résumer de la manière suivante. Conformément à une directive européenne, le gouvernement français organise la collecte et le traitement des huiles usagées selon un système d'agrément. A la suite d'une action en justice visant la dissolution de l'Association de défense des brûleurs d'huiles usagées, le TGI de Créteil pose une question préjudicielle relative notamment à la conformité de la directive avec les principes de liberté du commerce, de libre circulation des marchandises et de libre concurrence « *qui constituent des principes généraux du droit communautaire dont la Cour assure le respect* »<sup>179</sup>. Dans son interprétation, la CJCE adopte une nouvelle grille de lecture du traité en observant que le principe de la liberté du commerce n'est pas à considérer d'une manière absolue mais est assujéti à certaines limites justifiées par les objectifs d'intérêt général poursuivis par la Communauté et notamment la protection de l'environnement qui constitue l'un des objectifs essentiels de la Communauté.<sup>180</sup>

---

<sup>178</sup> Arrêt du 7 février 1985 « Procureur de la République contre Association de défense des brûleurs d'huiles usagées », affaire 240/83, Rec. 1985, p. 531.

<sup>179</sup> *Ibid*, point 9

<sup>180</sup> *Ibid*, points 12 et 13.

Voir également les arrêts du 20 septembre 1988, « Commission contre Danemark », affaire 302/86, Rec. p. 4607, point 8 ; du 2 avril 1998, « Outokumpu, C-213/96, Rec. 1998, p. 4607 ; du 13 septembre 2005, « Commission contre

En la matière toutefois, il convient de relativiser l'originalité de la thèse de la Cour qui vient seulement conforter une évolution déjà révélée au niveau des orientations fixées par le Conseil européen.<sup>181</sup> Il s'agit là d'une véritable démarche qualitative dans la mesure où les valeurs non économiques doivent dorénavant être protégées pour elles-mêmes et non pas uniquement dans le but de servir au bon fonctionnement du marché intérieur.

Dans le même ordre d'idées, il faut reconnaître à la Commission une lecture plus équilibrée et plus juste de l'article 2 du traité fondateur, contribuant à une « *amélioration de la qualité de la vie et de la protection du milieu* ». <sup>182</sup>

L'arrêt « brûleurs d'huiles usagées » ne constitue pas pour autant un reniement de la jurisprudence antérieure de la Cour de justice. Il illustre plutôt le souci d'une meilleure harmonie au sein d'un marché intérieur où les principes de liberté du commerce et de libre circulation des marchandises ne justifient point la dégradation de l'environnement. Aussi le juge complète-t-il son raisonnement en soulignant que les mesures prévues par la directive ne doivent pas entraver les échanges, et notamment ne pas constituer des barrières aux exportations.<sup>183</sup> Dans cette logique, il rappelle également la nécessité de respecter les principes de proportionnalité et de non discrimination.<sup>184</sup>

L'absence de fondement juridique spécifique ne permet donc pas de conclure à l'absence de légitimité d'une réglementation communautaire dans le domaine environnemental.

La protection du consommateur représente un autre exemple de l'influence exercée par les juges de Luxembourg. Ainsi, le traité de Rome ne fournissant aucune base juridique explicite pour le développement d'une telle politique commune, seules étaient justifiées les mesures d'harmonisation fondées sur les articles 100<sup>185</sup> et ensuite 100-A du traité, c'est-à-dire

---

Conseil », affaire C-176/03, , Rec. 2005, p. I.7879, point 41 ; du 15 novembre 2005, « Commission contre République d'Autriche », affaire C-320/03, Rec. 2005, p. 9871, point 32.

<sup>181</sup> Déclaration du Conseil européen réuni à Paris du 19 au 21 octobre 1972 : « *L'expansion économique qui n'est pas une fin en soi, doit, par priorité, permettre d'atténuer la disparité des conditions de vie, elle doit se traduire par une amélioration de la qualité aussi bien que du niveau de vie...une attention particulière sera portée aux valeurs et biens non matériels et à la protection de l'environnement afin de mettre le progrès au service des hommes* ».

<sup>182</sup> Premier programme d'action en matière d'environnement, p. 1, 4<sup>ème</sup> considérant.

<sup>183</sup> Arrêt du 7 février 1985 « Procureur de la République contre Association de défense des brûleurs d'huiles usagées », , Rec. 1985, p. 531, point 14. Voir également l'arrêt du 10 mars 1983, « fabricants raffineurs d'huile de graissage / Inter-huiles, affaire 172/82, Rec. 1983, p. 555.

<sup>184</sup> Arrêt du 7 février 1985 « Procureur de la République contre Association de défense des brûleurs d'huiles usagées », affaire 240/83, Rec. 1985, p. 531, point 13.

<sup>185</sup> Article 100 du traité de Rome : « *Le Conseil statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission arrête des directives pour le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres qui ont une*

motivées par des considérations économiques. C'est pourquoi l'objectif des directives adoptées entre 1975 et 1990 était moins la protection du consommateur que son information.<sup>186</sup> La Cour va en la matière faire la preuve de sa capacité à anticiper et influencer le cours de l'évolution « constitutionnelle » et législative communautaire. Dans la liste des exigences impératives, l'arrêt « Cassis de Dijon » introduit en effet pour la première fois le concept de protection du consommateur dans sa jurisprudence relative aux articles 30 et suivants du traité CEE (articles 34 et suivants TFUE). La Cour y distingue formellement l'exigence de protection du consommateur de celle de protection de la santé publique également listée dans l'article 36 du traité. Les nombreuses applications de cette jurisprudence<sup>187</sup> impulsent la création d'une nouvelle politique de protection du consommateur<sup>188</sup> fournissant à la Commission les assises juridiques de ses interventions directement et principalement motivées par la protection des consommateurs.<sup>189</sup>

Ces exemples du caractère innovant de la jurisprudence de la Cour ont pu faire parler d'un gouvernement des juges, expression également contestée.<sup>190</sup>

---

*incidence directe sur l'établissement ou le fonctionnement du marché commun. L'Assemblée et le Comité économique et social sont consultés sur les directives dont l'exécution comporterait, dans un ou plusieurs Etats membres, une modification de dispositions législatives ».*

<sup>186</sup> Thierry Bourgoignie et Julie St-Pierre, « Le statut de la politique de protection du consommateur dans les systèmes régionaux économiquement intégrés. Une première évaluation comparative », *Revue québécoise de droit international*, (2007) 20.1, p. 26.

Il s'agit par exemple des directives suivantes :

\* CE Directive 79/581/CEE du Conseil du 19 juin 1979 relative à la protection des consommateurs en matière d'indication des prix des denrées alimentaires, (1979) JO L 158/19.

\* CE Directive 88/314/CEE du Conseil du 7 juin 1988, relative à la protection des consommateurs en matière d'indication des prix des produits non alimentaires, (1988) JO L 142/19.

\* CE Directive 84/450/CEE du Conseil du 10 septembre 1984 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de publicité trompeuse, (1984) JO L 250/17, modifiée par la directive 2006/114/CE du 12 décembre 2006 en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative (CE, Directive 2006/114/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative (2006) JO L 376/21.

\* CE Directive 85/577 du Conseil du 20 décembre 1985 concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerçants, (1985) JO L 372/31.

\* CE Directive 87/102/CEE du Conseil du 22 décembre 1986 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de crédit à la consommation, (1987) JO L 42/48.

\* CE, Directive 85/374/CEE du Conseil du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, (1985) JO L 210/29.

<sup>187</sup> Voir HANNES Unberath, "the double-headed approach of the ECJ concerning Consumer protection" (2007) 44 CML Rev. , p. 1245 et s.

<sup>188</sup> Le traité de Maastricht élargit les compétences de la Communauté à « la protection des consommateurs » (correspondant à un nouveau titre dans le traité).

<sup>189</sup> Ces mesures concernent l'information du consommateur (étiquetage, indication du prix, information précontractuelle), la protection de ses intérêts économiques (publicité, clauses abusives, méthode de vente, garanties, normes de qualité), de sa santé (sécurité des produits, réglementation sectorielle de certains produits, régimes de responsabilité en cas de dommages causés par certains produits), la protection juridique (recours en cas de litige)... Voir Thierry Bourgoignie et Julie St-Pierre, « Le statut de la politique de protection du consommateur dans les systèmes régionaux économiquement intégrés. Une première évaluation comparative » p. 4, précité.

<sup>190</sup> Citation de Jean-Claude Bonnichot, Conseiller d'Etat, membre du cabinet de Jean-Pierre Puissechet, ancien juge français à la CJCE : « *La Cour fait toujours du droit, d'ailleurs souvent de manière très technique. Mais elle a toujours interprété les*

Ainsi libéré du cadre parfois trop restreint des compétences attribuées par le traité dans un contexte d'évolution des sociétés et de leurs objectifs d'intérêt général, la Cour se révèle également comme une source d'inspiration du législateur communautaire.

## II- Le juge communautaire, acteur de l'évolution du droit dérivé

La jurisprudence de la Cour est également un moteur de l'activité législative selon la logique suivante : A chaque fois que des dérogations au principe de libre circulation des marchandises sont recevables, l'harmonisation demeure nécessaire pour permettre les échanges intracommunautaires. Autrement dit, lorsque la jurisprudence reconnaît des prérogatives aux Etats membres au titre de l'exception de l'article 36 TFUE ou d'une exigence impérative, elle ouvre un champ de compétence communautaire car elle admet la possibilité d'une entrave.<sup>191</sup> En ce sens, la réserve de compétence étatique révèle une compétence communautaire (A). Cette influence sur le législateur n'est pas seulement mécanique ou logique, elle oriente également la réglementation harmonisée sur le plan idéologique et des principes (B).

### A- L'influence mécanique de la Cour sur le législateur communautaire

L'application de la théorie des exigences impératives ou de l'article 36 du traité « appelle » l'harmonisation. C'est ce que souligne la Commission dans sa communication interprétative de l'arrêt « Cassis de Dijon » dans les termes suivants : « *La Commission aura principalement à rechercher l'harmonisation des législations nationales ayant une incidence sur le fonctionnement du marché commun lorsqu'il s'agira d'éliminer les entraves résultant de dispositions nationales admissibles au vu des critères énoncés par la Cour* ». <sup>192</sup> Cette idée ressort également de la Communication du « Plan d'action en faveur du marché unique », dans laquelle elle déclarait que si la reconnaissance mutuelle ne peut pas être plus efficace, alors l'harmonisation communautaire devra prendre le pas dans certains secteurs. <sup>193</sup>

---

*traités dans le sens qui est celui de leurs auteurs, les "Pères fondateurs" de la Communauté économique européenne, dans les années 50. C'est-à-dire celui d'une Communauté cohérente, relativement intégrée, avec des objectifs à long terme politiques* ». (Cécile Robert, « Au cœur des mécanismes de l'intégration européenne, ce juge méconnu de Luxembourg » Le Monde diplomatique, Mai 1999).

<sup>191</sup> Cette intégration dite positive a été rendue possible grâce aux modifications apportées par l'Acte unique européen et à l'utilisation de la nouvelle approche. Quant à l'action du juge communautaire, elle rend les dispositions du traité directement opérationnelles.

<sup>192</sup> Communication de la Commission sur les suites de l'arrêt rendu par la Cour de justice des Communautés européennes, le 20 février 1979, dans l'affaire 120/78 (Cassis de Dijon).

<sup>193</sup> Communication de la Commission au Conseil européen, CSE (95) 1 final, 4 juin 1997, p 3 et 4.

Le droit alimentaire illustre clairement le constat de la réactivité du législateur aux décisions de la Cour de justice. En la matière, la cour justifie l'application du régime dérogatoire issue de la jurisprudence « Cassis de Dijon » par la nécessité de répondre à des situations de risques incertains. La jurisprudence étudiée appelle clairement la construction par le législateur d'une politique européenne de sécurité sanitaire des aliments.

La volonté d'unifier le marché apparaît également dans le recours privilégié aux règlements et non plus aux directives. Ainsi, la force juridique particulière du règlement 765/2008 du 9 juillet 2008 a été soulignée par la doctrine à propos de dispositions figurant traditionnellement dans les directives et visant à obliger les États membres de fournir les moyens de surveillance du marché.<sup>194</sup>

Le pouvoir des États membres ne correspond donc pas à une compétence réservée. Pour autant, son caractère provisoire qui se manifeste lors de l'intervention du législateur communautaire, ne doit pas occulter l'aspect qualitatif de l'influence de la Cour de justice.

## B- L'influence qualitative de la Cour de justice sur le législateur communautaire

Cette influence qualitative se manifeste par la prise de conscience de la part du législateur des limites de l'harmonisation. En ce sens, le principe de la reconnaissance mutuelle se révèle comme un allié du principe de subsidiarité (1). Elle se manifeste également comme tel par une forme de parallélisme entre la jurisprudence de la Cour et certaines orientations de la réglementation communautaire, révélant ainsi son pouvoir de mobilisation et d'inspiration du législateur communautaire (2).

### 1- Le principe de la reconnaissance mutuelle, un allié du principe de subsidiarité

La jurisprudence « Cassis de Dijon » traduit une prise de conscience par la Cour de justice, des difficultés et de l'impasse d'une politique trop legaliste. A vouloir trop harmoniser, la Communauté s'est fréquemment retrouvée paralysée par l'entêtement des États à vouloir imposer leurs conceptions et leurs échelles de valeurs. Il est également apparu que la multiplication des directives ne parvenait pas à effacer les disparités nationales aggravées par

---

<sup>194</sup> Voir A. Mattera, « La libre circulation des marchandises », Revue du Droit de l'Union Européenne, 2/2010, p. 260.

la prolifération des normes nationales.<sup>195</sup> En revanche, le principe de la reconnaissance mutuelle permet de limiter l'étendue du champ d'intervention du législateur communautaire au profit des initiatives nationales, sans que ces dernières n'interfèrent avec les règles de libre circulation des marchandises.

Ainsi, la jurisprudence « Cassis de Dijon » inspire les instances communautaires<sup>196</sup> et nationales qui vont s'orienter vers une politique d'harmonisation d'ampleur beaucoup plus limitée, dont la mise en œuvre est facilitée par l'application du principe de la reconnaissance mutuelle.<sup>197</sup> Selon Monsieur Alfonso Mattera, « *L'affirmation et la mise en œuvre du principe de la reconnaissance mutuelle ont permis de sonner le glas d'une conception harmonisatrice qui régnait dans le passé et risquait de transformer la Communauté en une sorte de rouleau compresseur uniformisant et harmonisateur ou, pire encore, en un « Etat-providence » manifestant des prétentions interventionnistes et une activité boulimique qui relevait davantage d'un perfectionnement technique que du souci de servir le citoyen* ». <sup>198</sup>

C'est ainsi que la communication interprétative de la Commission<sup>199</sup> annonce la nouvelle approche qu'elle présente dans le « livre blanc sur l'achèvement du marché intérieur » transmis au Conseil le 14 juin 1985.<sup>200</sup> Celle-ci repose sur la conviction que l'instrument du rapprochement ne devrait être utilisé que de manière limitée permettant d'écartier le risque d'une uniformisation réglementaire basée sur l'article 100 du traité CEE (devenu article 94 CE).<sup>201</sup> Dorénavant, l'harmonisation des législations nationales ne devra être recherchée que pour « *éliminer les entraves résultant des dispositions nationales admissibles au vu des*

---

<sup>195</sup> Voir : Mattera A, « La reconnaissance mutuelle, une valeur historique ancienne, un principe juridique intégrationniste, l'assise politique d'un modèle de société humaniste », Revue du droit de l'Union européenne, n°3, 2009, p. 406.

<sup>196</sup> Dans l'introduction de son livre blanc sur l'achèvement du marché intérieur, la Commission européenne évoque la nécessité de tirer « *les enseignements du passé et en particulier des échecs et des lenteurs enregistrées* ».

<sup>198</sup> Mattera Alfonso, Editorial, Revue du Marché de l'Union Européenne, 2 :1998, sp.p. 12.

<sup>199</sup> Communication du 31 janvier 1985, (COM 85 19 final) approuvée par le Conseil dans la résolution du 7 mai 1985, JOCE C 136, du 4.6.1985.

<sup>200</sup> Le « livre blanc » sur l'achèvement du marché intérieur (Milan 28 et 29 juin 1985, COM (85) 310) dresse un calendrier des actions à mener pour réaliser le marché unique au plus tard le 31 décembre 1992. La nouvelle approche décrite par la Commission prévoit notamment de limiter l'harmonisation de façon à « *établir pour tous les Etats membres les exigences essentielles en matière de santé et de sécurité afin de permettre la libre circulation des produits conformes à ces exigences* » tout en renvoyant aux normes techniques européennes et à défaut aux normes nationales. Le livre blanc fait suite à la déclaration de Jacques Delors, alors Président de la Commission, selon laquelle la création d'un marché unique nécessitait l'élimination des frontières internes à la fin de l'année 1992. En juin 1985, la Commission transmet son « livre blanc » au Conseil européen. Le Conseil européen de Milan des 28 et 29 juin 1985 décide la réunion d'une conférence intergouvernementale en vue de la modification du traité afin notamment de permettre la concrétisation des mesures contenues dans le livre blanc.

<sup>201</sup> Cette approche caractérise l'action de la Communauté dans les années 60 et 70, période durant laquelle les directives réglementaient les caractéristiques des produits dans le détail (Voir A.Mattera, article précité p. 399).

*critères énoncés par la Cour* ». <sup>202</sup> Aussi les directives fondées sur la nouvelle approche ne doivent-elles plus en principe imposer de règles détaillées mais se concentrer sur les exigences essentielles en matière de sécurité et de santé. La nouvelle approche contribue ainsi à éviter toute inflation législative dans la mesure où le spectre transversal plus large et général de ces directives permet de limiter le nombre de textes de droit dérivé, dont le contenu est également moins dense et plus compréhensible. <sup>203</sup>

L'action de la Commission ne se situe pas uniquement dans une logique réparatrice concrétisée dans un nouveau processus d'harmonisation. Elle envisage également dans sa communication interprétative, des modalités d'intervention préventive des entraves aux échanges intracommunautaires. <sup>204</sup> Celles-ci se concrétiseront dans les directives « notification » 83/139 et 98/34 permettant à la Commission d'anticiper afin de mieux les combattre, les obstacles techniques aux échanges. Ce nouvel arsenal juridique fondé sur la prévention, oblige les États membres à notifier préalablement à leur adoption tout projet de règle technique à la Commission en vue d'un examen de conformité avec le droit communautaire, ainsi qu'aux autres États membres. Cette démarche complète l'initiative de la Commission consistant à inviter les États membres à insérer dans leurs réglementations commerciales une clause de reconnaissance mutuelle.

La reconnaissance et l'application du principe de la reconnaissance mutuelle par l'organe juridictionnel et l'exécutif communautaire ont conduit la doctrine à utiliser les termes de « nouvelle culture » qui serait fondée sur les principes de subsidiarité et de transparence. Conformément au premier principe, l'intervention du législateur communautaire est conditionnée par l'insuffisance d'une action au niveau national. Le second principe est illustré par l'obligation d'informer les autres partenaires (États membres et indirectement les acteurs économiques).

---

<sup>202</sup> Communication de la Commission sur les suites de l'arrêt rendu par la CJCE, le 20 février 1979 dans l'affaire 120/78.

<sup>203</sup> Voir A. Mattera, « La libre circulation des marchandises », *Revue du Droit de l'Union Européenne*, 2/2010, p. 239. Voir également la décision 768/2008 du Parlement européen et du Conseil du 9 juillet 2008, relative à un cadre commun pour la commercialisation des produits et abrogeant la décision 93/465/CEE du Conseil (JOU L 218/82 du 13/08/2008), article 3 : « *En ce qui concerne la protection des intérêts publics, la législation communautaire d'harmonisation se limite à fixer les exigences essentielles établissant le niveau de protection à atteindre...* ».

<sup>204</sup> Commission interprétative sur les suites de l'arrêt 120/79 : « *Pour prévenir des difficultés ultérieures, la Commission informera les Etats membres des objections qu'appelleraient, au regard des règles communautaires, certaines dispositions que ceux-ci envisageraient d'adopter et dont elle aurait connaissance. Elle fera prochainement des suggestions sur les procédures à suivre à cet égard* ».



L'influence de la jurisprudence de la Cour ne s'exerce pas uniquement sur le champ d'intervention du législateur communautaire, elle produit également ses effets sur l'orientation de la législation communautaire et plus précisément sur la détermination du point d'équilibre entre, d'une part, le principe de libre circulation des marchandises et, d'autre part, les exceptions tirées de l'article 36 du TFUE ou les exigences impératives d'origine jurisprudentielle. Cette influence sur le législateur communautaire peut s'exprimer en réaction à la jurisprudence de la Cour ou au contraire comme source d'inspiration.

## 2- La jurisprudence de la Cour de Justice, source de mobilisation voire d'inspiration du législateur communautaire

Le législateur communautaire lui-même a pris conscience et réagi face aux effets potentiellement néfastes d'une application systématique du principe de reconnaissance mutuelle (a). Cette prise de conscience se traduit également dans l'esprit nouveau qui souffle sur certaines politiques communes. On peut ainsi considérer que Le principe de reconnaissance mutuelle est une source d'inspiration du législateur communautaire (b).

### a- Les effets du principe de reconnaissance mutuelle bridés par le législateur communautaire

Il semble que la prise de conscience des dérives potentielles d'une application systématique du principe de la reconnaissance mutuelle, évoquée précédemment, ait été partagée par le pouvoir législatif communautaire. Pour illustrer notre propos, nous retiendrons tout particulièrement des exemples en relation avec la politique agricole commune (PAC) et la politique de l'environnement qui correspondent à des zones particulièrement sensibles aux influences de la jurisprudence de la Cour de justice. Le secteur de la PAC nous semble d'autant plus intéressant qu'il s'agit d'un secteur d'intégration communautaire privilégié.

Ainsi, au début des années 1990, la Communauté a décidé de réformer sensiblement la politique agricole commune (PAC), notamment en réaction au risque de « *banalisation* » et « *d'abaissement qualitatif des denrées alimentaires* », que le principe de reconnaissance mutuelle générait.<sup>205</sup> Il devenait urgent de réorienter la PAC vers de nouvelles priorités afin de répondre à la demande des consommateurs de plus en plus sensibles à la qualité des

---

<sup>205</sup> Voir Fabio Gencarelli, « La politique de qualité alimentaire dans la PAC réformée », Revue du Droit de l'Union Européenne 4/2009, p. 634.

produits. Dans cette optique, ont été adoptés plusieurs règlements relatifs respectivement à la production biologique, à l'enregistrement et la protection des appellations géographiques (les appellations d'origines protégées (AOP), les indications géographiques protégées (IGP) et les spécialités traditionnelles garanties (STG)).<sup>206</sup>

Si l'influence de la Cour peut ainsi s'exercer par une réaction défensive ou réparatrice de la part du législateur, il convient de relever qu'elle agit plus souvent de manière préventive, c'est à dire qu'elle inspire directement le législateur.

#### b- Le principe de reconnaissance mutuelle source d'inspiration du législateur communautaire

Le domaine des droits de propriété intellectuelle est à cet égard révélateur du rôle joué par le juge communautaire dont la jurisprudence a permis de renforcer et parfois d'anticiper l'intervention du législateur.<sup>207</sup> Cette affirmation concerne tout particulièrement la protection des indications géographiques, dont l'importance a été reconnue par la Cour, avant que le législateur communautaire ne s'en préoccupe sérieusement, comme le révèlent les affaires suivantes.

L'arrêt « Seckt »<sup>208</sup> concerne un recours de la Commission, visant à faire constater le manquement de la République fédérale d'Allemagne, dans la mesure où la réglementation nationale vinicole réserve à la production allemande (ou originaire de pays où l'allemand est la langue officielle) les dénominations « Seckt et Weinbrand ». Le raisonnement de la Cour qui s'appuie sur la directive 70/50, confirme que les appellations d'origine et les indications de provenance peuvent faire l'objet d'une protection juridique, à condition que les produits qu'elles désignent possèdent effectivement des qualités et des caractères liés à la région de provenance.<sup>209</sup> En l'occurrence, cette condition n'est pas satisfaite dans la mesure où la zone de provenance est définie sur la base des seuls critères géographiques (origine nationale) ou linguistiques (pays de langue allemande). La Cour complétant ainsi son raisonnement initial, réfute l'allégation de la partie défenderesse, selon laquelle les méthodes de fabrication ne

---

<sup>206</sup> L'auteur fait référence aux dispositions suivantes : Règlement (CEE) n°2092/91, remplacé par le règlement (CE) n°834/2007 (JO L 89 du 20.07.2007 p. 1), règlement (CEE) n°2081/92, remplacé par le règlement (CE) n°510/2006 (JO L 93 du 31.03.2006, p. 12), règlement (CEE) n°2082/92, remplacé par le règlement (CE) n°509/2006 (JO L 93 du 31.03.2006, p. 1).

<sup>207</sup> Voir Fabio Gencarelli, « La politique de qualité alimentaire dans la PAC réformée », (précité – note 58 ), Revue du Droit de l'Union Européenne 4/2009, p. 635.

<sup>208</sup> Arrêt du 20 février 1975, « Commission contre République Fédérale d'Allemagne », affaire 12/74, Rec. 1975, p. 181.

<sup>209</sup> *Ibid*, point 7.

permettraient pas à elles seules, de caractériser un produit au point d'en déterminer la provenance.<sup>210</sup> Cet arrêt fournit à la Cour, l'occasion de préciser les contours de la protection des indications géographiques. Des arrêts ultérieurs viendront enrichir cette jurisprudence.

Ainsi dans l'arrêt préjudiciel « Jho Eggers »,<sup>211</sup> la Cour reste dans la ligne de la décision précédente en disant pour droit que constitue une MEERQ une réglementation nationale subordonnant pour un produit national, l'usage d'une dénomination de qualité (ne correspondant ni à une appellation d'origine ni à une indication de provenance) à la condition que certaines phases de production aient été réalisées sur le territoire national.

L'affaire des « confiseries Alicante et Jijona »<sup>212</sup> vient préciser le sens et la portée de l'affaire « Seckt ». La question préjudicielle vise en l'occurrence, non pas une disposition nationale, mais une convention franco-espagnole ayant pour objectif le respect dans les deux pays signataires, de certaines dénominations exclusivement réservées aux produits de l'État de production et plus précisément d'une région de l'État d'origine. Le litige au principal oppose une société française à une entreprise espagnole, au motif que la première commercialise des confiseries fabriquées en France sous les dénominations « Alicante » et « Jijona », qui sont celles de villes espagnoles où ces confiseries sont une tradition. La Commission interprète l'arrêt « Seckt » dans le sens où les dénominations litigieuses ne peuvent être protégées au titre de la propriété commerciale, au motif qu'elles ne désignent pas un produit dont les qualités seraient conditionnées par une localisation géographique de sa provenance de nature à l'individualiser. La Cour restreint cependant la portée du principe de libre circulation en jugeant qu'au-delà des indications de provenance, certaines dénominations géographiques utilisées pour des produits ne remplissant pas certains critères de qualités liés au terroir ou à des méthodes de production peuvent également mériter une protection juridique en raison de la réputation qu'ils ont acquise auprès des consommateurs. La Cour limite ainsi la portée que la Commission entendait donner à l'affaire « Seckt » qu'il convient d'interpréter comme interdisant aux États membres de réserver aux produits nationaux « *des dénominations qui ont été employées pour désigner des produits d'une provenance quelconque, contraignant ainsi*

---

<sup>210</sup> *Ibid*, points 9 et 10.

<sup>211</sup> Arrêt du 12 octobre 1978, « Joh.Eggers Sohn & Co. Contre Freie Hansestadt Bremen, Affaire 13/78, Rec. 1978, p. 1935.

<sup>212</sup> Arrêt du 10 novembre 1992, « Exportur SA contre LOR SA et confiserie du Tech SA », Affaire C-3/91, Rec. 1992, p. I-5529.

*les entreprises des autres États membres à utiliser des dénominations inconnues ou moins appréciées du public ».*<sup>213</sup>

Cette jurisprudence a manifestement orienté la législation communautaire sur les conditions d'accès aux AOP et IGP.<sup>214</sup>

## **Conclusion de la section**

Acteur central de la réalisation du marché intérieur dans le cadre de l'intégration négative, la Cour de justice a su également imprimer son empreinte dans l'évolution du droit communautaire primaire et dérivé. L'influence du juge est d'autant plus remarquable qu'elle a parfois contribué à une prise de conscience du sens véritable et de la portée des dispositions du traité relatives à la libre circulation des marchandises. Le juge a ainsi fait preuve d'audace et de clairvoyance par le refus d'une application aveugle et absolutiste du principe de libre circulation des marchandises. Reconnaisant par exemple l'importance de la protection de l'environnement ou de la protection du consommateur au point de fonder parfois ses décisions davantage sur des convictions que sur des bases juridiques formelles, le juge a incontestablement anticipé et contribué à une évolution dans le sens d'une prise en compte des valeurs autres que purement économiques. Cette influence du juge communautaire dans le sens d'une application « raisonnée » du principe de libre circulation des marchandises s'exerce également sur le droit dérivé pour des raisons logiques ou mécaniques puisque seule l'harmonisation peut garantir la libre circulation des marchandises lorsque qu'une entrave à celle-ci est justifiée par une exigence impérative.

## **Conclusion du chapitre**

Nous avons tenté de démontrer dans ce chapitre l'effet « big-bang » c'est à dire les réactions en chaîne provoquées par la jurisprudence « Cassis de Dijon » à travers la consécration du principe de la reconnaissance mutuelle. La Cour de justice a permis en effet de faire dudit principe une arme essentielle dans le dispositif visant à l'intégration économique des marchés nationaux.

---

<sup>213</sup> *Ibid*, point 29.

<sup>214</sup> Voir Fabio Gencarelli, « La politique de qualité alimentaire dans la PAC réformée », Revue du droit de l'Union Européenne 4/2009, p. 636.

Une première étape a consisté à adopter ce principe dont l'application est encadrée par une règle de raison correspondant à la théorie des exigences impératives. Puis les effets de cette jurisprudence ont été démultipliés grâce à aux réactions du pouvoir politique à travers la communication de la Commission sur les suites de l'arrêt Cassis de Dijon,<sup>215</sup> et du livre blanc sur l'achèvement du marché intérieur<sup>216</sup> ainsi que la nouvelle approche privilégiée par les autorités en matière d'harmonisation.

Nous avons ensuite illustré par des exemples comment le juge a su anticiper et orienter l'évolution du droit communautaire primaire par des interprétations audacieuses du traité en l'absence formelle des assises juridiques nécessaires. Enfin, nous avons démontré la relation de cause à effet entre l'application de la théorie des exigences impératives et la nécessité de l'harmonisation dans la perspective d'un marché intégré. Ainsi la législation communautaire révèle une réelle perméabilité à l'influence de la jurisprudence de la Cour. A contrario, le principe de la reconnaissance mutuelle devient l'allié du principe de subsidiarité lorsqu'un Etat membre ne peut justifier d'un motif de dérogation au principe de libre circulation des marchandises.

Si donc l'autorité et l'impact des juges de Luxembourg sont indéniables, il convient toutefois d'observer qu'ils varient en fonction du degré d'intégration des secteurs concernés et de la nature des litiges.

## **Chapitre 2- Une jurisprudence constructive bornée par le respect des compétences étatiques et l'état de la législation de l'Union européenne**

La jurisprudence révèle l'influence considérable que la Cour de justice exerce sur la réalisation et le fonctionnement du marché intérieur. Nous avons constaté, notamment l'importance de son action lorsque les États membres font valoir des motifs de justifications susceptibles de réhabiliter des réglementations nationales produisant des effets restrictifs sur les échanges intra communautaires.

---

<sup>215</sup> Communication de la Commission du 3 octobre 1980, sur les suites de l'arrêt rendu par la Cour de justice des Communautés européennes, le 20 février 1979 dans l'affaire 120/78 (JO C 256 du 3/10/1980, p. 2-3).

<sup>216</sup> « Livre blanc » sur l'achèvement du marché intérieur (Milan 28 et 29 juin 1985, COM (85) 310).

Il apparaît cependant que le degré d'influence de la Cour est fonction du niveau d'intégration communautaire. La marge de manœuvre concédée aux États semble en effet encadrée par les initiatives du législateur communautaire, révélant ainsi une compétence seulement provisoire. L'apparente simplicité de ce principe issu de la jurisprudence, dissimule néanmoins des points d'ombre qu'il convient d'éclaircir dans la mesure où le traité reconnaît dans le même temps aux États membres, une compétence après l'harmonisation. Ainsi dans la première section, notre propos vise à déterminer le sens et la portée réelle du principe de la compétence provisoire des États membres.

Une seconde étape de notre réflexion nous oriente vers la recherche d'une forme de modélisation de la jurisprudence permettant d'expliquer les orientations jurisprudentielles en fonction de l'objet des réglementations nationales litigieuses. L'analyse de la jurisprudence nous conduit à observer que les motifs de justification des réglementations nationales restrictives des échanges ne sont pas neutres aux yeux de la Cour de justice. Une analyse jurisprudentielle permet en effet de constater le caractère plus ou moins directif des interprétations de la Cour selon la nature des motifs invoqués.

Ces deux axes de réflexions seront abordés dans les deux sections suivantes :

Section 1- Une jurisprudence déterminée par le niveau variable d'intégration législative au sein de l'UE

Section 2- Une mission conditionnée par l'objet des législations nationales soumises à son appréciation

## **Section 1- Une jurisprudence déterminée par le niveau variable d'intégration législative au sein de l'UE**

Le champ d'influence exercée par la Cour de justice est déterminé à partir d'un postulat et de deux constats. Tout d'abord, il convient d'admettre que l'harmonisation n'est pas nécessairement souhaitable dans tous les domaines et à tous les degrés. En second lieu, elle ne peut s'inscrire dans une action définitive, puisque les marchés ne cessent d'évoluer avec

l'apparition de nouveaux produits appelant de nouvelles normes. Enfin, il est un fait que l'harmonisation totale reste l'exception.<sup>217</sup>

Or, le rôle de la Cour de justice est d'autant plus élevé que le niveau d'harmonisation des réglementations nationales est faible. En effet en l'absence de règle commune, il lui revient de trancher ou de dire le droit lorsqu'un litige oppose la Commission ou une entreprise à l'administration d'un État membre dont la réglementation entrave l'importation de marchandises en provenance d'un autre État membre sur le fondement d'une exigence impérative ou de l'article 36 du traité. De telles situations s'observent dans le cadre de recours en constatation de manquement et dans celui des renvois préjudiciels en interprétation du droit primaire ou dérivé ayant pour objet le fonctionnement du marché intérieur.

Toutefois, si la référence aux motifs de justification tirés des exigences impératives ou de l'article 36 du traité n'est en principe possible qu'en l'absence de réglementation communautaire, le droit primaire réserve aux États membres une compétence résiduaire après une mesure d'harmonisation.

Nous commenterons successivement ces deux affirmations selon la trame suivante :

I- Un pouvoir d'influence résultant de la compétence provisoire et résiduaire reconnue par la CJCE/CJUE aux États membres avant l'harmonisation des réglementations nationales

II- Un pouvoir d'influence résultant de la compétence résiduaire reconnue par le droit primaire aux États membres après une mesure d'harmonisation des réglementations nationales

### **I- Un pouvoir d'influence résultant de la compétence provisoire et résiduaire reconnue par la CJCE/CJUE aux États membres avant l'harmonisation des réglementations nationales**

---

<sup>217</sup> Voir R. Munoz, « Le principe de reconnaissance mutuelle et l'abrogation de la décision 3052/95, chronique d'une future révolution », Présentation faite lors de la conférence « Le principe de reconnaissance mutuelle » organisée par le Centre d'Etudes Internationales et Européennes (CEIE) de Strasbourg, le 5 décembre 2008.

L'influence du juge communautaire dans le processus d'évolution du marché intérieur se trouve au cœur de la délicate question de la répartition des compétences entre l'Union européenne, d'une part, et les États membres, d'autre part. En l'absence d'harmonisation, il revient en effet à la Cour d'arbitrer directement ou indirectement les choix conflictuels entre le principe de libre circulation des marchandises promu par le traité et les politiques non économiques défendues par les États membres.

L'apparente simplicité du principe révèle cependant une pluralité de situations nécessitant une analyse spécifique permettant notamment de préciser le concept d'harmonisation des législations nationales.

A ces deux affirmations correspondent les développements suivants :

A- Une influence potentielle résultant d'une application stricte du principe de compétence provisoire des États membres

B- Une influence dont la portée peut être limitée par l'appréciation du caractère exhaustif de l'harmonisation

A- Une influence potentielle résultant d'une application stricte du principe de compétence provisoire des États membres

Après avoir illustré par l'examen et le commentaire de plusieurs arrêts de la Cour, le principe selon lequel la compétence des États membres dans un domaine particulier est conditionnée par l'absence d'harmonisation ou une harmonisation partielle dans ce secteur (1), nous constaterons que cette approche justifie de la part du juge communautaire, un examen préalable du droit dérivé (2).

1- La compétence des États membres conditionnée par l'absence d'harmonisation ou l'existence d'une harmonisation partielle



Ce principe ressort clairement de l'arrêt « Colim contre Bigg's »<sup>218</sup> dont l'affaire au principal oppose deux exploitants de supermarchés situés dans la province néerlandophone du Limbourg en Belgique, tandis que l'établissement principal du groupe dont Bigg's fait partie est situé dans la région francophone de Waterloo. Le litige concerne l'étiquetage de produits mis dans le commerce par les deux sociétés dans leurs magasins réciproques. L'une des questions préjudicielles vise à déterminer si et dans quelle mesure une réglementation nationale peut exiger que les mentions figurant sur les produits importés soient libellées dans la langue de la région où ces produits sont vendus ou dans une langue facilement compréhensible. A cette question, la Cour répond que :

*« lorsque des directives réalisent une harmonisation complète des exigences linguistiques applicables à un produit déterminé, les Etats membres ne peuvent imposer des exigences linguistiques supplémentaires. En revanche lorsque l'harmonisation communautaire n'est que partielle ou fait entièrement défaut, les Etats membres restent, en principe compétents pour imposer des exigences linguistiques supplémentaires ».*<sup>219</sup>

Il convient d'en conclure qu'en l'absence de réglementation communautaire, les Etats membres restent libres de déterminer le niveau de protection du consommateur qu'ils estiment nécessaires. Cette conclusion vaut également pour l'ensemble des exigences impératives et des motifs de dérogation de l'article 36 du TFUE.<sup>220</sup>

Le cas échéant, il convient toutefois de préciser que lorsque la réglementation communautaire se réfère elle-même directement et de manière exhaustive à l'article 36, l'obligation de conformité avec le seul droit dérivé ne s'oppose pas à une référence à la jurisprudence de l'article 36 du traité. C'est ce qui ressort de l'affaire « Bristol Myers Squibb »<sup>221</sup> dans lequel la Cour déclare :

*« Il convient de considérer que l'article 7 de la directive tout comme l'article 36 visent à concilier les intérêts fondamentaux de la protection des droits de marques et ceux de la libre circulation des marchandises dans le marché commun, en sorte que ces deux dispositions ayant*

---

<sup>218</sup> Arrêt du 3 juin 1999, « Colim NV contre Bigg's Contient Noord NV », affaire C-33/97, Rec. C-33/97, point 34.

<sup>219</sup> *Ibid.*, points 34 et 35.

<sup>220</sup> Voir également les arrêts du 4 décembre 2008, « Commission contre Royaume des Pays-Bas », affaire C-249/07, Rec. 2008, p. I-174, point 41 ; du 28 septembre 2006, « Jan-Erik Anders Ahokainen, Mati Leppik », affaire C-434/04, Rec. p. I-9171, point 15.

<sup>221</sup> Arrêt du 11 juillet 1996, « Bristol-Myer Squibb », affaire jointes C- 427/93, 429/93, 429/36 Rec 1996, p. I-3457.

*pour objet de parvenir au même résultat, doivent être interprétés de manière identique. Dès lors afin de déterminer si en vertu de la ... directive, le titulaire d'une marque peut s'opposer à la commercialisation de produits reconditionnés sur lesquels la marque a été réapposée, il y a lieu de se fonder sur la jurisprudence de la Cour dégagée dans le cadre de l'article 36 ».*<sup>222</sup>

L'autre conséquence de l'harmonisation vient du fait que l'espace de liberté laissé aux États membres est alors directement défini par le droit communautaire dérivé. Autrement dit, dès lors que la réglementation a fait l'objet d'une harmonisation exhaustive, les mesures nationales découlant de cette harmonisation relèvent du cadre législatif communautaire.<sup>223</sup>

C'est ce qu'affirme la Cour dans l'affaire « Appareils à Gaz »<sup>224</sup> où elle souligne que :

*« Lorsque des directives communautaires prévoient l'harmonisation des mesures nécessaires à assurer la protection de la santé des animaux et des personnes et aménagent des procédures communautaires de contrôle de leur observation, le recours à l'article 36 cesse d'être justifié et c'est dans le cadre tracé par la directive d'harmonisation que les contrôles appropriés doivent être effectués et les mesures de protection prises »*<sup>225</sup>.

En l'occurrence, l'État membre n'a pas été autorisé à invoquer l'article 36 devant la Cour pour justifier ses normes nationales plus strictes en matière de sécurité des appareils à gaz.<sup>226</sup>

Ce principe figure également dans l'affaire « Lidl Magyarország »<sup>227</sup> qui donne à la Cour l'occasion de rappeler dans le détail les conséquences d'une harmonisation préalable sur la marge de liberté concédée aux États membres. Cet arrêt préjudiciel trouve son origine dans un litige entre les autorités hongroises et une société commercialisant en Hongrie un équipement hertzien fabriqué par une société belge qui l'a pourvu du marquage « CE », prouvant sa

---

<sup>222</sup> *Ibid*, points 40 et 41.

<sup>223</sup> Voir les arrêts du 12 octobre 1993, « Procédure pénale contre José Vanacker, André Lesage, partie civile SA Baudoux combustibles », affaire C-37/92, Rec. p. I-494, point 9 ; du 13 décembre 2001, « Daimler Chrysler AG contre Land Baden-Württemberg », affaire C-324/99, Rec. 2001, p. I-9897, point 32; du 14 décembre 2004, « Radlberger Getränkegesellschaft mbH & Co et S. Spitz KG contre Land Baden-Württemberg », affaire C-309/02, Rec. 2004, p. I-11763, point 53; du 17 avril 2007, « AGM COS.MET Srl contre Suomen valtio, Tarmo Lehtinen », affaire C-470/03, Rec. p. I-2749, point 53.

<sup>224</sup> Arrêt du 25 mars 1999, « Commission contre Italie », affaire I12/97, Rec. 1999, p. I-1821.

<sup>225</sup> *Ibid*, point 54.

<sup>226</sup> *Ibid*, point 59.

<sup>227</sup> Arrêt du 30 avril 2009, « Lidl Magyarország Kereskedelmi bt contre Nemzet Hírközlési Hatosag Tanácsa », affaire C-132/08, Rec. 2009, p. I-3841.

conformité avec toutes les dispositions prévues par le droit dérivé.<sup>228</sup> Pour autant, en l'espèce l'administration hongroise en interdit la commercialisation à la société requérante au principal, au motif que ledit équipement ne satisfait pas à la déclaration de conformité prévue par la législation nationale. La Cour rappelle sa position de principe selon laquelle, « 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 » (articles 34 et 36 TFUE).<sup>229</sup> Dans la mesure où en l'espèce, la directive vise une harmonisation complète dans son champ d'application, les États membres doivent s'y conformer intégralement sans pouvoir maintenir des dispositions nationales contraires.<sup>230</sup> En conséquence, la libre circulation des équipements couverts par une directive ne peut être entravée que dans les conditions prévues par la directive elle-même<sup>231</sup>. La Cour précise encore qu'à contrario, un État membre peut invoquer les motifs tirés de l'article 30 CE (article 36 TFUE) ou l'une des exigences impératives, dès lors qu'ils sont extérieurs au domaine harmonisé par la directive.<sup>232</sup>

L'illustration de la portée de l'harmonisation apparaît tout aussi clairement lorsque la législation litigieuse permet à un État membre de s'acquitter de ses obligations découlant d'une directive. La Cour juge en effet qu'une règle nationale, ayant fait l'objet d'une harmonisation exhaustive, ne saurait être assimilée à une MEERQ. Elle doit être appréciée au regard des seules mesures d'harmonisation et non de celle du droit primaire.<sup>233</sup>

Dans l'affaire « Deutscher Apothekerverband eV contre DocMorris »<sup>234</sup>, la directive transposée conditionne l'accès des médicaments au marché d'un État membre, à une autorisation délivrée par l'autorité compétente de cet État membre ou sous le régime communautaire, alors même que les médicaments sont autorisés dans le pays d'exportation. A la question de savoir si la règle nationale par laquelle un État membre s'acquitte de ses

---

<sup>228</sup> Directive 1999/5 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 1999 concernant les équipements hertziens et les terminaux de télécommunications et la reconnaissance mutuelle de leur conformité (JO CE L 91/10 du 7/4/99).

<sup>229</sup> Arrêt du 30 avril 2009, « Lidl Magyarország Kereskedelmi Bt contre Nemzet Hirközlési Hatosag Tanacsá », affaire C-132/08, Rec. 2009, p. I-3841, point 42.

<sup>230</sup> *Ibid*, point 43.

<sup>231</sup> *Ibid*, point 44.

<sup>232</sup> *Ibid*, point 45.

Voir également l'arrêt du 6 octobre 2011, « Philippe Bonnarde contre Agence de Services et de Paiement », affaire C-443/10, Rec. 2011, p. I-9327.

<sup>233</sup> Arrêt du 11 décembre 2003, « Deutscher Apothekerverband eV contre DocMorris NV et Jacques Waterval », affaire C-322/01, Rec. 2003, p. I-14887, point 64.

<sup>234</sup> *Ibid*.

obligations constitue une MEERQ contraire à l'article 28 du traité, la Cour répond qu'il n'y a pas lieu d'examiner la réglementation sous cet angle dans la mesure où les articles 28 et suivants ne sauraient être invoqués pour contester une réglementation imposée par une directive.<sup>235</sup>

Dans l'affaire des « déchets belges »,<sup>236</sup> seuls les déchets non couverts par la directive sont examinés au regard des articles 30 et 36 du traité (articles 34 et 36 du TFUE).<sup>237</sup> Cette jurisprudence est également confirmée dans l'affaire « DaimlerChrysler AG contre Land Baden-Württemberg »,<sup>238</sup> relative à l'interprétation d'un règlement prescrivant les conditions auxquelles doivent répondre les transferts de déchets entre États membres. Il prévoit notamment qu'ils peuvent « *prendre conformément au traité* », des mesures d'interdiction générale ou partielle ou d'objection systématique concernant les déchets. A la question de savoir si l'expression « *conformément au traité* » dans le règlement signifie que le juge national doit, non seulement vérifier si l'interdiction d'exporter est conforme au règlement, mais également au droit primaire, c'est à dire aux articles 28 et suivants (articles 34 et suivants TFUE), la réponse de la Cour ne varie guère, cette expression ne signifiant nullement un renvoi aux articles 30, 34 et 36 du traité.<sup>239</sup>

Ainsi, l'harmonisation exhaustive prive l'État de toute compétence et incidemment la CJCE/CJUE de l'exercice de son rôle d'appréciation de la conformité des mesures nationales avec les articles 34 et suivants du traité.

Il convient dorénavant d'apprécier la portée et les conséquences de la compétence provisoire ainsi reconnue aux États membres.

## 2- L'examen préalable par la Cour de justice de la législation communautaire

---

<sup>235</sup> *Ibid*, points 52 à 54.

<sup>236</sup> Arrêt du 9 juillet 1992, « Commission contre Royaume de Belgique », affaire 2/90, Rec. 1992, p. I-4431.

<sup>237</sup> *Ibid*, points 21 et 22.

<sup>238</sup> Arrêt du 13 décembre 2001, « Daimler Chrysler AG contre Land Baden-Württemberg », affaire 324/99, Rec. 2001, p. 9897.

<sup>239</sup> *Ibid*, point 32.

Voir également les arrêts du 16 décembre 2008, « Lodewijk Gysbrechts et santurel Inter BVBA », affaire C-205/07 Rec. p. I-9947 ; du 14 décembre 2004, « Radlberger Getränkegesellschaft mbH & Co. Et S. Spitz KG contre Land Baden Württemberg », affaire C-309/02, Rec. 2004, p. I-11763, dans lequel est en cause la directive 94/62/CE relative aux emballages et aux déchets d'emballages. Après avoir constaté le caractère non exhaustif de l'harmonisation relative à l'organisation des systèmes nationaux favorisant la réutilisation des emballages, la Cour examine le système allemand de gestion des produits concernés au regard de l'article 28 CE (article 34 TFUE), points 51 à 83.

Il appartient en l'absence d'harmonisation aux Etats membres de décider du niveau auquel ils entendent assurer la protection des valeurs listées dans l'article 36 du TFUE ou appartenant à la catégorie des exigences impératives. Saisie d'un recours préjudiciel ou d'un recours en constatation de manquement relatif à un conflit entre les objectifs de libéralisation des échanges et les exceptions invoquées par les États membres, la CJUE doit en vue de statuer, vérifier qu'il n'existe pas de règle communautaire dans la matière concernée sous la forme de règlements ou de directives. Les observations liminaires faites par la Cour dans la plupart des affaires de cette nature illustrent les recherches préalables d'éventuelles mesures d'harmonisation par une analyse du droit dérivé, afin d'apprécier le pouvoir d'intervention des Etats membres fondé sur l'application de l'article 36 du traité.

L'examen des réglementations nationales par la Cour de justice suppose soit l'absence de mesure d'harmonisation (a), ou l'existence d'une législation communautaire étrangère à l'objet du litige (b).

a- L'intervention de la CJUE conditionnée par l'absence d'harmonisation

Dans l'affaire « Cassis de Dijon »,<sup>240</sup> la Cour fait expressément référence à un règlement communautaire demeuré au stade de simple proposition au Conseil par la Commission. Les Etats membres sont donc habilités à intervenir dans le secteur concerné.<sup>241</sup>

C'est encore le cas dans l'affaire « Groenveld »<sup>242</sup> relatif à une question préjudicielle posée à l'occasion d'un recours introduit par un négociant en viande de cheval contre le refus de l'administration nationale de l'autoriser à étendre ses activités à la fabrication de saucisson à base de viande de cheval. A titre préliminaire de son raisonnement, la Cour relève que le secteur de la viande chevaline ne connaissait à l'époque aucune mesure d'harmonisation, l'appréciation de la réglementation litigieuse se faisant au seul regard des articles 30 et suivants du traité CE (articles 34 et suivants TFUE).<sup>243</sup>

---

<sup>240</sup> Arrêt du 20 février 1979, « Rewe-Zentral AG contre Bundesmonopolverwaltung für Branntwein », affaire 120/78, Rec. 1979, p. 649.

<sup>241</sup> *Ibid*, point 3.

<sup>242</sup> Arrêt du 8 novembre 1979, « P.B. Groenveld BV contre Produktschap voor Bee en Vlees », affaire 15/79, Rec. 1979, p. 3409.

<sup>243</sup> *Ibid*, point 5.

L'affaire « Dynamic Medien »<sup>244</sup> illustre également le souci de la Cour de justifier son action. La Cour est interrogée sur la conformité avec le traité en combinaison avec une directive, de la réglementation allemande interdisant la vente par correspondance de vidéogrammes qui n'ont pas fait l'objet, par l'autorité compétente, d'un contrôle, d'une classification et d'indications émanant de cette autorité aux fins de la protection des mineurs. Dans la première partie de son raisonnement, la Cour constate que les dispositions du droit dérivé référencées par la juridiction de renvoi ne régissent pas les exigences applicables aux biens en tant que tels. En conséquence la réglementation litigieuse doit être appréciée sous l'angle exclusif des articles 28 et 30 CE (30 et 36 TFUE).<sup>245</sup>

L'affaire C-141/07<sup>246</sup> correspond à un autre exemple de la démarche suivie par le juge. Elle concerne un recours en constatation de manquement contre la RFA à laquelle il est reproché de soumettre la conclusion des contrats d'approvisionnement en médicaments, à des exigences ayant pratiquement pour effet de rendre pratiquement impossible l'approvisionnement régulier des hôpitaux par des pharmacies établies dans les autres Etats membres. La Cour souligne le pouvoir des Etats membres de déterminer les règles d'approvisionnement des hôpitaux en médicaments, dans la mesure où cet approvisionnement ne fait pas l'objet d'une harmonisation.<sup>247</sup>

Ainsi, certains arrêts de la Cour laissent apparaître des situations dans lesquelles le secteur concerné n'est régi par aucune réglementation communautaire spécifique. Toutefois, la grande majorité des cas soumis à la Cour révèle une harmonisation au moins partielle.<sup>248</sup> Dans cette hypothèse où les « *États membres jouissent d'un pouvoir d'appréciation, ...ils doivent l'exercer dans le respect du traité y compris le principe fondamental de la libre circulation des marchandises* ». <sup>249</sup> Cette marge de manœuvre des États s'impose logiquement lorsque les mesures d'harmonisation ne couvrent pas l'objet du litige.

---

<sup>244</sup> Arrêt du 14 février 2008, « Dynamic Medien Vertriebs GmbH contre Avides media AG », affaire 244/06, Rec. 2008, p. I-505, point 23.

<sup>245</sup> *Ibid*, points 22 et 23.

<sup>246</sup> Arrêt du 11 septembre 2008, « Commission des Communautés européennes contre République fédérale d'Allemagne », affaire C-141/07, Rec. p. I-6935, points 25 et 51.

<sup>247</sup> *Ibid*, point 25.

<sup>248</sup> R. Munoz souligne que l'harmonisation totale n'existe pratiquement pas. « Le principe de reconnaissance mutuelle et l'abrogation de la décision 3052/95, chronique d'une future révolution ? », Extrait d'une présentation qui a été faite lors de la conférence « Le principe de reconnaissance mutuelle » organisée par le Centre d'Etudes Internationales et Européennes de Strasbourg le 5 décembre 2008, p. 5.

<sup>249</sup> Arrêt du 21 décembre 2011, « Commission contre République d'Autriche », affaire C-28/09, Rec. 2011, p. I-13525. Voir également les arrêts du 5 octobre 1993, « Centre d'insémination de la Crespelle », affaire C 323/93, Rec. 1993, p. I-5077, points 34 et 35 ; du 11 juillet 2000, « kemikalieinspektionen contre Toolex Alpha AB », affaire C-473/98, Rec. 2000, p. I-5681, points 25 et 29 à 32 ; du 11 décembre 2003, « Deutscher Apothekerverband eV contre DocMorris NV et Jacques

b- L'intervention de la CJUE expliquée par une harmonisation portant sur un objet étranger à celui du litige

Le principe de la compétence provisoire des États membres sur la base de l'article 36 TFUE (30 du traité CE) résiste à une harmonisation dont l'objet est étranger au motif invoqué à l'appui d'une entrave aux échanges.

L'affaire « Mirepoix »<sup>250</sup> a pour origine une procédure pénale contre un commerçant français pour avoir importé, en vue de la vente sur le marché français, des oignons en provenance des Pays-Bas où ils avaient fait l'objet d'un traitement chimique interdit par la réglementation nationale en France. La Cour justifie son action en soulignant que l'usage du pesticide mis en cause n'est pas réglementé par le droit dérivé, alors même qu'elle se réfère à ces mêmes directives pour conforter l'assertion selon laquelle les pesticides sont dangereux pour la santé.<sup>251</sup>

C'est également ce qui ressort d'un raisonnement à contrario de l'affaire 1/96<sup>252</sup> dans laquelle la Cour doit apprécier la conformité avec le droit communautaire, de restrictions imposées par le Royaume-Uni à l'exportation de veaux vers d'autres États membres pour des raisons tenant à la protection de la santé des animaux, mais aussi à la protection de l'ordre public et de la moralité publique. Une directive communautaire établit des normes minimales pour la protection des veaux confinés à des fins d'élevage et d'engraissement. Cette harmonisation vise tout particulièrement la protection de la santé des animaux qui correspond également à un motif de l'article 36 sur lequel le Royaume-Uni ne pouvait en conséquence fonder une quelconque mesure restrictive aux exportations. Pour autant, la Cour ajoute qu'il n'est guère possible à l'Etat membre de se référer à d'autres motifs (moralité publique) dès lors que les éléments probants ayant servi à étayer son action ne concernaient que la santé des animaux.<sup>253</sup>

---

Waterval », affaire C-322/01, Rec. 2003, p. I-14887, point 64 ; du 16 décembre 2008, « Lodewijk Gysbrechts et Santurel Inter BVBA », affaire C-205/07, Rec. 2008, p. I-9947, point 31 ; Arrêt du 6 octobre 2011, « Philippe Bonnarde contre Agence de Services et de Paiement », affaire C-443/10, Rec. 2011, p. I-9327, points 23 à 25.

<sup>250</sup> Arrêt CJCE, 13 mars 1986, « Ministère public contre Albert Mirepox », affaire 54/85, Rec. 1986, p. 1067, points 11 à 13.

<sup>251</sup> *Ibid*, point 13.

<sup>252</sup> Arrêt du 19 mars 1998, « The Queen / Minister of Agriculture and food, ex parte compassion in world farming », Rec. 1998, p. I-1251.

<sup>253</sup> *Ibid*, point 66.

La compétence provisoire des États membres résiste également à l'existence d'une réglementation communautaire couvrant des objectifs autres que ceux visés par la réglementation nationale comme l'illustrent les affaires suivantes.

Dans l'affaire 118/86<sup>254</sup>, la Cour a jugé que le seul établissement d'une organisation commune de marché n'a pas pour effet de soustraire les producteurs agricoles à toute réglementation nationale qui poursuit des objectifs autres que ceux couverts par l'organisation commune de marché, même si cette réglementation peut avoir une incidence sur le fonctionnement du marché dans le secteur concerné. En conséquence, le rôle de la Cour reste dans cette hypothèse entier, en vue d'apprécier la conformité de la réglementation nationale avec le principe de libre circulation des marchandises.

Cette réserve de compétence des États membres permet d'accroître sensiblement le rôle joué par la CJCE/CJUE dans le processus d'intégration négative dans de nombreux secteurs, qu'il s'agisse de la pharmacie<sup>255</sup>, des produits alimentaires<sup>256</sup> du secteur agricole,<sup>257</sup> de l'environnement<sup>258</sup> ou encore des méthodes de vente, quel que soit le secteur concerné<sup>259</sup>. A cet égard, il convient d'ajouter que l'application de la théorie des exigences impératives d'origine jurisprudentielle a contribué à étendre l'influence de la Cour.

Cette influence est également liée à l'interprétation de la notion d'harmonisation.

## B- Une influence limitée par l'appréciation du caractère exhaustif de l'harmonisation

---

<sup>254</sup> Arrêt du 6 octobre 1987, « Openbaar Ministerie / Nedvodersfabrick Nederland », affaire 118/86, Rec. 1987, p.3883, point 12 ; Voir également l'arrêt du 1 avril 1992, « Gerrit Holdijk et autres », affaires jointes 141 à 143/81, Rec. 1982, p. 1299, point 8.

<sup>255</sup> Arrêts du 18 mai 1989, « The Queen contre Royal Pharmaceutical Society of Great Britain », affaires 266 et 267/87, Rec. 1989, p. 1295, point 21 ; du 11 décembre 2003, « Deutscher Apothekerverband eV contre DocMorris NV et Jacques Waterval », affaire C-322/01, Rec. 2003, p. I-14887, point 102 ; du 7 mars 1989, « Heinz Schumacher contre Hauptzollamt Frankfurt am Main-Ost », affaire 215/87, Rec. 1989, p. 617, point 15 ; du 21 mars 1991, « Procédure pénale contre Jean-Marie Delattre », affaire C 369/88, Rec. 1991, p.I-1487, point 48 ; du 16 avril 1991, « Freistaat Bayern contre Eurim-Pharm GmbH », affaire C-347/89, Rec. p. I-1747, point 26 ; du 8 avril 1992, « Commission des Communautés européennes contre République fédérale d'Allemagne », Rec. 1992, p. I-2575, point 10.

<sup>256</sup> Arrêts du 19 septembre 1984, « Procédure pénale contre Albert Heijn BV », Affaire 94/83, Rec. 1984, p. 3263, point 14 ; du 6 juin 1984, « Procédure pénale contre CMC Melkunie BV », affaire 97/83, Rec. 1984, p. 2367, points 9 et 10 ; du 7 mai 1997, « Procédure pénale contre Jacques Pistre, Michèle Barthes, Yves Mihau, et Didier Oberti », affaires jointes C-321/94, C-322/94, C-323/94 et C-324/94, Rec. p. I-2343, point 37.

<sup>257</sup> Arrêts du 5 octobre 1993, « Centre d'insémination de la Crespelle », affaire C-323/93, Rec. 1993, p. I-5077, point 31 ; du 23 février 1995, « Procédures pénales contre Ulderico Cacchiarelli et Gino Stanghellini », affaires jointes C-54/94 et C-74/94, Rec. 1995, p. I-391, points 14 et 15 ; du 23 mai 1996, « The Queen contre Ministry of Agriculture, Fisheries and Food », affaire 5/94, Rec. 1996, p. I-2553, points 18 et 19.

<sup>258</sup> Arrêt du 14 décembre 2004 « Commission des Communautés européennes contre République française », affaire C-463/01, Rec. 2004, p. I-11705, points 44, 45, 46, 47.

<sup>259</sup> Arrêt du 16 décembre 2008, « Lodewijk Gysbrechts et Santurel Inter BVBA », affaire C-205/07, Rec. 2008, p.I-9947, points 33, 34, 35.



Nous venons d'expliquer et d'illustrer le rôle de la CJUE justifiée par la compétence provisoire des États membres en l'absence d'harmonisation ou en présence d'une harmonisation partielle ou étrangère à l'objet des litiges relatifs aux réglementations nationales mises en cause. Toutefois, le potentiel d'influence du juge communautaire est limité par l'appréciation du caractère exhaustif de l'harmonisation. En effet, celui-ci n'est point contrarié par l'absence dans une directive, de mesure de contrôle de son observation par les États membres (1). Il n'est pas davantage remis en cause par la possibilité concédée aux États membres d'adopter des mesures de protection renforcée sur leur propre territoire (2).

#### 1- Une harmonisation exhaustive malgré l'absence dans le droit dérivé de mesure de contrôle de son observation

On aurait pu déduire du libellé des arrêts de la Cour que le principe de la compétence provisoire des États membres exigeât une harmonisation qui fut effectivement mise en œuvre dans les États membres. En effet, le juge communautaire a rappelé à maintes reprises que le recours à l'article 36 du traité n'est plus possible, lorsque des directives communautaires prévoient l'harmonisation des mesures *nécessaires*<sup>260</sup> à la réalisation des objectifs spécifiques poursuivis à travers cet article.

Les nombreux exemples de réticences à transposer les directives dans les délais requis, illustrent pourtant l'efficacité parfois relative des règles communautaires d'harmonisation. Ce risque ne semble pas inquiéter la Cour lorsqu'elle juge que l'interdiction de recourir à l'article 36 ne saurait être affectée par la circonstance que la directive n'aménage pas une procédure communautaire de contrôle de son observation, ni ne prévoit de sanction en cas de violation de ses dispositions.

L'affaire des « animaux de boucherie »,<sup>261</sup> concerne le refus par le Royaume-Uni de délivrer des licences d'exportation d'animaux de boucherie vivants vers l'Espagne au motif que ces derniers y subissaient un traitement contraire à une directive relative à leur étourdissement avant leur abattage. A la question de savoir si un État membre peut invoquer l'article 36 du traité pour justifier une limitation des exportations en raison de la violation des dispositions d'une directive d'harmonisation ne prévoyant aucun contrôle de son application ni de sanction

---

<sup>260</sup> Nous soulignons ce point.

<sup>261</sup> 23 mai 1996, « The Queen contre Ministry of Agriculture, Fisheries and Food », affaire 5/94, Rec. 1996, p. I-2553.

en cas de violation mais visant un objectif que l'article 36 tend à protéger, la Cour renvoie simplement les États membres à leur responsabilité au titre des articles 5 et 189 alinéa 3 du traité qui obligent les États membres à prendre les mesures nécessaires à l'efficacité du droit communautaire.<sup>262</sup>

Cet arrêt se distingue cependant de l'affaire « Centre d'insémination de la Crespelle »<sup>263</sup> dans lequel la Cour avait souligné que l'harmonisation des mesures et l'aménagement des procédures communautaires de contrôle de leur observation invalident tout recours à l'article 36<sup>264</sup>. Cette formulation pouvait laisser penser que le caractère effectif de l'harmonisation était nécessaire pour refuser aux États membres toute référence aux motifs de dérogation au principe de libre circulation des marchandises.

Dorénavant, il convient donc de considérer que l'absence d'harmonisation des mesures de contrôle et de coercition visant à garantir l'application de la directive n'altère pas le caractère exhaustif de l'harmonisation.

Toutefois, la compétence normative des États membres demeure dans l'hypothèse d'une carence de la Commission à prendre une mesure d'exécution prévue par une directive.

C'est le sens de l'arrêt préjudiciel « Solgar Vitamin » rendu à la suite d'un litige opposant aux autorités françaises plusieurs sociétés fabriquant ou distribuant des compléments alimentaires.<sup>265</sup> Ces dernières contestent la conformité d'un arrêté national fixant la liste des vitamines et minéraux pouvant être utilisés pour la fabrication de compléments alimentaires avec la directive 2002/46. Comme le souligne à propos de cette affaire l'avocat général Nilo Jääskinen, le législateur vise une harmonisation totale des réglementations nationales relatives aux vitamines et minéraux susceptibles d'être utilisés dans la fabrication de compléments alimentaires. Toutefois, dans la pratique cette harmonisation reste partielle eu égard à l'absence de mesures d'exécution nécessaires.<sup>266</sup> En effet, il ressort de ladite directive que les quantités maximales et minimales de vitamines et de minéraux servant à la fabrication des compléments alimentaires doivent être arrêtées par la Commission selon une procédure

---

<sup>262</sup> *Ibid*, point 19.

<sup>263</sup> Arrêt du 5 octobre 1994, « Centre d'insémination de la Crespelle », affaire C-323/93, Rec. 1994, p. I-5077.

<sup>264</sup> *Ibid*, point 31.

<sup>265</sup> Arrêt du 29 avril 2010, « Solgar Vitamin's France contre Ministre de l'Economie, des Finances et de l'emploi, Ministre de la Santé », affaire C-446/08, Rec. p. I-3973.

<sup>266</sup> *Ibid*, point 21- voir également les conclusions de l'avocat général, point 2.

déterminée. En l'occurrence, la Commission a failli à sa tâche rendant impossible l'achèvement du processus de transposition. L'avocat général évoque l'existence d'une « véritable lacune ». La Cour quant à elle, conclut à la réserve de compétence des Etats membres. Dans l'exercice de cette compétence, ces derniers doivent naturellement respecter les articles 28 et 30 TCE (articles 34 et 36 TFUE) ainsi que les exigences fixées par la directive elle-même, à savoir une évaluation des risques fondée sur des données scientifiques.<sup>267</sup> Il convient d'en déduire que la Cour peut ainsi être sollicitée pour apprécier la proportionnalité des mesures nationales adoptées dans le cadre de leur espace de liberté.

Pour autant, il convient de constater l'interprétation jurisprudentielle extensive du concept d'harmonisation exhaustive des législations nationales, celle-ci n'étant pas davantage remise en cause par le droit reconnu aux Etats membres d'adopter des mesures de protection renforcée sur leur territoire national

2- Une harmonisation exhaustive en dépit de la liberté de prendre des mesures nationales de protection renforcée

Telle est dans l'affaire précitée des « animaux de boucherie »,<sup>268</sup> la réponse de la Cour à un organisme de protection des animaux d'élevage arguant du pouvoir laissé aux États membres par une directive pour contester le caractère exhaustif d'une mesure d'harmonisation. Le juge constate qu'en réalité, l'harmonisation fixe des normes minimales communes, tandis que l'autorisation de maintenir ou d'appliquer des dispositions plus strictes est limitée au seul cadre national. Cette liberté d'opérer chez soi ne permet nullement de nier l'harmonisation complète qui exclut également tout recours à l'article 36 pour justifier des restrictions à l'exportation.<sup>269</sup>

En revanche, la liberté laissée aux États membres d'adopter des mesures de protection plus strictes s'appliquant également aux produits importés en provenance des autres États membres, doit être exercée dans le respect du traité et peut donc justifier un examen de compatibilité de ces mesures avec les articles 28 à 30 du traité CE.<sup>270</sup> Cette remarque conduit à s'interroger sur le pouvoir résiduaire des États membres après une mesure d'harmonisation.

---

<sup>267</sup> *Ibid*, voir les conclusions, points 25 à 32.

<sup>268</sup> Arrêt du 19 mars 1998, « The Queen / Ministry of Agriculture, Fisheries and Food », affaire C 1/96, Rec; 1998, p. I-1251

<sup>269</sup> *Ibid*, points 55 à 63.

<sup>270</sup> Voir l'arrêt du 11 décembre 2003, « Deutscher Apothekerverband eV contre DocMorris NV et Jacques Waterval », affaire C-322/01, Rec. 2003, p. I-14887, points 64 et 65.

## **II- Un pouvoir d'influence résultant de la compétence résiduaire reconnue par le droit primaire aux Etats membres après une mesure d'harmonisation des réglementations nationales**

Cette compétence nationale résiduaire trouve sa source, non seulement dans le droit dérivé, mais également dans le droit primaire et plus précisément dans les articles 114<sup>271</sup> et 193<sup>272</sup> TFUE que nous analyserons successivement. Grâce à des procédures spécifiques, l'intervention de la Cour se trouve élargie à des situations mettant en cause des réglementations nationales contraires à une réglementation harmonisée.

### **A- Un pouvoir d'influence dû à l'harmonisation minimale tirée de l'article 114 TFUE**

Comme nous l'avons souligné plus haut, l'harmonisation exhaustive exclut en principe toute compétence étatique et donc toute appréciation de la CJCE/CJUE relative au respect de l'article 36 TFUE.

Cependant, les nouvelles règles de votation au Conseil (permettant d'adopter des mesures d'harmonisation à la majorité qualifiée) mises en place à partir de l'Acte unique européen, ont justifié une clause de sauvegarde au profit des États membres et dont l'exercice est soumis au

---

<sup>271</sup> Article 114 TFUE : « 1- Sauf si les traités en disposent autrement, les dispositions suivantes s'appliquent pour la réalisation des objectifs énoncés à l'article 26. Le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire et après consultation du Comité économique et social, arrêtent les mesures relatives au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur.

4- Si, après l'adoption d'une mesure d'harmonisation par le Parlement européen et le Conseil, par le Conseil ou par la Commission un Etat membre estime nécessaire de maintenir des dispositions nationales justifiées par des exigences importantes visées à l'article 36 ou relatives à la protection de l'environnement ou du milieu de travail, il les notifie à la Commission, en indiquant les raisons de leur maintien.

5- En outre, sans préjudice du paragraphe 4, si, après l'adoption d'une mesure d'harmonisation par le Parlement européen et le Conseil ou par la Commission, un Etat membre estime nécessaire d'introduire des dispositions nationales basées sur des preuves scientifiques nouvelles relatives à la protection de l'environnement ou du milieu de travail en raison d'un problème spécifique de cet Etat membre, qui surgit après l'adoption de la mesure d'harmonisation, il notifie à la Commission les mesures envisagées ainsi que les raisons de leur adoption.

6- Dans un délai de six mois après les notifications visées aux paragraphes 4 et 5, la Commission approuve ou rejette les dispositions nationales en cause après avoir vérifié si elles sont ou non un moyen de discrimination arbitraire ou une restriction déguisée dans le commerce entre Etats membres et si elles constituent ou non une entrave au fonctionnement du marché intérieur.

En l'absence de décision de la Commission dans ce délai, les dispositions nationales visées aux paragraphes 4 et 5 sont réputées approuvées ».

<sup>272</sup> L'article 193 TFUE s'inscrit dans le titre XX consacré à la politique de l'environnement. L'article 191 TFUE en fixe les objectifs ainsi que les principes fondamentaux. L'article 192 TFUE définit principalement les procédures d'adoption des actions à entreprendre en vue de réaliser les objectifs fixés à l'article précédent. Quant à l'article 193 TFUE, il stipule : « Les mesures de protection arrêtées en vertu de l'article 192 ne font pas obstacle au maintien et à l'établissement, par chaque Etat membre, de mesures de protection renforcées. Ces mesures doivent être compatibles avec les traités. Elles sont notifiées à la Commission ».

contrôle de la Commission. Plus précisément, l'article 100 A (article 114 TFUE) a été introduit par l'Acte unique européen afin de permettre aux États membres d'invoquer, après une mesure d'harmonisation, « *les exigences importantes visées à l'article 30 TCE (article 36 TFUE) ou relatives à la protection du milieu de travail ou à l'environnement* », les autorisant à appliquer des mesures nationales soumises cependant à une procédure communautaire de contrôle. Cette disposition correspondrait donc selon l'expression reprise par l'avocat général Antonio Tizzano dans l'affaire C 3/00<sup>273</sup>, à un « *compromis politique* » garantissant une liberté de choisir un niveau de protection différent de celui retenu au niveau de la Communauté.<sup>274</sup>

Le Traité d'Amsterdam a substitué à l'article 100, l'article 95 dont le texte distingue l'hypothèse du maintien des mesures dérogatoires qui préexistent à l'harmonisation (le paragraphe 4 autorise les États membres à maintenir des dispositions nationales aux conditions énoncées ci-dessus), de celle de l'introduction de nouvelles mesures (le paragraphe 5 confère aux États membres le droit d'introduire de nouvelles mesures de protection de l'environnement ou de protection du milieu de travail, à condition d'être fondées sur des preuves scientifiques nouvelles en raison d'un problème spécifique de cet État qui apparaît après la mesure d'harmonisation). Ces mesures doivent en effet être notifiées à la Commission qui apprécie les raisons invoquées par les États membres et vérifie s'il ne s'agit pas d'un moyen de discrimination arbitraire ou d'une restriction déguisée. Ainsi la charge de la preuve que ces mesures sont justifiées pèse sur les États membres.

Le caractère résiduaire de la compétence nationale vient de ce qu'elle ne peut être exercée qu'à la suite d'une notification à la Commission et que celle-ci se soit prononcée ou non sur l'adoption de mesures spécifiques (maintien ou introduction de nouvelles mesures par l'État membre). C'est à ce stade que la Cour de Justice peut statuer sur la décision de la Commission.

C'est ce qui ressort clairement de l'affaire « Greenpeace »<sup>275</sup> dans laquelle la Cour déclare que lorsqu'un État membre entend recourir à des mesures nationales visant à protéger les

---

<sup>273</sup> Arrêt du 20 mars 2003, « Royaume du Danemark contre Commission des Communautés européennes », affaire C- 3/00, Rec. 2003, p. I-2643.

<sup>274</sup> Conclusions de l'avocat général, point 61.

<sup>275</sup> Arrêt du 21 mars 2000, « Association Greenpeace France e.a./Ministère de l'Agriculture et de la Pêche e.a. », affaire C-6/99, Rec. 2000, p. I-1651.

mêmes intérêts que ceux ayant fait l'objet d'une directive, il doit se soumettre au contrôle de la Commission.<sup>276</sup>

Cette affirmation est confirmée dans l'affaire « Générateurs de chaleur »<sup>277</sup> dans laquelle la Cour distingue clairement la procédure de l'article 100 A §4 (article 114 TFUE) de celle des recours permis en l'absence d'harmonisation. A l'argument du gouvernement italien selon lequel un Etat membre a la possibilité de recourir à l'article 36 du traité après une mesure d'harmonisation conformément à l'article 100 A4, la Cour rétorque que ledit article suppose une procédure spécifique que le gouvernement italien n'a en l'occurrence pas respectée.<sup>278</sup>

Ainsi une mesure nationale restrictive ne peut s'opposer à une mesure d'harmonisation sauf si la Commission l'autorise.

Pour résumer, on constate que la marge d'influence de la CJCE/CJUE, en cas d'harmonisation exhaustive, se manifeste à partir d'un contentieux entre la Commission et un ou plusieurs États membres. Celui-ci peut prendre la forme d'un recours en annulation intenté par un État membre contre la décision défavorable de la Commission ou d'un recours visant faire constater la carence de cette dernière à prendre une décision.

Le premier type de recours peut viser une décision favorable à un autre État membre ou une décision de rejet des mesures renforcées par la Commission. Les arguments peuvent concerner tant la forme (par exemple le rejet par la Commission d'une décision pour défaut de motivation) que le fond.<sup>279</sup>

Le second peut servir à contester l'absence de toute décision, même si cette situation est potentiellement plus exceptionnelle depuis la nouvelle version de l'article 95 dans le traité d'Amsterdam relatif à l'acceptation implicite au terme d'une échéance de six mois (Article 95 §6 al. 2 et article 114 TFUE).

---

<sup>276</sup> *Ibid*, point 67.

<sup>277</sup> Arrêt du 25 mars 1999, « Commission contre Italie », affaire 112/97, Rec. 1999, p. I-1821.

<sup>278</sup> *Ibid*, points 62 et 63.

<sup>279</sup> Arrêt du 20 mars 2003, « Royaume du Danemark contre Commission des Communautés européennes », affaire C- 3/00, Rec. 2003, 2003, p. I-2643.

Le contentieux peut à l'inverse résulter de l'initiative de la Commission dans le cadre d'un recours en constatation de manquement contre un État membre. Il pourra viser un État membre récalcitrant à respecter la décision de rejet de la Commission ou ignorant la procédure d'autorisation.

Au terme de cette analyse, on constate que le pouvoir résiduaire concédé aux États membres dans le cadre de l'article 114 TFUE est strictement encadré par le traité. Ce constat vaut également pour l'article 193 TFUE.

B- Un pouvoir d'influence dû à l'harmonisation minimale tirée de l'article 193 TFUE (article 176 TCE)

L'influence résultant de l'article 193 TFUE peut être illustrée par l'affaire des « filtres à huile »<sup>280</sup> qui concerne notamment l'interprétation des articles 34 et 130T du traité (articles 35 et 193 TFUE), d'une directive ainsi que d'un règlement concernant la surveillance et le contrôle des transferts de déchets à l'entrée et à la sortie de la Communauté européenne. En vertu dudit règlement et afin de mettre en œuvre les principes de proximité, de priorité à la valorisation et d'autosuffisance aux niveaux communautaire et national conformément à la directive précitée, les États membres peuvent prendre des mesures d'interdiction ou de limitation des exportations de déchets.

L'affaire au principal oppose la société néerlandaise Dusseldorp à son administration en raison du refus par celle-ci d'une autorisation d'exporter en Allemagne des lots de filtres à huiles en vue d'y être traités. La réglementation nationale interdit en effet les exportations, à moins que le traitement des filtres à huile à l'étranger soit d'une qualité supérieure à celui pratiqué aux Pays-Bas.

L'une des questions préjudicielles posée à la Cour de justice vise à déterminer si la directive et le règlement doivent être interprétés en ce sens que les principes d'autosuffisance et de proximité sont applicables non seulement aux déchets destinés à être éliminés mais également à ceux destinés à être valorisés. La Cour répond négativement à cette question<sup>281</sup> et

---

<sup>280</sup> Arrêt du 25 juin 1998, « Chemische Afvalstoffen Dusseldorp BV e.a. contre Minister Van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer », affaire C-203/96, Rec. 1998, p.I-4075.

<sup>281</sup> *Ibid*, point 30.

doit déterminer si l'article 130 T (article 193 TFUE) permet aux Etats membres d'en étendre l'application à cette dernière catégorie de déchets. Le juge confirme cette option dans la mesure où la directive et le règlement ont été adoptés sur la base de l'article 130 S du traité, auquel fait référence l'article 130 T du traité.<sup>282</sup> Encore faut-il que les mesures nationales soient compatibles avec l'article 34 du traité (article 35 TFUE) qui interdit les restrictions quantitatives et les MEERQ à l'exportation et à défaut qu'elles soient justifiées sur la base de l'article 36 du traité ou d'une exigence impérative. En l'occurrence, le juge communautaire n'est guère convaincu par les arguments du gouvernement hollandais, qu'il s'agisse de l'exigence impérative de protection de l'environnement ou de la protection de la santé publique. Concernant le premier motif, la Cour explique sa décision de rejet en raison de la nature économique des objectifs invoqués par les Pays-Bas.<sup>283</sup> Quant au second motif, les restrictions à l'exportation ne sont pas jugées nécessaires à la protection de la santé publique et à la vie des personnes comme l'exige l'article 36 du Traité.<sup>284</sup>

Un autre exemple du pouvoir d'influence exercé par le juge communautaire après une mesure d'harmonisation peut être trouvé dans l'affaire du « commerce des espèces protégés d'oiseaux ». <sup>285</sup> Elle a pour objet un recours en constatation de manquement contre la Belgique dont la réglementation relative à la détention et au commerce d'oiseaux heurterait les principes de libre circulation des marchandises, en ce qu'elle soumet l'importation, la détention et la vente d'oiseaux nés et élevés en captivité, qui ont été légalement mis sur le marché dans d'autres Etats membres à des conditions restrictives. En effet, la Belgique refuse notamment de reconnaître les certificats « CITES »<sup>286</sup> délivrés dans d'autres Etats membres.

En l'occurrence, la réglementation communautaire applicable et notamment le règlement<sup>287</sup> fondé sur l'article 130 S du traité (devenu article 175 du traité CE puis l'article 192 du TFUE) autorise les Etats membres à adopter ou à maintenir des mesures plus contraignantes

---

<sup>282</sup> *Ibid*, point 37.

<sup>283</sup> *Ibid*, points 44 et 49 ;

<sup>284</sup> *Ibid*, points 48 et 49.

<sup>285</sup> Arrêt du 10 septembre 2009, « Commission des Communautés européennes contre Royaume de Belgique », affaire C-100/08, Rec. 2009, p. I-140.

Voir également les arrêts du 11 décembre 2003, « Deutscher Apothekerverband, affaire C-322/01, Rec. 2003, p. I-14887, points 64 et 65; du 16 décembre 2008, « Lodewijk Gysbrechts et Santurel Inter BVBA », affaire C-205/07, Rec. 2008, p. I-9947, points 34 et 35.

<sup>286</sup> Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvage menacées d'extinction, signée à Washington le 3 mars 1973, amendée à Bonn le 22 juin 1979.

<sup>287</sup> Règlement ce n°338/97 du Conseil du 9 décembre 1996 relatif à la protection des espèces de faune et de flore sauvages par le contrôle de leur commerce



concernant la détention des spécimens d'oiseaux relevant dudit règlement.<sup>288</sup> Précisément, la Cour juge qu'en l'espèce, la réglementation belge peut être qualifiée de mesure plus stricte au sens de l'article 176 CE (article 193 TFUE). En conséquence, les dispositions nationales restrictives doivent être appréciées au regard de l'article 28 CE (article 34 TFUE).<sup>289</sup>

## **Conclusion de la section**

Nous avons constaté que le rôle de la Cour de justice ne s'arrête pas aux portes de l'harmonisation contrairement à ce que les propos de la Cour de justice elle-même dans de nombreuses affaires pouvaient laisser croire. En effet, les articles 114 et 193 du TFUE concèdent un droit de maintenir ou d'introduire des réglementations plus strictes que celles prévues par une mesure d'harmonisation. Pour autant, il ne s'agit nullement d'un blanc-seing laissé aux États membres qui doivent respecter une procédure préalable de notification à la Commission dont les décisions ou l'absence de décision peuvent être contestées devant la Cour de justice. L'organe juridictionnel retrouve à ce stade son potentiel d'influence sur la répartition des compétences entre les États membres et l'UE.

Ce rôle central joué par la Cour de justice n'est pas seulement déterminé par le niveau d'intégration législative au sein de l'Union européenne. Il semble que la mission de la Cour varie également en fonction de l'objet des législations nationales soumises à son appréciation.

## **Section 2- Une jurisprudence imprécise conditionnée par l'objet et la nature variable des législations nationales soumises à l'appréciation de la Cour**

Nous tentons dans la présente section d'expliquer les nombreuses hésitations de la Cour de justice dans l'interprétation et l'application des articles 34 et suivants du traité.

Premièrement, l'analyse démontre que le critère de l'objet retenu par la Cour dans l'arrêt « Keck et Mithouard » a eu pour conséquence de limiter sensiblement le champ de la

---

<sup>288</sup> Le troisième considérant du règlement énonce : « *Les dispositions du présent règlement ne préjugent pas des mesures plus strictes pouvant être prises ou maintenues par les États membres, dans le respect du traité, notamment en ce qui concerne la détention de spécimens d'espèces relevant du présent règlement* ».

<sup>289</sup> Affaire C-100/08 précitée, point 63.

définition des MEERQ évitant ainsi aux États membres d'avoir à se justifier et limitant par conséquent le rôle de la Cour de justice.

Deuxièmement, le caractère hétérogène de la jurisprudence s'explique également, mais sans nécessairement le justifier, par la nature spécifique de chacun des motifs de justification. La complexité de certains domaines (par exemple, celui de la propriété industrielle) et les risques liés aux décisions dans d'autres (tout particulièrement celui de la santé publique), peuvent ainsi expliquer des analyses originales.

Nous commenterons successivement ces deux affirmations :

I- L'incidence mal évaluable de la jurisprudence « Keck et Mithouard » sur la délimitation des compétences entre l'UE et les Etats membres

II- L'hétérogénéité de la jurisprudence inspirée par la nature des litiges

## **I- L'incidence mal évaluable de la jurisprudence « Keck et Mithouard » sur la délimitation des compétences entre l'UE et les Etats membres**

La définition extensive des MEERQ résultant de l'affaire « Dassonville »<sup>290</sup> a permis de renforcer le contrôle juridictionnel de la Cour de Luxembourg sur les agissements et les carences des Etats de l'Union. Cependant, si une telle stratégie devait contribuer à donner à la Cour une marge de manœuvre importante dans les arrêts ultérieurs, elle a également eu pour effet nuisible d'encourager les recours abusifs des justiciables contre toute sorte de réglementations nationales parfois sans rapport avec le commerce intracommunautaire. Face à de telles dérives, la Cour va réagir dans le cadre d'un arrêt de principe visant à préciser l'interprétation de l'affaire « Dassonville ». L'arrêt « Keck et Mithouard »<sup>291</sup> marque ainsi une évolution de la jurisprudence relative à la définition des MEERQ.

---

<sup>290</sup> Arrêt du 11 juillet 1974, « Procureur du roi contre Dassonville », affaire 8/74, Rec. 1974, p. 837.

point 5 : « *Attendu que toute réglementation nationale des Etats membres susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement le commerce intracommunautaire est à considérer comme une mesure d'effet équivalent à des restrictions quantitatives* ».

<sup>291</sup> Arrêt du 24 novembre 1993, « Procédure pénale contre Bernard Keck et Daniel Mithouard », affaires jointes C-267 et C-268/91, Rec. 1993, p. I-6097.

L'importance de l'affaire « Keck et Mithouard » justifie d'en rappeler le contexte et la portée. Plus précisément, l'arrêt trouve son origine dans un renvoi préjudiciel adressé par le tribunal de Strasbourg, lui-même saisi d'une procédure pénale contre les gérants d'un supermarché accusés de pratiquer la revente à perte, en violation de la réglementation française. Comme le précise la CJCE, une telle pratique correspond à une méthode de promotion des ventes<sup>292</sup>. Par conséquent, en interdire l'usage équivaut à limiter potentiellement le volume des ventes de produits et notamment de produits importés des autres Etats membres. Une application systématique ou rigoureuse de la jurisprudence « Dassonville » signifierait, à priori, l'assimilation de la réglementation française à une MEERQ.

Cependant, la Cour choisit un nouveau critère d'appréciation fondé sur l'objet des réglementations nationales dont la conformité avec les règles du marché intérieur est contestée. En l'occurrence, elle souligne que la législation française n'a pas pour objet de régir les échanges de marchandises entre les États membres,<sup>293</sup> tandis que la définition des MEERQ issue de la jurisprudence « Cassis de Dijon », correspond à des règles relatives aux conditions auxquelles doivent répondre des marchandises.<sup>294</sup>

Cette référence conduit la Cour à opérer une distinction entre les réglementations qui limitent ou interdisent certaines modalités de vente, d'une part, et celles relatives aux produits, d'autre part. Les premières ne relèvent pas de l'article 30 TCE (article 36 TFUE), à condition qu' « *elles s'appliquent à tous les opérateurs concernés exerçant leur activité sur le territoire national et qu'elles affectent de la même manière, en droit comme en fait, la commercialisation des produits nationaux et de ceux en provenance des autres Etats membres* ». <sup>295</sup> Ce nouveau principe s'explique par le fait que de telles réglementations « *ne sont pas de nature à empêcher leur accès au marché, ou à le gêner davantage qu'elle ne gêne celui des produits nationaux* ». <sup>296</sup>

---

<sup>292</sup> *Ibid*, point 13.

<sup>293</sup> *Ibid*, point 12.

<sup>294</sup> *Ibid*, point 15 : « Conformément à la jurisprudence *Cassis de Dijon*, constituent des mesures d'effet équivalent ... les obstacles à la libre circulation des marchandises, ... résultant 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, telles que celles qui concernent leur dénomination, leur forme, leur dimension, leur poids, leur composition, leur présentation, leur étiquetage, leur conditionnement, même si ces règles sont applicables à tous les produits, dès lors que cette application ne peut être justifiée par un but d'intérêt général de nature à primer les exigences de la libre circulation des marchandises ».

<sup>295</sup> *Ibid*, point 16.

<sup>296</sup> *Ibid*, point 17.

Cependant la Cour n'a pas clairement défini la notion de modalité de vente et seule l'observation de sa jurisprudence ultérieure permet d'apprécier le champ d'application de la jurisprudence « Keck et Mithouard ». De manière synthétique et provisoire, nous pouvons cependant préciser qu'elle ne s'applique pas aux règles relatives aux produits, bien qu'en la matière la nuance qui les distingue de celles qui portent sur les produits ne soit pas toujours évidente.<sup>297</sup> Elle ne s'applique guère davantage aux conditions de fabrication,<sup>298</sup> ni aux conditions d'utilisation des produits,<sup>299</sup> ce qui a pour conséquence de réduire le potentiel d'influence de la Cour de justice dans la mesure où les réglementations non discriminatoires relatives aux modalités de vente ne relèvent plus de l'article 34 du TFUE.

Si, comme nous venons de l'observer, l'objet du litige est devenu à partir de l'arrêt « keck et Mithouard » un critère central d'identification du champ d'application de l'article 30 TCE (36 TFUE), lors de l'appréciation d'une réglementation nationale au regard de la définition des MEERQ, il explique également l'approche suivie par la Cour dans ses analyses.

## **II- L'hétérogénéité de la jurisprudence inspirée par la nature des litiges**

L'absence de parfaite homogénéité de la jurisprudence de la CJUE ne révèle-t-elle pas, au delà des apparences, une certaine cohérence dont la signification ne doit pas échapper au législateur communautaire ?

Cette diversité des interprétations jurisprudentielles peut être analysée sous plusieurs angles d'appréciation : Tout d'abord, le caractère plus ou moins directif ou abstrait des arrêts de la Cour (A), ensuite le partage des rôles entre le juge communautaire et son homologue national (B).

Chacun de ces terrains d'observation que nous examinerons successivement semble révéler une logique et une constance dans le message.

### **A- Une jurisprudence plus ou moins directive et abstraite en fonction de l'objet des litiges**

---

<sup>297</sup> Arrêt du 26 juin 1997, « Familiapress », affaire C-368/95, Rec. 1997, p.I-3689.

<sup>298</sup> Arrêt du 14 septembre 2006, « Alfa Vita Vassilopoulos et Carrefour-Mrinopoulos », affaires C-158/04 et C-159/04, Rec. 2006, p. I-8135.

<sup>299</sup> Arrêt du 4 juin 2009, « Percy Mickelsson et Roos », affaire C-142/05, Rec. 2009, p. I-4273.

L'étude de la jurisprudence de la Cour permet la classification des arrêts et donc une systématisation en fonction de leur précision ou de leur caractère directif (1) mais aussi du degré d'abstraction des analyses jurisprudentielles (2).

1- Les domaines strictement encadrés par la Cour soucieuse d'une application rigoureuse des règles de libre circulation des marchandises litigieuses

La nature et l'objet des réglementations litigieuses ainsi que leur degré de complexité n'y sont pas étrangers. Autrement dit, l'autorité et le contrôle exercés par la Cour peuvent être illustrés par une échelle dont la graduation varie en fonction de la nature des litiges et naturellement des risques.

Le contrôle effectué par la Cour de justice vise tant les objectifs prétendument poursuivis par les Etats membres que leur mise en œuvre. A cet égard, la Cour apprécie naturellement les buts réellement visés ainsi que la proportionnalité des moyens utilisés pour les réaliser.

Cependant, dans certains domaines tels que ceux de la propriété industrielle et commerciale (a), celui de la protection du consommateur et dans une moindre mesure celui de la protection de la santé publique (b), la prégnance de la jurisprudence de la Cour se manifeste par la définition du cadre précis auquel le droit national devra se conformer ou bien par l'évocation de solutions alternatives moins restrictives des échanges. L'analyse du caractère nécessaire des mesures nationales est alors poussée à l'extrême par une application plus systématique du test de substituabilité. L'une des conséquences louables d'une telle précision est de fournir aux juges nationaux des lignes directrices contribuant au maintien d'une jurisprudence plus stable et plus sûre et par conséquent à une plus grande sécurité juridique.

a- Première illustration : la jurisprudence de la Cour relative à la propriété industrielle

Relevons en effet qu'il s'agit du seul motif de nature économique dans la liste de l'article 36 du TFUE (particularité que la Cour a curieusement niée). Logiquement, les enjeux économiques et commerciaux liés à la reconnaissance des droits de propriété industrielle mais aussi la complexité de la problématique de la conciliation entre le principe de libre circulation des marchandises et les droits nationaux de propriété industrielle pourraient expliquer la

précision (a.1) mais également une relative instabilité des interprétations relatives à l'étendue de ces droits (a.2).

a.1- Une jurisprudence précise et directive expliquée par la nature particulière de la propriété industrielle.

Le caractère détaillé et explicatif des interprétations de la Cour concerne tant les brevets (a.1.2) que les marques (a.1.2). Ces qualités ne doivent cependant pas occulter une certaine fragilité des raisonnements suivis par le juge communautaire (a.1.3).

a.1.1- Une jurisprudence précise au prix de raisonnements marqués par une certaine fragilité

On constate en effet que le critère de conciliation entre le droit du marché intérieur et les droits nationaux de propriété industrielle a été progressivement déterminé au gré des affaires soumises à la Cour et en fonction de leurs spécificités et de leur complexité, ne laissant aucune réelle liberté d'appréciation aux juges nationaux, ni de marge de manœuvre aux États membres.

Il convient en premier lieu de rappeler qu'en vertu des droits nationaux de propriété industrielle et commerciale, l'importation constitue une contrefaçon dans la mesure où le titulaire d'un brevet ou d'une marque dispose d'un monopole de son exploitation. Celui-ci se décline notamment en un droit exclusif de première mise en vente sur le territoire national du produit breveté ou marqué.<sup>300</sup> La confrontation avec le principe de libre circulation devient alors inévitable. Une application stricte de l'article 36 TFUE selon lequel « *les dispositions des articles 34 et 35 ne font pas obstacle aux interdictions ou restrictions d'importation, d'exportation ou de transit, justifiées par des raisons ... de protection de la propriété industrielle et commerciale...* » aurait pu avoir pour conséquence le sacrifice systématique du principe de libre circulation des marchandises. C'est la raison pour laquelle la Cour en a relativisé les effets, tant pour ce qui concerne le droit national des brevets que pour le droit national des marques. La difficulté de l'exercice évoquée plus haut explique la fragilité des bases théoriques sur lesquelles la Cour fonde son raisonnement dont on a pu douter de la cohérence à plusieurs titres.

---

<sup>300</sup> Le propriétaire d'une œuvre littéraire et artistique (droits voisins du droit d'auteur) jouit du même privilège.

Concernant la première raison, il convient préalablement de préciser que la jurisprudence distingue entre l'existence des droits de propriété industrielle<sup>301</sup> et leur exercice. Si l'existence de ces droits ne pose à priori aucun problème au regard du traité, leur exercice risque en revanche de contrarier la libre circulation des marchandises<sup>302</sup>. Comment dès lors concilier le principe jurisprudentiel selon lequel l'article 34 TFUE n'interdit que les mesures étatiques, tandis que l'exercice des droits de propriété intellectuelle, pouvant constituer une infraction aux règles du traité, correspond en fait à une action de particuliers<sup>303</sup>. On peut regretter que les bases théoriques du raisonnement de la Cour manquent à cet égard de solidité, même si on peut arguer de ce qu'une action en contrefaçon intentée par le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle pour faire obstacle à l'importation dans un État membre d'un produit en provenance d'un autre État membre, repose en réalité sur une législation nationale qui en définitive peut être considérée comme la MEERQ.<sup>304</sup>

Une autre curiosité de la jurisprudence de la CJUE en matière de propriété industrielle tient à une autre forme de contradiction. En effet, la distinction précitée entre l'existence des droits de propriété industrielle et leur exercice, dont la Cour définit précisément les contours sans laisser de marge de manœuvre aux juridictions nationales, laisse entendre que l'objet spécifique des droits de propriété industrielle est avant tout une question qui relève du droit communautaire. Or et dans le même temps, la Cour considère qu'en conséquence de la distinction retenue, l'existence même des droits de propriété industrielle est en l'absence d'harmonisation, une question de droit national.<sup>305</sup>

Enfin la jurisprudence de la Cour entretient sur le sujet une dernière forme d'ambiguïté résultant de cette dichotomie correspondant à deux types de situations. La première situation concerne les affaires où le titulaire du droit de propriété intellectuelle s'oppose à l'importation d'un produit en provenance d'un autre État membre dans lequel il n'existe pas de droit parallèle et où le produit a été mis pour la première fois sur le marché par un tiers. Le cas

---

<sup>301</sup> Précisons que la Cour assimile le droit d'auteur au concept de droit de la propriété industrielle et commerciale figurant à l'article 36 du traité. Voir les arrêts du 20 janvier 1981, « Musik-Vertrieb contre GEMA », affaires jointes 55 et 57/80, Rec. 1981, p. 147; du 4 novembre 1997, « Parfums Christian Dior SA contre Evora BV », affaire C-337-95, Rec. 1997, p. I-6013.

<sup>302</sup> Arrêts du 13 juillet 1966, « Etablissements Consten et Grundig contre Commission de la Communauté économique européenne », affaires jointes 56 et 58-64, Rec. 1966, p. 429.

<sup>303</sup> Il s'agit là d'une caractéristique des articles 34 et suivants du traité par opposition aux articles 101 et 102 du même traité et qui visent le comportement des entreprises.

<sup>304</sup> Malcom Jarvis, « The Application of EC Law By National Courts – The Free Movement of Goods », Clarendon Press – Oxford, 1998, p. 295 et 296.

<sup>305</sup> Arrêt du 30 novembre 1993, « Deutsche Renault Ag contre AUDI AG », Affaire C-317/91, Rec. 1993, p. I-6227, point 20. Voir en ce sens, Malcom Jarvis, « The Application of EC Law By National Courts – The Free Movement of Goods », Clarendon Press – Oxford, 1998, p. 325.

échéant, le juge communautaire estime que le droit national doit prévaloir sous la réserve que la réglementation nationale ne dissimule pas une discrimination conformément à la condition posée par la dernière phrase de l'article 36 du traité. La seconde vise les situations dans lesquelles le titulaire du droit de propriété intellectuelle est protégé dans les pays d'importation et d'exportation. Or lorsque ce même titulaire a épuisé ses droits dans le pays d'exportation, la Cour définit l'objet spécifique des droits permettant à son titulaire de s'opposer à l'importation sur le fondement de l'article 36 du traité.<sup>306</sup>

La complexité et l'ambiguïté des raisonnements suivis par la Cour pourraient cependant être compensées par une définition particulièrement précise et directive de l'étendue des droits reconnus aux titulaires de brevets (a.1.1) et aux titulaires de marques (a.1.2) dans le cadre d'un conflit entre les droits nationaux de propriété industrielle et le droit du marché intérieur.

a.1.2- Une définition précise des droits du titulaire de brevet fondée sur « la théorie du monopole incitant »<sup>307</sup>

Concernant les prérogatives de l'inventeur, la Cour a dit pour droit que la dérogation à la libre circulation des marchandises ne peut être admise que dans la mesure où elle est justifiée par la sauvegarde des droits qui constituent l'objet spécifique du brevet. Celui-ci consiste à garantir à l'inventeur la récompense de son effort créateur par l'octroi d'un droit exclusif de première mise en circulation du produit breveté,<sup>308</sup> qu'il peut exercer directement ou par l'octroi de licences.<sup>309</sup>

---

<sup>306</sup> *Ibid*, p. 328 et 329.

<sup>307</sup> Présentation de la théorie du monopole incitant selon la définition exposée par le professeur et ancien juge à la Cour de justice, René Joliet : « *Le progrès est souhaitable, les inventions et leur exploitation industrielle sont nécessaires pour ce progrès. Cependant les inventions ne seront pas réalisées ni exploitées si les inventeurs et les investisseurs ne peuvent compter que sur l'exploitation compétitive de leur technique. Pour en valoir la peine, et encourager les chercheurs et les investisseurs, la société doit intervenir pour augmenter les chances de profit. Le moyen le plus simple et le plus efficace pour la société d'encourager la recherche est d'accorder des monopoles temporaires sous la forme de brevets* ».

<sup>308</sup> Arrêts du 31 octobre 1974, « Centrafarm BV et Adriaan de Peijper contre Sterling Drug Inc. », affaire 15/74, Rec. 1974, p. 1147, points 8 et 9 ; du 14 juillet 1981, « Merck & Co.Inc. contre Stephar BV et Petrus Stephanus Exler », affaire 187/80, Rec. 1981, p. 2063, points 9 et 10 ; du 9 juillet 1985, « Pharmon BV contre Hoechst AG », affaire 19/84, Rec. 1985, p. 2281, point 26 ; du 5 décembre 1986, « Merck contre Primecrown et Beecham contre Europharm », affaire 267/95, Rec. 1996, p. I-6285, point 30 ; du 9 juillet 1995, « Generics BV contre Smith Kline & French Laboratories Ltd », affaire C-316/95, Rec. 1995, p. I-3929, point 19.

<sup>309</sup> Cette reconnaissance implicite de « la théorie du monopole incitant » justifie également les droits reconnus aux producteurs de phonogrammes par le droit communautaire dérivé (Directive 92/100/CEE du Conseil du 19 novembre 1992, JO L 346 p. 61, point 24 : l'inclusion des producteurs de phonogrammes parmi les bénéficiaires du droit exclusif de location « apparaît justifiée par la protection des investissements extrêmement élevés et aléatoires qu'exige la production de phonogrammes et qui sont indispensables à la poursuite de l'activité de création de nouvelles œuvres par les auteurs ». La directive précitée précise la portée du principe de l'épuisement appliqué à ces droits. Elle confirme implicitement ledit principe tel qu'il a été posé par la Cour de justice, et selon lequel « le droit exclusif garanti par la législation d'un Etat membre en matière de propriété industrielle et commerciale a épuisé ses effets lorsqu'un produit a été écoulé licitement sur le marché d'un autre Etat membre par le titulaire même du droit ou avec son consentement ». Mais surtout elle en précise les



### a.1.3- Le droit des marques interprété dans un sens favorable à la protection du consommateur

L'objet spécifique du droit de marque justifiant la dérogation de l'article 36 du TFUE est la garantie pour son titulaire d'un droit exclusif de première mise en vente garantissant au consommateur l'origine et donc la qualité supposée du produit.<sup>310</sup>

Le degré de précision des interprétations de la Cour apparaît notamment dans les affaires mettant en cause la liberté de l'importateur parallèle de modifier l'emballage des marchandises. Ces situations apparaissent souvent dans l'hypothèse où un importateur parallèle de médicaments doit adapter le produit aux règles du marché national.

L'affaire « Hoffmann-La Roche »<sup>311</sup> illustre cette situation. Les questions préjudicielles concernent un litige entre la société Hofmann-La Roche qui est titulaire d'une certaine marque, notamment en Allemagne et en Grande-Bretagne, et la société Centrafarm. Cette dernière importe de Grande-Bretagne du valium qu'elle commercialise en Allemagne dans un nouveau conditionnement sur lequel elle appose la marque d'Hoffmann-La Roche. La question posée à la Cour vise à déterminer si le titulaire de la marque peut se prévaloir de son droit exclusif pour s'opposer à l'importation des produits ainsi modifiés.

Dans la ligne de sa jurisprudence, la Cour précise que si le Traité n'affecte pas l'existence des droits nationaux de propriété industrielle, il peut néanmoins en limiter l'exercice. Elle confirme également les limites de la dérogation au principe de libre circulation des marchandises par référence à la nécessité de sauvegarder l'objet spécifique de la marque, à savoir la garantie au consommateur de l'identité d'origine du produit. En l'occurrence, cette garantie de provenance signifie que le produit n'a pas fait l'objet à un stade antérieur de la

---

limites dans ses articles 1 et 4. Ainsi, son article 1§1 impose aux Etats membres de prévoir le droit d'autoriser ou d'interdire la location et le prêt d'originaux et de copies d'œuvres protégées par le droit d'auteur ainsi que d'autres objets. Le §4 du même article précise que les droits ainsi visés ne sont pas épuisés par la vente ou tout autre acte de diffusion. La Cour analyse et interprète la directive en distinguant les natures différentes de la location et de la vente. Ainsi, le droit de location demeure au nombre des prérogatives de l'auteur et du producteur en dépit de la vente du support matériel qui contient l'œuvre.<sup>309</sup> Autrement dit, le droit de location n'est pas épuisé par la vente ou tout autre acte de diffusion de l'objet, à l'inverse du droit de vente qui l'est en cas de première vente dans la communauté par le titulaire ou avec son consentement.<sup>309</sup> L'institution, par la législation communautaire d'un droit de location exclusif ne constitue donc pas une violation du principe de l'épuisement du droit de distribution, dont l'objet et le champ d'application sont différents.

<sup>310</sup> Voir également la directive 89/104/CEE du Conseil du 21 décembre 1988 rapprochant les législations des Etats membres sur les marques (JO n°L 040 du 11 février 1989, p. 1-7 : article 7 : « *Le droit conféré par la marque ne permet pas à son titulaire d'interdire l'usage de celle-ci pour des produits qui ont été mis dans le commerce dans la Communauté sous cette marque par le titulaire ou avec son consentement* »).

<sup>311</sup> Arrêt du 23 mai 1978, „

« Hoffmann-La Roche & Co. AG contre Centrafarm Vertriebsgesellschaft Pharmazeutischer Erzeugnisse mbH », affaire 102/77, Rec. 1978, p. 1139

commercialisation d'une intervention par un tiers, non autorisée par le titulaire de la marque et « *qui a atteint le produit dans son état originare* »<sup>312</sup>. Cette affirmation ne correspond qu'à une première étape de la réflexion de la Cour et à la conclusion provisoire qu'une réglementation de ce type est justifiée, dès lors que l'on se réfère à la seule première phrase de l'article 36. Logiquement, le juge s'intéresse ensuite à la seconde condition fixée par ledit article au terme duquel la mesure nationale ne doit pas constituer une restriction déguisée dans le commerce inter étatique. Comme exemple, la Cour évoque la stratégie du titulaire de la marque consistant à mettre sur le marché un même produit conditionné différemment selon les États, afin de pouvoir s'opposer au reconditionnement et donc à la revente par d'éventuels importateurs parallèles, alors même que l'identité d'origine et son état originare ne seraient pas affectés.

La précision de l'arrêt s'illustre dans l'explication donnée par la CJCE au juge national sur la manière dont il convient d'apprécier ce dernier constat, à savoir la non affectation de l'état du produit dans l'opération de reconditionnement. Comme illustration, la Cour cite le cas où le produit serait mis en circulation dans des emballages doubles, tandis que le reconditionnement ne porterait que sur l'emballage extérieur.

Dans cet exercice d'interprétation, la Cour liste l'ensemble des exigences dont le juge national devra s'assurer pour déterminer si les conditions de dérogation fixées par l'article 36 sont bien réunies. Outre celle de non affectation du produit, elle ajoute que le titulaire de la marque doit être préalablement averti de la mise en vente du produit reconditionné et qu'il indique clairement que le produit a été reconditionné par lui.<sup>313</sup>

Des arrêts ultérieurs viennent préciser cette jurisprudence et notamment les affaires « Bristol-Myers Squibb contre Paranova »<sup>314</sup> et « Boehringer Ingelheim ».<sup>315</sup>

Dans la première affaire qui concerne des produits pharmaceutiques dont l'emballage varie légèrement en fonction des États membres dans lesquels ils sont commercialisés, et cela en raison notamment de réglementations nationales différentes, la Cour rappelle les critères

---

<sup>312</sup> *Ibid*, point 7.

<sup>313</sup> *Ibid*, point 12 et dispositif de l'arrêt.

<sup>314</sup> Arrêt du 11 juillet 1996, « Bristol-Myers Squibb contre Paranova A/S et C.H. Boehringer Sohn, Boehringer Ingelheim KG et Boehringer Ingelheim A/S contre Paranova A/S », affaires jointes C-427/93, 429/93 et 436/93, Rec. 1996, p. I-3457.

<sup>315</sup> Arrêt du 23 avril 2002, « Boehringer Ingelheim », affaire C-143/00, Rec. 2002, p. I-3759.

retenus par la Cour dans l'affaire Hoffmann-La Roche. Elle précise sa jurisprudence en ajoutant que l'importateur parallèle n'a pas à prouver la volonté du détenteur de la marque de segmenter le marché. Aux conditions que l'importateur parallèle doit respecter pour pouvoir opérer un reconditionnement des médicaments revêtus d'une marque, la Cour apporte un certain nombre d'éléments et complète la liste initiale telle qu'elle figure dans l'affaire Hoffmann-La Roche.

Tout d'abord, le concept d'affectation du produit originaire est précisé par l'indication qu'il concerne le produit à l'intérieur du « packaging ». En effet, la Cour de justice écarte d'éventuels arguments fondés sur de simples risques hypothétiques ou des erreurs isolées et qui viseraient à permettre au titulaire de la marque de s'opposer au reconditionnement de produits pharmaceutiques.<sup>316</sup>

La Cour ajoute également que l'importateur parallèle doit fournir sur demande du propriétaire, un spécimen du produit reconditionné avant sa mise sur le marché.<sup>317</sup> Concernant l'obligation d'indiquer par qui le produit a été reconditionné, la Cour précise également que cette condition signifie nullement que l'importateur doive mentionner que cette opération a été faite sans l'accord du titulaire de la marque. Enfin, la Cour ajoute également à la liste des critères permettant de qualifier la restriction aux importations, l'impact du nouvel emballage sur la réputation de la marque.<sup>318</sup>

L'affaire « Boehringer Ingelheim »<sup>319</sup> est également l'occasion pour la Cour d'apporter des réponses aux questions relatives au concept de nécessité qui doit permettre de réhabiliter une réglementation nationale restrictive des échanges intracommunautaires. Rappelons que selon une jurisprudence constante,<sup>320</sup> correspond à un cloisonnement artificiel des marchés nationaux, l'opposition au reconditionnement d'un médicament, lorsque celui-ci est nécessaire pour permettre la commercialisation des produits importés (tout en préservant les intérêts légitimes du titulaire de la marque).<sup>321</sup> La nécessité d'un nouvel emballage peut

---

<sup>316</sup> Affaire « Bristol-Myers Squibb contre Paranova A/S et C.H. Boehringer Sohn, Boehringer Ingelheim KG et Boehringer Ingelheim A/S contre Paranova A/S », affaires jointes C-427/93, 429/93 et 436/93, point 63.

<sup>317</sup> Cette exigence permet au titulaire de la marque de vérifier l'état du produit dans son nouvel emballage et que la réputation du produit n'est pas susceptible d'être entachée. Voir l'arrêt du 23 avril 2002, « Boehringer Ingelheim », affaire C-143/00, Rec.2002, p. I-3759, point 61.

<sup>318</sup> Arrêt du 23 avril 2002, « Boehringer Ingelheim », affaire C-143/00, Rec.2002, p. I-3759, point 32.

<sup>319</sup> *Ibid.*

<sup>320</sup> Voir l'arrêt du 12 octobre 1999, « Pharmacia & Upjohn SA contre Paranova A/S », affaire C-379/97, Rec. 1999, p. I-6927, point 43.

<sup>321</sup> Arrêt du 23 avril 2002, « Boehringer Ingelheim », affaire C-143/00, Rec.2002, p. I-3759, points 33 et 34, 61.

provenir des réglementations en matière d'assurance maladie ou de pratiques de prescription médicale. Point de nécessité en revanche, lorsque un simple étiquetage constitue une alternative au remplacement de l'emballage pour l'importateur. La Cour précise toutefois qu'il peut exister une résistance d'une partie importante des consommateurs aux médicaments ré-étiquetés, compromettant leur accès au marché. Le cas échéant, l'option d'un nouvel emballage s'impose dans la mesure où elle ne peut être associée à un motif purement commercial.

Ces développements révèlent un degré de précision extrêmement poussé dans les interprétations de la Cour de Justice. Le caractère directif de cette jurisprudence témoigne de l'obstination de la Cour à définir un équilibre satisfaisant entre le principe de la libre circulation des marchandises et la protection des droits de propriété industrielle.<sup>322</sup>

Ainsi l'objectif pouvant justifier les monopoles nationaux d'exploitation en matière de brevet et de marque est clairement posé par la CJCE et a inspiré le législateur communautaire.<sup>323</sup> Cette qualité ou caractéristique des arrêts de la Cour dans ce secteur ne la rend cependant pas irréprochable. En effet, la jurisprudence nous apparaît à certains égards contestable sur le fond et traduit une relative instabilité.

#### a.2- Une jurisprudence contestable marquée par une relative instabilité

La difficulté mais aussi le caractère contestable de la jurisprudence de la Cour dans la définition du point d'équilibre entre les droits nationaux de propriété industrielle et commerciale, d'une part, et le principe communautaire de libre circulation des marchandises, d'autre part, concerne tant le droit des brevets que celui des marques.

##### a.2.1- Une application discutable du principe de l'épuisement du droit des brevets

La précision de la jurisprudence caractérise notamment les réponses aux questions des droits conférés au titulaire d'un brevet. Dans les nombreux arrêts précités relatifs aux importations parallèles de médicaments, la Cour rappelle que l'objet spécifique du brevet est d'assurer à

---

<sup>322</sup> Schmidt-Szalewski Joanna, « Propriétés intellectuelles – Propriété industrielle jurisprudence (2006/2007), RTD eur. 43,(4) oct-déc. 2007, p. 689.

<sup>323</sup> Les deux institutions s'inspirent de la théorie dite du monopole incitant selon laquelle le système du brevet permet d'encourager la recherche.

l'inventeur, afin de récompenser son effort créateur, un droit exclusif de première mise en circulation du produit, soit directement, soit indirectement par l'octroi de licences à des tiers. Cette interprétation permet au juge communautaire de fixer dans les détails la portée de la règle de l'épuisement du droit de brevet et de l'adapter aux situations particulières, y compris dans les affaires dont nous pensons que les arguments opposés à ceux de la Cour, méritent une réelle réflexion.

Ainsi, la réponse à la question de l'épuisement du droit nous semble discutable dans l'hypothèse d'une première mise en circulation d'un produit breveté par le titulaire du brevet dans un pays refusant la brevetabilité pour ce type de produit.

Dans l'affaire « Merck / Stéphan », <sup>324</sup> la Cour juge que « *le brevet ne garantit pas en toute circonstance la récompense de l'effort créateur de l'inventeur. Lorsque ce dernier décide d'écouler son produit, en l'occurrence un médicament, dans un État membre où la protection par brevet n'existe pas légalement pour le produit en cause, il doit alors accepter les conséquences de son choix en ce qui concerne la libre circulation du produit à l'intérieur du marché commun* ». <sup>325</sup>

Il nous semble cependant, qu'une telle solution conduit à pénaliser l'inventeur doublement. Il l'est une première fois dans l'État membre d'exportation en raison de la non brevetabilité de son invention selon le droit national, il l'est une seconde fois dans l'État d'importation en raison de l'épuisement de son droit après la première vente dans l'État membre d'exportation.. <sup>326</sup>

La thèse inverse défendue par une certaine doctrine, <sup>327</sup> révèle une confusion entre, d'une part, le profit relatif résultant de la vente du médicament, comme dans toute opération commerciale classique, et d'autre part, la récompense liée à la possibilité pour le titulaire du brevet, de pratiquer des prix monopolistiques.

---

<sup>324</sup> Arrêt du 14 juillet 1981, « Merck contre &Co. Inc. Contre Stephar BV », affaire 187/80, Rec. 1981, p. 2063.

<sup>325</sup> *Ibid*, points 11 et 13.

<sup>326</sup> Il est intéressant de noter que l'article 47 de l'acte d'adhésion de l'Espagne et du Portugal à la Communauté comportait une exception par rapport à l'interprétation et à la portée de la règle de l'épuisement telle qu'elle apparaît dans l'affaire « Merck contre Stephar » précitée.

<sup>327</sup> Voir Rosnak Michal, « Le commerce parallèle des médicaments dans le droit de l'Union européenne – Les limites de la libre circulation des marchandises sur le marché pharmaceutique », Thèse cohabilitée par l'Université de Rennes 1, soutenue à Poznan le 25 septembre 2012, p. 53.

La lecture du traité d'adhésion des nouveaux États membres en 2004 nous conforte dans cette appréciation. En effet, selon les dispositions dudit traité « *le titulaire d'un brevet délivré pour un médicament dans un État membre à une date à laquelle cette protection ne pouvait pas être obtenue pour ce produit dans l'un des nouveaux États membres signataires peut invoquer les droits conférés par ce brevet ou ce certificat complémentaire de protection pour empêcher l'importation et la commercialisation de ce produit dans l'État membre ou les États membres où le produit en question jouit de la protection d'un brevet ou d'un certificat complémentaire de protection, même si ce produit a été commercialisé pour la première fois dans le nouvel État membre concerné par lui ou avec son accord* ». Ainsi la jurisprudence que nous avons critiquée nous semble à juste titre contredite par le « pouvoir constituant ».<sup>328</sup>

C'est pourquoi nous estimons que dans l'affaire « Pharmon contre Hoescht »,<sup>329</sup> la Cour considère avec raison, que la première mise en vente effectuée dans un autre État membre par le bénéficiaire d'une licence obligatoire n'épuise pas le droit du breveté. Celui-ci doit pouvoir s'opposer à l'importation et à la commercialisation des produits fabriqués dans le cadre d'une licence obligatoire afin de lui assurer la substance de son droit exclusif.

Cet encadrement strict des réglementations par la Cour de justice s'accompagne d'une méfiance vis-à-vis des arguments dont la nature les rend difficilement appréciables.

Ainsi, dans l'affaire « Merck contre Primecrown »,<sup>330</sup> se pose la question de savoir si la jurisprudence « Merck contre Stephar » précitée s'applique également dans le cas où le titulaire du brevet est moralement tenu de commercialiser le produit dans l'Etat d'exportation, par exemple en approvisionnant en médicaments les Etats membres où ils sont nécessaires pour assurer les soins de la population, alors même que les médicaments n'y sont pas brevetables. La Cour écarte ces considérations en raison de la difficulté à les appréhender et à les distinguer des considérations commerciales.<sup>331</sup> Toutefois, le juge communautaire ne semble pas exclure de les prendre en considération dans un contexte permettant de les identifier clairement.

---

<sup>328</sup> Acte relatif aux conditions d'adhésion de la République tchèque, de la République d'Estonie, de la République de Chypre, de la République de Lettonie, de la République de Lituanie, de la République de Hongrie, de la République de Malte, de la République de Pologne, de la République de Slovénie et de la République slovaque, et aux adaptations des traités sur lesquels est fondée l'Union européenne – Article 22 et annexe IV point 2 - JO UE L 236 du 23/09/2003, p. 33.

<sup>329</sup> Arrêt du 9 juillet 1985, « Pharmon contre Hoescht », affaire 19/84, Rec.1985, p. 2281.

<sup>330</sup> Arrêt du 5 décembre 1996, « Merck contre Primecrown », affaire C-267/95, Rec. 1996, p. I-6285.

<sup>331</sup> *Ibid*, point 53.

De même qu'en matière de brevet, la fermeté de la Cour n'a pas toujours été synonyme de continuité dans ses interprétations de l'article 34 du TFUE (article 28 du traité CE).

a.2.2- Une heureuse évolution de la jurisprudence révélant les liens entre les intérêts du titulaire de la marque et ceux du consommateur.

Dans sa volonté de concilier le principe de libre circulation des marchandises, d'une part, et les droits nationaux des marques, d'autre part, la Cour semble avoir reconnu un revirement de sa jurisprudence. Plus précisément et pour reprendre le terme employé par la Cour, la solution juridique qui ressortait de l'arrêt d'interprétation « Hag 1 »<sup>332</sup> a été « *reconsidérée* » par la Cour dans l'arrêt « Hag 2 ».<sup>333</sup>

En effet, la Cour avait initialement dit pour droit que « *le fait d'interdire la commercialisation dans un État membre d'un produit portant légalement une marque dans un autre État membre, au seul motif qu'une marque identique, ayant la même origine, existe dans le premier État, est incompatible avec les dispositions prévoyant la libre circulation des marchandises à l'intérieur du marché commun* ». <sup>334</sup> Autrement dit, l'origine commune d'une marque ultérieurement partagée entre plusieurs propriétaires dans différents États membres, suffisait pour justifier la priorité de la libre circulation sur le droit des marques.

Puis la Cour remplacera la théorie de l'origine commune par celle du consentement qui nous semble mieux correspondre à la raison d'être du droit des marques, à savoir l'identification aux yeux du consommateur d'un produit ou d'un service, c'est à dire de leur origine véritable.

Ainsi dans l'affaire « Hag 2 », <sup>335</sup> la Cour juge que pour que la marque puisse jouer son rôle, elle doit permettre à la clientèle d'identifier l'origine d'un produit ou d'un service. <sup>336</sup> Tel ne serait pas le cas si son titulaire ne pouvait pas exercer la faculté que la législation nationale lui confère de s'opposer à l'importation du produit similaire sous une dénomination de nature à être confondue avec sa propre marque, et ce même dans l'hypothèse où la marque aurait une origine commune. <sup>337</sup>

---

<sup>332</sup> Arrêt du 3 juillet 1974, « Van Zuylen frères contre Hag AG », affaire 192/73, Rec. 1974, p. 731.

<sup>333</sup> Arrêt du 17 octobre 1990, « SA CNL-SUCAL NV contre HAG GF AG », affaire C-10/89, Rec. p. 1990, p. I-3711, point 10.

<sup>334</sup> Arrêt du 3 juillet 1974, « Van Zuylen frères contre Hag AG », affaire 192/73, Rec. 1974, points 12 et suivants.

<sup>335</sup> Arrêt du 17 octobre 1990, « SA CNL-SUCAL NV contre HAG GF AG » affaire C-10/89, Rec. p. 1990, p. I-3711.

<sup>336</sup> *Ibid*, point 13.

<sup>337</sup> *Ibid*, points 16 et 17, affaire C-9/93, « Ideal Standard », points 45 à 60.

Le rejet par la doctrine de l'origine commune sera confirmé dans l'hypothèse où la division de la marque entre plusieurs propriétaires résulte d'une cession volontaire.<sup>338</sup>

Cette évolution ne constitue-t-elle pas la manifestation d'une justice toujours perfectible pouvant également inciter la Cour à laisser, lorsque cela s'avère approprié, les juridictions nationales apprécier au cas par cas les effets des réglementations nationales ? Certaines affaires révèlent la complexité des questions posées à la juridiction communautaire dont la jurisprudence traduit une forme d'embarras. Il s'agit pour la Cour de poser clairement des principes permettant de garantir le bon fonctionnement du marché intérieur sans pour autant compromettre la protection des droits de propriété industrielle et commerciale. A cet égard, la ligne de partage se caractérise parfois par de subtiles nuances dont l'appréciation est renvoyée à l'appréciation du juge national.

C'est ce que révèle l'affaire « Parfums Christian Dior »<sup>339</sup> relative au domaine très particulier de la distribution sélective justifiée par la nature ou la qualité particulière de certains produits de luxe vendus sous des marques de prestige. Les faits peuvent être ainsi résumés. La société Christian Dior couture SA a conclu avec la société industrielle de lingerie (SIL) un contrat de licence de marque pour la fabrication et la distribution de produits de corsetterie sous la marque Christian Dior. Le contrat encadre la liberté du licencié de vendre les produits marqués afin de préserver la notoriété et le prestige de la marque. Ce dernier s'engage notamment à ne pas vendre à des grossistes, soldeurs, sociétés de vente par correspondance ... sauf accord du concédant. En violation du contrat, SIL a vendu des produits marqués à la société Copad, celle-ci ayant dans le cadre de son activité de soldeur, vendu à son tour une partie des produits à des tiers. En réaction, Dior a intenté une action en contrefaçon de marque contre son licencié SIL et son client Copad.

la CJCE est interrogée à titre préjudiciel afin de déterminer si le titulaire d'une marque peut ou non s'opposer, au regard de la directive 89/104 CEE<sup>340</sup> et des articles 30 et 36 du traité

---

<sup>338</sup> Arrêt du 22 juin 1994, «IHT Internationale Heiztechnik GmbH et Uwe Danzinger contre Ideal Standard GmbH et Wabco Standard GmbH », affaire C 9/93, Rec. 1994, p. I-2789.

<sup>339</sup> Arrêt du 14 novembre 1997, « Parfums Christian Dior BV contre Evora BV », affaire C 337/95, Rec. 1997, p. I-6013.

<sup>340</sup> La directive 89/104 du Conseil, du 21 décembre 1988, dans son article 8§2 liste une série d'infractions au droit de marque par un licencié. Selon cet article, le titulaire peut invoquer les droits conférés par une marque à l'encontre d'un licencié en ce qui concerne notamment la qualité des produits fabriqués ou des services fournis par le licencié.

Directive 89/104/CEE, article 8§2 : « *Le titulaire de la marque peut invoquer les droits conférés par cette marque à l'encontre d'un licencié qui enfreint l'une des clauses du contrat de licence, en ce qui concerne sa durée, la forme couverte par l'enregistrement sous laquelle la marque peut être utilisée, la nature des produits ou des services pour lesquels la licence*



(articles 34 et 36 du TFUE), à ce qu'un revendeur qui commercialise habituellement des articles de même nature, mais pas nécessairement de même qualité que les produits revêtus de la marque, emploie conformément aux modes qui sont usuels dans son secteur d'activité, la marque afin d'annoncer au public la commercialisation ultérieure de ces produits.

La Cour rappelle à bon escient la fonction essentielle de la marque qui est de garantir au consommateur ou à l'utilisateur final l'identité d'origine d'un produit ou d'un service par rapport à ceux ayant une autre provenance. Ainsi le consommateur peut attribuer la responsabilité de la qualité d'un produit à une entreprise.<sup>341</sup>

Or la Cour suivant en cela la position de l'avocat général Kokott, choisit de retenir une interprétation large des critères qualitatifs. En effet la qualité d'un produit de luxe doit être appréciée non seulement en fonction de ses caractéristiques matérielles, mais aussi de sa réputation et de son prestige. En conséquence, l'atteinte à l'image du produit, telle qu'elle est véhiculée par la marque, doit être considérée comme une affectation de la qualité du produit. C'est pourquoi la Cour juge implicitement dans la présente affaire que la vente de produits de luxe par des soldeurs nuirait à l'image de marque du fabricant et favoriserait la confusion des produits quelle que soit leur réputation, au sein d'un même marché. Elle affirme en effet que l'organisation d'un système de distribution sélective est de nature à contribuer à la réputation des produits et conclut qu' « *il ne saurait être exclu* » que la vente de produits de prestige par le licencié à des tiers n'appartenant pas au réseau de distribution sélective affecte la qualité des produits au sens de l'article 8§2 de la directive.

La Cour interprète la directive et par voie de conséquence l'article 36 du traité de manière identique dans la forme d'une solution de principe, mais dont la portée est immédiatement limitée. Après avoir souligné que des motifs légitimes, telle que l'atteinte à la renommée de la marque, justifient que le titulaire de la marque puisse s'opposer à la commercialisation ultérieure des produits revêtus de la marque,<sup>342</sup> elle ajoute qu'à priori les faits litigieux ne constituent pas à cet égard un risque sérieux, sauf à établir le contraire compte tenu des circonstances de l'espèce. Ainsi, la Cour de justice laisse au juge national la mission de

---

*est octroyée, le territoire sur lequel la marque peut être apposée ou la qualité des produits fabriqués ou des services fournis par le licencié ».*

<sup>341</sup> Arrêt du 14 novembre 1997, « Parfums Christian Dior BV contre Evora BV », affaire C 337/95, Rec. 1997, p. I-6013, point 23.

<sup>342</sup> Arrêt du 14 novembre 1997, « Parfums Christian Dior BV contre Evora BV », affaire C 337/95, Rec. 1997, p. I-6013., point 40 et 43.

vérifier in concreto si les faits reprochés au licencié « *portent atteinte à la sensation de luxe des produits de prestige, affectant ainsi leur qualité* ». <sup>343</sup>

Il s'agit là d'une diversion <sup>344</sup> de la Cour par rapport à la solution préconisée par l'avocat général Kokott dont l'interprétation est plus précise et plus directive. En effet, cette dernière intègre d'emblée un critère quantitatif signifiant que la distribution d'un produit ne serait susceptible de porter atteinte à la réputation d'une marque que si la réputation de l'ensemble des produits de la marque était susceptible d'être affectée. En l'occurrence, pareille conséquence résulterait d'une vente en masse à prix sacrifiés des produits Dior. <sup>345</sup> Quant à la Cour de justice, elle invite simplement le juge national à prendre en considération parmi plusieurs critères d'appréciation, « *le caractère systématique ou bien sporadique des ventes de ces produits* ». <sup>346</sup> Faut-il en conclure que la Cour partage également la conviction de l'avocat général que l'atteinte à la réputation d'une marque dépend du volume des ventes réalisées par les soldeurs ? Le juge national doit-il en conclure que la pratique des « marques d'appel » ne constitue pas une menace pour la réputation desdites marques ? Nous en doutons et estimons que la jurisprudence de la Cour reste sur ce point source de questionnements et d'aléas. <sup>347</sup> Certes, l'exemple présenté par la Cour fournit un éclairage utile. Cependant il laisse la porte ouverte à de nombreuses interrogations auxquelles la juridiction nationale devra apporter des réponses. En effet, si le voisinage de la marque dans un dépliant publicitaire risque d'affecter son image, <sup>348</sup> on peut également imaginer que le type ou la qualité des supports utilisés peuvent avoir un effet identique. Situer la frontière entre ce qui relève de l'article 28 du traité (article 34 du TFUE) et des dérogations de l'article 36 s'avère pour les juridictions nationales un exercice aléatoire en dépit des indications figurant dans l'arrêt d'interprétation.

---

<sup>343</sup> *Ibid*, point 31.

<sup>344</sup> La Cour se distingue également de son avocat général sur un autre point. Ce dernier fait en effet une remarque subtile non reprise par la Cour. Faisant référence à la lettre de la directive 89/104, il considère en effet que la qualité des produits à laquelle le titulaire de la marque peut se référer aux termes de l'article 8 de la directive ne concerne en principe que les produits fabriqués par opposition à ceux qui seraient seulement distribués par le licencié. Néanmoins, l'avocat général nuance cette conclusion en ajoutant que cette interprétation stricte de la directive ne vaudrait pas pour les produits de luxe ou de prestige pour lesquels les formes de distribution seraient en mesure de ternir son image et donc en altérer la qualité.

<sup>345</sup> Conclusions dans l'affaire C – 337/95, point 33.

<sup>346</sup> Arrêt du 14 novembre 1997, « Parfums Christian Dior BV contre Evora BV », affaire C 337/95, Rec. 1997, p. I-6013, point 32.

<sup>347</sup> Guillaume Beussel, « Arrêt « Dior couture » : les effets d'un contrat de licence sur l'épuisement du droit à la marque », *Journal de droit européen* 2009, Commentaire, p. 174.

<sup>348</sup> Arrêt du 14 novembre 1997, « Parfums Christian Dior BV contre Evora BV », affaire C 337/95, Rec. 1997, p. I-6013, point 47.

Nous avons constaté que l'analyse de la jurisprudence de la Cour de justice en matière de propriété industrielle en révèle la complexité et la nature particulière qui pourraient expliquer son caractère relativement précis malgré certaines imperfections. Il apparaît que les réglementations relatives à la protection du consommateur et à la protection de la santé publique sont également étroitement encadrées par le juge communautaire.

b- Seconde illustration : La jurisprudence relative à la protection du consommateur dans le domaine alimentaire et dans une moindre mesure à la protection de la santé publique dans le secteur du commerce des médicaments

Dans ces secteurs, l'autorité et le caractère directif du contrôle exercé par la Cour de justice s'illustrent lors de la soumission des réglementations nationales au test de nécessité ou de substituabilité. En effet, le juge évoque fréquemment la possibilité d'une solution alternative aux mesures nationales jugées disproportionnées.

Ainsi, et concernant la protection du consommateur, un étiquetage informant ce dernier sur la composition, les caractères du produit ou encore les risques associés à sa consommation constituerait selon la Cour une alternative fréquemment envisageable à l'interdiction d'importer jugée disproportionnée.

Citons parmi les nombreux exemples<sup>349</sup> l'affaire du vinaigre dans laquelle la Cour juge que l'apposition d'un étiquetage suffirait à informer le consommateur italien sur les matières premières utilisées pour la fabrication du vinaigre.<sup>350</sup> De même dans l'« affaire de la margarine »<sup>351</sup> où le juge estime que les prescriptions relatives à l'étiquetage peuvent suffire à éviter chez le consommateur la confusion entre le beurre et la margarine.<sup>352</sup>

Toutefois, les solutions alternatives ne sont pas toujours explicitement précisées par la CJUE, situation qui ne laisse pas pour autant de doute sur les mesures proportionnées qui auraient pu être adoptées.

---

<sup>349</sup> Voir les arrêts du 20 février 1979, « Rewe-Zentral AG contre Bundesmonopolverwaltung für Branntwein », affaire 120/78, Rec. 1979, p. 649, point 13; du 12 mars 1987, « loi de pureté de la bière », affaire 178/84, Rec. 1987, p. 1227, point 35; du 15 novembre 2007, « Ail en gélules », affaire C-319/05, Rec.2007, p. I-9811, point 95.

<sup>350</sup> Arrêt du 9 décembre 1981, « Commission des Communautés Européennes contre République Italienne », affaire 193/80, Rec.1981 p. 3019, point 27.

<sup>351</sup> Arrêt du 10 novembre 1982, « Walter Rau Lebensmittelwerke contre De Smedt PVBA », affaire 261/81, Rec. 1982, p. 3961.

<sup>352</sup> *Ibid*, points 17 et 20.

Dans une affaire opposant la Commission à la France,<sup>353</sup> la Cour juge disproportionnée la réglementation française réservant, pour des motifs de protection des consommateurs et de loyauté des transactions commerciales, la dénomination « Or » aux ouvrages dont la teneur du précieux métal atteint un taux minimal. Bien qu'elle ne précise pas explicitement les mesures moins restrictives qui auraient pu répondre aux mêmes objectifs,<sup>354</sup> l'observateur pense spontanément à l'étiquetage auquel se réfère la Commission dans son argumentation à charge.<sup>355</sup>

Pour des raisons liées à la protection de la santé publique, le régime d'autorisation des importations parallèles de médicaments fait également l'objet d'un encadrement relativement précis par la Cour de justice.

Ainsi dans l'affaire « Paranova »<sup>356</sup> la Cour a répondu par l'affirmative à la question de savoir si les articles 28 et 30 du traité CE (articles 34 et 36 du TFUE) s'opposent à une réglementation nationale selon laquelle le retrait (pour des raisons étrangères à la sécurité du médicament) à la demande de son titulaire, de l'autorisation de mise sur le marché accordée pour l'ancienne version d'un médicament implique, pour cette seule raison, le retrait de l'autorisation d'importation parallèle de ce même médicament. La Cour précise que l'objectif visant à contrôler la qualité, l'efficacité et l'innocuité de l'ancienne version du médicament peut être atteint par d'autres mesures moins restrictives pour l'importation des médicaments que la cessation de la validité de l'autorisation d'importation parallèle.<sup>357</sup> Une pharmacovigilance<sup>358</sup> peut être assurée grâce à une collaboration entre les autorités nationales garantissant l'accès aux documents fournis par le fabricant ou des sociétés de son groupe pour l'ancienne version commercialisée dans d'autres États membres.<sup>359</sup>

---

<sup>353</sup> Arrêt 8 juillet 2004, « Commission des Communautés européennes contre République française », affaire C-166/03, Rec. 2004, p. I-6535.

<sup>354</sup> *Ibid*, point 20.

<sup>355</sup> *Ibid*, point 6.

<sup>356</sup> Arrêt du 8 mai 2003, « Paranova Läkemedel AB et autres contre Läkemedelsverket », affaire C-15/01, Rec. 2003, p. I-4175.

<sup>357</sup> *Ibid*, point 17. Voir également l'arrêt du 10 septembre 2002, « Ferring Arzneimittel GmbH contre Eurim-Pharm Arzneimittel GmbH », affaire 172/00, Rec. 2002, p. I-6891, points 37 et 38.

<sup>358</sup> La pharmacovigilance est « un système utilisé pour la collecte d'informations utiles pour la surveillance des médicaments, notamment de leurs effets indésirables sur l'homme, ainsi que pour l'évaluation scientifique de ces informations ». (Article 29 bis de la deuxième directive 75/319 CEE du Conseil du 20 mai 1975 concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives aux spécialités pharmaceutiques).

<sup>359</sup> Arrêts précités C-15/01 (point 28) et 172/00 (point 38).

Dans l'affaire « Rhône Poulenc Rorer », <sup>360</sup> la Cour avait ajouté : « *il est possible de contraindre le détenteur de l'autorisation de mise sur le marché (AMM) dans l'Etat membre d'importation, qui appartient au groupe qui est en possession de l'AMM de l'ancienne version dans les autres Etats membres de fournir les renseignements nécessaires* ». <sup>361</sup> Elle ne fait que confirmer la position qu'elle avait développée dans l'arrêt « De Peijper », <sup>362</sup> lorsqu'elle affirmait que « *les autorités nationales disposent des moyens législatifs et administratifs susceptibles de contraindre le fabricant ou son représentant agréé, à fournir les indications permettant de constater que le médicament importé par voie parallèle est identique à celui pour lequel les autorités sanitaires sont déjà renseignées* ». <sup>363</sup>

Ces développements mènent à la conclusion que certains domaines sont strictement encadrés par la Cour. Il faut y ajouter un certain degré d'abstraction dans l'appréciation des situations ou lors de l'évaluation des problèmes invoqués par les Etats pour justifier les mesures nationales restrictives,

## 2- Une approche théorique et abstraite de situations conflictuelles entre le principe de libre circulation des marchandises et les mesures nationales restrictives

Comme nous l'avons signalé dans la première partie de notre exposé, les arrêts de la Cour sont teintés de prudence et de précaution face à des risques d'atteinte grave à certaines valeurs non économiques comme la santé publique ou la protection de l'environnement. Toutefois, la marge de manœuvre concédée aux États membres ne leur permet pas de garantir un niveau de protection maximum mais seulement raisonnable de l'environnement, de la santé, du consommateur, afin de garantir le bon fonctionnement du marché intérieur des marchandises. Cet équilibre « raisonnable » entre les enjeux en présence, nécessite un certain degré d'abstraction dans l'appréciation des situations.

Une telle approche abstraite ou théorique est suivie par la Cour notamment dans le domaine de la santé publique, qu'il s'agisse du droit des médicaments (2.1) ou de réglementations nationales relatives à la composition des produits alimentaires. (2.2)

---

<sup>360</sup> Arrêt du 16 décembre 1999, « The Queen, ex parte Rhône Poulenc Rorer et May & Baker contre The Licensing Authority established by the Medicines Act 1968 », affaire C-94/98, Rec. 1999, p. I-8789.

<sup>361</sup> *Ibid*, point 46.

<sup>362</sup> Arrêt du 20 mai 1976, « Adriaan de Peijper, directeur de la société Centrafarm BV », affaire 104/75, Rec. 1976, p. 613.

<sup>363</sup> *Ibid*, points 26 et 27.

## 2.1- L'approche théorique et abstraite du droit des médicaments par la Cour de justice

Les illustrations que nous avons sélectionnées concernent la classification et la délivrance des médicaments.

### 2.1.1- Une classification standardisée des produits

La question récurrente de la classification correcte de certains produits dans la catégorie des produits alimentaires, des cosmétiques ou des médicaments est illustrée par de nombreux arrêts concernant des réglementations nationales qui soumettent l'importation des médicaments à des procédures d'autorisation. Dans ses appréciations, la Cour choisit de se référer à la perception qu'en aurait un consommateur type. En effet, la diversité des niveaux d'éducation, des contextes socioculturels, conduit le juge à se référer à une personne abstraite et idéalisée afin de déterminer si le produit en question constitue un médicament par présentation conformément à la définition donnée par le droit dérivé.

C'est ce qui ressort de l'affaire « Van Bennekom »<sup>364</sup> à propos de préparations vitaminées ou polyvitaminées. La Cour est interrogée sur la définition du médicament par présentation tel qu'elle apparaît dans la directive 65/65. La Cour précise la manière dont il convient d'appliquer le critère de la présentation du produit. Celui-ci est présenté comme possédant des propriétés curatives ou préventives au sens de la directive précitée, non seulement lorsqu'il est présenté comme tel au moyen d'un quelconque affichage ou oralement, mais aussi chaque fois qu'il apparaît, de manière même implicite mais certaine aux yeux d'un « *consommateur moyennement avisé* », qu'il devrait produire pareil effet.<sup>365</sup>

La seconde illustration de notre propos se rapporte à la délivrance des médicaments.

### 2.1.2- Une conception idéalisée de la délivrance des médicaments

La conception idéalisée de la délivrance des médicaments, justifiée par une confiance sans faille dans les vertus de l'harmonisation et dont s'est parfois inspirée la Cour peut également surprendre.

---

<sup>364</sup> Arrêt du 30 novembre 1983, « Procédure pénale contre Leendert van Bennekom », affaire 227/82, Rec. 1983, p. 3883.

<sup>365</sup> *Ibid*, point 18.

Dans l'affaire « Schumacher II », <sup>366</sup> la Commission intente un recours en constatation de manquement contre la RFA, lié à l'interdiction d'importer à des fins de consommation personnelle, des médicaments qui ne sont délivrés que sur ordonnance en Allemagne mais qui ont été prescrits par un médecin et achetés en pharmacie dans un autre Etat membre. Lors de la soumission de la législation au test de la proportionnalité, la Commission et la RFA sont en désaccord sur la question de la nécessité de la mesure au regard de l'objectif de protection de la santé publique. La Cour réfute les arguments du gouvernement allemand en considérant que, dans la mesure où ils ont fait l'objet d'une autorisation de mise sur le marché conformément aux dispositions du droit communautaire dérivé, les produits en cause ne présentent aucun risque pour la santé dans des conditions normales d'utilisation. Après avoir souligné les vertus de l'harmonisation des conditions d'accès et d'exercice des professions de médecins et de pharmaciens dans la Communauté, <sup>367</sup> la Cour reconnaît à ces derniers des compétences élargies leur permettant de palier les insuffisances, tenant notamment à la rédaction de la notice d'utilisation en une langue étrangère à celle du malade. <sup>368</sup>

Cette vision idéalisée du médecin et du pharmacien comme des personnes omniscientes et polyglottes est-elle crédible ? La réponse se trouve probablement dans le souci des magistrats de garantir un équilibre qui soit acceptable, c'est-à-dire raisonnable entre d'une part, l'impératif de protection de la santé et d'autre part l'objectif de création d'un marché intérieur.

Cette appréciation semble confirmée par le fait qu'en d'autres circonstances, la Cour a souligné les risques résultant de l'achat de médicaments auprès d'une pharmacie établie dans un Etat membre autre que celui dans lequel réside l'acheteur, en raison des difficultés à comprendre les mentions étiquetées sur le produit, tout particulièrement pour les médicaments soumis à prescription médicale, vendus à distance. <sup>369</sup>

Plutôt que d'hésitante, nous préférons qualifier la jurisprudence de la Cour de pragmatique et de souple, démontrant la recherche d'un certain équilibre entre des enjeux contradictoires. Il

---

<sup>366</sup> Arrêt du 8 avril 1992, « Commission des Communautés européennes contre République fédérale d'Allemagne », affaire 62/90, Rec. 1992, p. I- 2575.

<sup>367</sup> *Ibid*, point 18.

<sup>368</sup> *Ibid*, point 20.

<sup>369</sup> Arrêt du 11 décembre 2003, « Deutscher Apothekerverband eV contre DocMorris NV et Jacques Waterval », affaire C-322/01, Rec. 2003, p. I-14887, point 119.

faut reconnaître que les lacunes de la législation communautaire ne facilitent pas la tâche de la CJUE.

L'autre domaine de notre observation porte sur l'appréciation des réglementations nationales relatives à la composition des aliments.

2.2- L'approche théorique et abstraite par la Cour de justice des réglementations nationales relatives à la composition des produits alimentaires.

Les juges de la Cour du Luxembourg choisissent parfois une vision globale du marché là où des spécialistes d'autres sciences ou techniques comme celles du marketing distingueraient précisément plusieurs marchés permettant aux fabricants ou aux vendeurs de mieux atteindre leurs cibles (les adolescents par rapport à aux adultes, les hommes par rapport aux femmes,...). La référence implicite au consommateur moyen dans l'affaire des « préparations carnées »,<sup>370</sup> lors de l'appréciation au regard de la santé publique, de la proportionnalité d'une réglementation allemande interdisant l'importation et la commercialisation de produits à base de viande, comportant certains ingrédients non carnés provenant d'autres Etats membres, correspond à une vision générale et abstraite du marché national.

Pour le gouvernement allemand, le choix alimentaire offert aux consommateurs ne garantit pas une saine alimentation. On pourrait en effet rejoindre ce dernier point de vue, en ajoutant que les carences et les déséquilibres alimentaires ne sont pas le seul fait des pays en développement. Nombreuses maladies constatées dans les pays développés, auraient leur origine dans les mauvaises habitudes alimentaires. Dans cette logique, la réglementation litigieuse serait selon l'administration nationale nécessaire pour protéger la santé de certains groupes de la population et notamment les jeunes. La réponse de la Cour est à l'inverse fondée sur une perception globale d'un marché caractérisé par une offre, garantissant à la population allemande en général, un approvisionnement largement suffisant en protéines.

---

<sup>370</sup> Arrêt du 2 février 1989, « Commission des Communautés européennes contre République fédérale d'Allemagne », affaire 274/87, Rec. 1989, p. 229.

Voir également la référence à la notion abstraite de consommateur moyen ou de « Common notion of consumer » in Damien Chalmers, Christos Hadjiemmanuil, , Georgio Monti, Adam Tomkins, European Union Law, Cambridge University Press., 2008, EC Consumer Law in Howelles (ed), European Business Law, (Dartmouth, 1996), p. 854.



Un autre exemple tiré de la jurisprudence de la Cour démontre que l'évaluation de la proportionnalité des mesures par rapport aux objectifs poursuivis par les Etats membres est parfois fondée sur une appréciation purement théorique d'une situation pouvant sembler déconnectée de la réalité.

Ainsi dans l'affaire « Michel Debus », <sup>371</sup> la Cour est saisie à titre préjudiciel par la juridiction pénale italienne qui doit apprécier les poursuites intentées contre l'importateur en Italie d'une bière produite en France contenant un taux d'anhydride sulfureux supérieur à la limite autorisée par l'État d'importation, alors qu'une telle quantité est permise dans l'État de production. En l'occurrence, la bière produite en France en contient 36,8 mg par litre tandis que le taux maximal autorisé en Italie n'est que de 20 mg par litre. La Cour considère que le gouvernement italien n'a pas démontré la nécessité d'une telle interdiction pour la protection de la santé. <sup>372</sup> Pour étayer son point de vue, elle s'appuie sur un étonnant raisonnement de la Commission, fondé sur le calcul d'une consommation moyenne par habitant et que nous schématisons ainsi : Sachant que les connaissances scientifiques internationales permettent de conclure qu'un consommateur de 60 kg ne doit pas ingérer plus de 21 mg d'anhydride sulfureux par jour, la consommation moyenne en Italie serait de 5,5 mg par jour. <sup>373</sup> Comme une certaine doctrine a pu le faire remarquer, « *en généralisant ce raisonnement, on pourrait dire qu'en divisant la quantité d'héroïne introduite en France, chaque année par une population de 55 millions d'habitants, la dose ingérée par personne en moyenne est très faible et ne justifie pas une interdiction d'importation* ».

Heureusement, le véritable motif ayant conduit la Cour à constater le caractère disproportionné de l'interdiction générale à l'égard des bières d'importation est probablement ailleurs, la Cour ayant constaté une discrimination cachée dans la mesure où l'Italie admet une utilisation de la substance dans des proportions bien supérieures pour des productions typiquement nationales comme le vin. On peut regretter que la Cour ne s'en soit pas contentée.

Cette tendance à l'abstraction peut également s'expliquer par l'occultation de la part du juge de certaines réalités. Nous pensons particulièrement aux difficultés pratiques auxquelles

---

<sup>371</sup> Arrêt du 4 juin 1992, « Procédure pénale contre Michel Debus », affaires jointes C-13/91 et C- 113/91 Rec. p. I-3617.

<sup>372</sup> *Ibid*, point 24.

<sup>373</sup> *Ibid*, point 22.

peuvent se heurter les États membres, lors de l'application des seules mesures jugées par la Cour conformes au droit du marché intérieur, notamment dans le domaine environnemental.

L'affaire des « bouteilles consignées »<sup>374</sup> illustre nos propos. Est en cause la réglementation danoise imposant un système de reprises des emballages vides de bières et autres boissons, assorti d'un régime d'agrément. En l'occurrence, l'invocation de l'exigence impérative de protection de l'environnement ne pose pas de difficulté, le juge rappelant simplement l'affaire des « huiles usagées »<sup>375</sup> dans laquelle elle avait souligné que « *l'environnement constitue l'un des objectifs essentiels de la Communauté* » pouvant justifier certaines limitations au principe de libre circulation des marchandises. En revanche, le régime d'agrément des emballages consignés est au cœur du débat sur la proportionnalité de la mesure où la réglementation danoise limite la quantité de bière et de boissons rafraichissantes susceptible d'être commercialisée dans des emballages non agréés. La Cour y conteste l'argumentation du Danemark qui souligne les difficultés pratiques rencontrées par les professionnels, dans l'hypothèse où ceux-ci devraient effectivement accepter la reprise d'un nombre trop important de types d'emballages, en raison des conséquences induites telles que l'augmentation des frais de manutention et des exigences accrues d'espace pour le stockage.<sup>376</sup> Le risque allégué par le Danemark de voir le système de consigne compromis dans son fonctionnement, n'a pas convaincu la Cour. Et pourtant, les réserves émises par l'État membre semblaient à la fois réalistes et raisonnables.

C'est pourquoi, la déclaration par la Cour d'un manquement a pu susciter un certain nombre de critiques de la part de la doctrine.<sup>377</sup> Il serait en effet regrettable que le critère de proportionnalité conduise à la condamnation des mesures visant un degré élevé de protection de l'environnement.

Cette vision globale et abstraite des situations soumises à l'appréciation de la Cour illustre la volonté de rechercher un équilibre entre les enjeux conflictuels, dans un contexte législatif encore lacunaire. On peut y déceler de la part de la juridiction communautaire, une forme

---

<sup>374</sup> Arrêt du 20 septembre 1988, « Commission des Communautés européennes contre Royaume du Danemark », affaire 302/86, Rec. 1988, p. 4607.

<sup>375</sup> Arrêt du 7 février 1985, « Association de défense des bruleurs d'huiles usagées », affaire 240/83, Rec. 1985, p.531.

<sup>376</sup> *Ibid*, points 15 et 21.

<sup>377</sup> Hermitte Marie-Angèle, « Droit du marché, territoire et protection », « La Communauté européenne et l'environnement » – Colloque d'Angers, 1997, La documentation française, p. 366 ; Voir également N. de Sadeleer, « le droit communautaire et les déchets », LGDJ, Bruylant, 1995, p. 114.

d'invitation du législateur à agir. Dans cette attente, il faut admettre que l'approche téléologique suivie par la Cour exige parfois chez leurs auteurs une forte dose d'inspiration. Il convient alors de s'interroger sur la cohérence de la démarche suivie par le juge communautaire pour concilier le marché intérieur et les nouvelles politiques de l'Union européenne.

## **Conclusion du paragraphe A**

L'objet et la nature particulière de certaines réglementations sources d'obstacles aux échanges expliquent le caractère directif des décisions de la Cour de justice. La recherche d'un compromis nécessaire entre les impératifs de libre circulation et la protection de valeurs non économiques contraint également la Cour à une certaine abstraction dans ses analyses.

Toutefois les solutions de principe dégagées par le juge peuvent être contrariées en raison, d'une part, de la diversité des situations excluant toute solution type et, d'autre part, des incertitudes d'ordre scientifique.

La Cour doit alors apprécier la réglementation, la pratique litigieuse ou le droit dérivé au cas par cas, en fonction du contexte dans lequel ils s'inscrivent, dans le souci de rechercher un équilibre souvent difficile entre la protection de valeurs non économiques, d'une part, et la libre circulation des marchandises, d'autre part. Une plus grande marge d'appréciation est ainsi potentiellement concédée aux Etats membres qui devront toutefois convaincre que telle règle ou pratique nationale répond bien aux objectifs visés par l'article 36 du TFUE ou bien qu'elle correspond à une exigence impérative et que les moyens utilisés pour y parvenir sont proportionnés.

Concernant le secteur environnemental, l'absence de contrôle de proportionnalité de la mesure nationale vient parfois conforter l'impression de réserve et de prudence de la part de la CJCE. Ainsi, l'affaire des « déchets wallons »<sup>378</sup> représente un exemple dans lequel la Cour adhère spontanément et apparemment sans nuance à la thèse de la Belgique en

---

<sup>378</sup> Arrêt du 9 juillet 1992, « Commission des Communautés européennes contre Royaume de Belgique », affaire 2/90, Rec. 1992, p. I-4431.

soulignant les risques pour l'environnement et à plus long terme pour la santé, d'une accumulation en Wallonie de déchets venant de pays limitrophes.<sup>379</sup>

La Cour manifeste également une certaine prudence en reconnaissant parfois aux juridictions nationales une meilleure aptitude à décider et par conséquent une plus grande marge d'appréciation. On peut alors évoquer l'existence d'une forme de subsidiarité juridictionnelle.

B- Le respect d'une forme de subsidiarité juridictionnelle : une question de principe ou bien de logique

La Cour reconnaît à des degrés divers aux juges nationaux le rôle qui, en principe, leur revient de droit dans le cadre du renvoi préjudiciel en interprétation afin de juger de la proportionnalité des mesures litigieuses.(1) Toutefois, l'intervention du juge national peut également découler de l'application de la jurisprudence « Keck et Mithouard » dans le sens où il lui revient de déterminer dans un premier temps si les réglementations nationales en cause présentent un caractère discriminatoire.(2)

Lorsque tel n'est pas le cas, la Cour du Luxembourg apprécie les situations conflictuelles en incluant dans son raisonnement une dose d'abstraction, sans doute contestable dans le principe mais probablement nécessaire pour parvenir à un équilibre entre les enjeux en conflit (2).

1- L'application d'une forme de subsidiarité juridictionnelle au profit du juge national : une question de principe liée au respect de la lettre du traité, ou de l'objet et la nature de la réglementation litigieuse.

Un partage des compétences entre les juridictions nationales et communautaire, alors même qu'il découle du traité, est-il toujours souhaitable ? Nous allons tenter de répondre à cette question (a) tout en constatant que la nature des questions traitées n'est pas étrangère à l'orientation jurisprudentielle (b).

a- L'opportunité de l'application du principe de subsidiarité juridictionnelle<sup>380</sup>

---

<sup>379</sup> *Ibid*, points 29 à 33.

Pour traiter de cette question il convient en premier lieu de constater que dans son rôle d'interprète du droit communautaire, la CJUE doit respecter la compétence de principe qui revient au juge national. A cet égard, la Cour rappelle fréquemment dans ses arrêts, à titre liminaire et afin de recadrer la question préjudicielle, que lorsqu'elle statue dans le cadre de l'article 267 TFUE (article 234 TCE), elle n'a nullement compétence pour apprécier la compatibilité d'une règle nationale avec le droit communautaire mais doit se limiter à fournir à la juridiction nationale les éléments utiles à l'interprétation de ce dernier.<sup>381</sup>

La procédure du recours préjudiciel ne se justifie d'ailleurs qu'à partir du constat dans le traité, de la répartition des missions respectivement attribuées au juge national et au juge communautaire. A défaut, pourquoi le requérant particulier ne se verrait-il pas autoriser à saisir directement le juge communautaire en cas de litige avec son administration nationale sur un point de droit communautaire ? Cette responsabilité *rationae materiae* « limitée » de la Cour est confirmée par le fait que la saisine de la Cour l'oblige à statuer,<sup>382</sup> afin de permettre à la juridiction nationale de juger l'affaire conformément à sa mission.

Le constat du rôle dévolu à la Cour n'est-il pas encore conforté par le fait qu'elle n'est pas habilitée à vérifier, sauf circonstances exceptionnelles, la compétence des juridictions nationales au regard des règles de procédure nationales ?<sup>383</sup>

Ce principe fondamental étant rappelé, il reste à délimiter les frontières de l'intervention de la CJUE et à s'interroger sur l'opportunité du partage de responsabilités entre les deux juridictions, alors même que dans la majorité des cas,<sup>384</sup> la Cour ne laisserait aucune discrétion au juge national. Monsieur R. Dehousse relève à cet égard, que la marge d'appréciation concédée au juge national est beaucoup moins grande dans les arrêts

---

<sup>380</sup> Parmi les premières applications du principe de subsidiarité juridictionnelle figurent l'arrêt du 9 juillet 1997, « De Agostini et TV shop », affaires jointes C-34/95, C-35/95 et C-36/95, Rec. 1997, p.I-3443, points 45 et 54.

<sup>381</sup> Voir les arrêts du 6 juin 1984, « Procédure pénale contre CMC Melkunie BV », affaire 97/83, Rec. 1984, p. 2367, point 7 ; du 13 mars 1986, « Ministère public contre Xavier Mirepoix », affaire 54/85 Rec. 1986, p. 1067, point 6 ; du 18 juin 1991, « Piageme et autres contre BVBA Peeters », affaire C 369/89, Rec. 1991, p. I-2971, point 7 ; du 21 novembre 1990, « Caisse d'assurances sociales pour travailleurs indépendants "Integrity" contre Nadine Rouvroy », affaire C-373/89, Rec. 1990, p. I-4243, point 9.

<sup>382</sup> Arrêts du 8 novembre 1990, « Gmurzynska-Bscher contre Oberfinanzdirektion Köln », affaire C-231/89, Rec. 1990, p.I-4003, point 20 ; 18 juin 1991, « Piageme et autres contre BVBA Peeters », affaire 369/89, Rec. 1991, p. I-2971, point 10.

<sup>383</sup> Arrêt du 4 juin 1992, « Procédure pénale contre Michel Debus », affaires jointes C-13/91 et C- 113/91 Rec. 1992, p. I-3617, point 8.

<sup>384</sup> R. Dehousse rapporte le chiffre de 60% des décisions (Renaud Dehousse, « La Cour de Justice des communautés européennes » - Montchrestien - Clefs politique).

d'interprétation que dans les arrêts où la conformité des mesures nationales avec le droit communautaire est mise en cause.<sup>385</sup>

Pour autant, la question du partage des rôles reste sensible au sein même de la juridiction communautaire. Ainsi, l'exposé de l'Avocat général Maduro dans ses conclusions relatives à l'arrêt « Alfa Vita »<sup>386</sup> témoigne d'une crainte que « *pareille charge puisse apparaître bien lourde à supporter pour une juridiction ayant demandé l'assistance de la Cour pour résoudre l'affaire* ». Ce risque est également relevé par la doctrine, lorsqu'elle souligne que l'appréciation du principe de proportionnalité par les juges de Luxembourg facilite la tâche des juges nationaux.<sup>387</sup>

Pareille analyse est également formulée par la doctrine lorsqu'elle met en doute l'intérêt d'un tel partage des responsabilités, sauf lorsque la CJCE/CJUE fournit au juge national des directives précises lui permettant de qualifier les mesures litigieuses et le cas échéant de mettre en œuvre des régimes d'exceptions.<sup>388</sup>

Ainsi dans ses commentaires relatifs à l'affaire « Morellato », Anne Rigaux regrette, à travers des mots particulièrement durs,<sup>389</sup> la tendance de la Cour à « *la généralisation de la subsidiarité juridictionnelle* ». Ce point de vue peut également s'expliquer par le souci d'une application uniforme du droit communautaire dans l'espace de l'Union qui conditionne son existence même et sa survie.<sup>390</sup> Or les conceptions nationales des motifs de justification tirés de l'article 36 du traité ou de la règle de raison peuvent varier d'un Etat membre à l'autre. C'est particulièrement vrai de la notion d'ordre public que les juridictions françaises interprètent plus largement que d'autres juridictions nationales, sans parler des contradictions entre les juridictions d'un même Etat membre.<sup>391</sup>

---

<sup>385</sup> *Ibid.*

<sup>386</sup> Arrêts du 14 septembre 2006, « Alfa Vita Vassilopoulos et Carrefour-Mrinopoulos affaires » C-158/04 et C-159/04, Rec. 2006, p. I-8135 ; du 3 juin 1999, « Colim NV contre Biggs's Continent Noord NV, affaire C-33/97, Rec. 1999, p. I-3175, point 41.

<sup>387</sup> Malcom Jarvis, « The Application of EC Law by National Courts – The Free Movement of Goods », Clarendon Press – Oxford 1998, p.223 et 229.

<sup>388</sup> A. Rigaux, « Symphonie déconcertante ou Keckofonie ? A propos des dissonances de l'arrêt Moratello, aff. C-416/00, Europe 2003, chron.13.

<sup>389</sup> L'auteur évoque une « *systématique de la défaisse* » qui tendrait à devenir la règle. En revanche, Robert Kovar estime qu'une telle position équivaut à la négation du rôle du juge national comme juge communautaire de droit commun. « Dassonville, Keck et les autres : de la mesure avant toute chose », RTD Eur. 42 (2). Avril –juin 2006, p. 243.

<sup>390</sup> Malcom Jarvis, « The Application of EC Law by National Courts – The Free Movement of Goods », Clarendon Press – Oxford 1998, p.229.

<sup>391</sup> *Ibid.*, p.233.

En soutien de cette thèse, la doctrine a également souligné la difficulté pour les juridictions nationales à parfois définir l'objectif des réglementations nationales dès lors qu'elles sont le résultat de compromis dans des domaines politiquement et socialement sensibles.<sup>392</sup>

Ainsi, les nombreuses applications de la jurisprudence « Keck et Mithouard » dans les arrêts d'interprétation des réglementations nationales relatives aux jours et heures d'ouverture des magasins ont parfois conduit à l'effet inverse de l'objectif escompté. En effet, à la question de savoir si les effets restrictifs du commerce imposant l'ouverture des magasins le dimanche excédait les « *effets propres d'une réglementation du commerce* », les juges nationaux ont répondu de manières divergentes.<sup>393</sup> Face à un tel constat, la Cour a choisi dans sa jurisprudence ultérieure d'apprécier elle-même si l'exigence de proportionnalité était respectée.<sup>394</sup>

De tels risques peuvent être sensiblement réduits par des interprétations plus précises de la Cour de justice.<sup>395</sup> Toutefois, cet avantage doit être mis en balance avec un argument soulevé par une autre partie de la doctrine qui souligne une moindre aptitude de la Cour de justice à évaluer les législations nationales sous l'angle de la proportionnalité. Pour Malcolm Jarvis, la CJUE ne peut faire preuve de la même subtilité que les tribunaux nationaux dans l'appréciation des faits dans les affaires. De façon générale, ces derniers seraient également mieux placés pour apprécier les faits d'une manière dynamique, c'est à dire au cas par cas, tandis que l'approche de la CJUE induirait une forme de standardisation.<sup>396</sup>

Ajoutons également que la CJCE/CJUE ne laisse pas le juge national totalement démuné lorsque les éléments dont elle dispose ne lui ont pas permis de se prononcer avec certitude sur les questions soumises à son interprétation. Elle peut le cas échéant, fournir au juge national des références et des axes de vérification lui permettant de qualifier la mesure<sup>397</sup> ou

---

<sup>392</sup> *Ibid*, p.228.

Voir également Catherine Barnard, « Restricting restrictions : Lessons for the EU from the US » Cambridge Law Journal, November 2009, p.576 : « *Courts are...placed in the difficult position of having to make decisions about the legitimacy and proportionality of national policy choices when they lack the institutional capacity to gather and process the relevant economic/social/cultural information* ».

<sup>393</sup> Arrêt du 23 novembre 1989, « Torfaen Borough Council contre B & Q plc », affaire C-145/88, Rec. 1989, p. 3851, points 15 et 16.

<sup>394</sup> Arrêts du 28 février 1991, « Union départementale des syndicats CGT de l'Aisne contre SIDEF Conforama », affaire C-312/89, Rec. 1991, p. I-997; du 28 février 1991, « Procédure pénale contre André Marchandise », affaire C-332/89, Rec. 1991, p. I-1027.

<sup>395</sup> Malcom Jarvis, « The Application of EC Law by National Courts – The Free Movement of Goods », ouvrage précité, p.444 et 445.

<sup>396</sup> *Ibid*, p.192,193 et 240.

<sup>397</sup> Arrêt du 23 février 2006, « Punk Schumckhandels », affaire C-441/04, Rec. 2006, P. 209, points 20 à 24.

d'apprécier la mise en œuvre du régime des exceptions,<sup>398</sup> ou encore d'interpréter le droit dérivé.<sup>399</sup>

L'arrêt préjudiciel « Solgar Vitamin »<sup>400</sup> en est une illustration. Le droit dérivé auquel le juge communautaire se réfère peut également aider le juge national à se prononcer sur la proportionnalité d'une mesure nationale consistant à fixer pour l'ensemble de la population une quantité maximale d'un composant alimentaire dont la dose vise en fait à protéger un groupe particulièrement fragile de la population.<sup>401</sup>

De même, dans l'affaire de « la vente ambulante »<sup>402</sup> relative à l'appréciation d'une loi belge subordonnant l'exercice de ce mode de commercialisation à une autorisation administrative, la Cour de justice choisit de ne pas répondre définitivement à la question de l'application de la jurisprudence « Keck et Mithouard » au cas d'espèce. S'estimant dans l'impossibilité d'établir avec certitude si le régime national en cause affecte plus sérieusement les produits originaires des autres États membres que les produits nationaux, elle invite le juge national à le vérifier, non seulement eu égard aux circonstances de l'espèce mais aussi à la lumière d'une première estimation de la Cour de Justice<sup>403</sup>. Les termes employés par la Cour semblent ainsi démontrer une volonté de principe de respecter le rôle dévolu au juge national. Elle souligne en effet à l'appui de son raisonnement que la juridiction de renvoi devra « *assumer la responsabilité de la décision juridictionnelle à intervenir* ». <sup>404</sup> Toutefois, le cadre de référence proposé par le juge communautaire est clairement orienté et ne laisse que peu de doute sur sa conviction comme l'indique la formulation suivante : « *il semble ressortir des éléments du dossier transmis à la Cour que si ce régime devait avoir un effet discriminatoire, celui-ci serait trop insignifiant et aléatoire pour pouvoir être considéré comme étant de nature à*

---

<sup>398</sup> *Ibid*, points 27 à 29.

<sup>399</sup> Arrêt du 5 mai 2011, « MSD Sharp & Dohe GmbH contre Merckle GmbH », affaire C-316/09, Rec. p. I-3249. . Voir également l'arrêt du 12 octobre 1995, « Piageme contre Peeters », affaire C-85/94, Rec. 1995, p. I-2955, points 29 et 30. Après avoir reconnu au juge national le soin d'apprécier, dans chaque cas d'espèce, si des mentions obligatoires fournies dans une autre langue autre que la langue principalement utilisée dans l'Etat membre ou la région concernée sont susceptibles d'être facilement comprises par les consommateurs de cet Etat ou de cette région, la CJCE liste, à l'attention du juge national, plusieurs indices d'appréciation tels que l'éventuelle similarité des mots dans différentes langues, la connaissance générale de plus d'une langue par la population concernée, ou l'existence de circonstances particulières telles qu'une vaste campagne d'information ou une large diffusion du produit.

<sup>400</sup> Arrêt du 29 avril 2010, « Solgar Vitamin's France contre Ministre de l'Economie, des Finance et de l'emploi, Ministre de la Santé », affaire C-446/08, Rec. 2010, p. I-3973.

<sup>401</sup> La Cour de justice se réfère à la directive 2003/40 du 16 mai 2003 fixant la liste, les limites de concentration et les mentions d'étiquetage pour les constituants des eaux minérales naturelles, ainsi que les conditions d'utilisation de l'air enrichi en ozone pour le traitement des eaux minérales naturelles et des eaux de source, afin de protéger les nourrissons.

<sup>402</sup> Arrêt 26 mai 2005, « Commission des Communautés européennes contre France », affaire C-212/03, Rec. 2003, p. I-4213.

<sup>403</sup> *Ibid*, point 32.

<sup>404</sup> *Ibid*, point 32.



*entraver ou à gêner d'une autre manière le commerce entre États membres* ». Cette idée est renforcée à la lecture des propos de l'avocat général Léger, lorsqu'il fait part d'une conviction qu'il admet toutefois devoir être confortée. La marge de manœuvre qu'il estime nécessaire de laisser au juge national transparaît également à travers les expressions : « *On peut penser que le fait de subordonner l'exercice de l'activité ambulante litigieuse à l'obtention d'une autorisation administrative préalable est de nature à gêner sans doute davantage l'accès au marché des périodiques originaires d'autres États membres que celui des périodiques nationaux* »<sup>405</sup>. En revanche, l'avocat général est beaucoup plus directif concernant l'appréciation des conditions d'application de la théorie des exigences impératives,<sup>406</sup> la Cour de justice laissant quant à elle une totale liberté d'appréciation au juge national.<sup>407</sup>

L'arrêt préjudiciel « Sharp contre Merck »<sup>408</sup> correspond à un autre exemple de coopération entre les deux juridictions. L'affaire trouve son origine dans un litige entre deux entreprises pharmaceutiques concurrentes à propos de la violation alléguée de la réglementation interdisant la publicité auprès du public pour des médicaments soumis à prescription médicale. L'issue de l'affaire dépend en l'occurrence de la définition de la notion de publicité telle qu'elle figure dans la directive 2001/83.<sup>409</sup> Après avoir indiqué que la finalité du message constitue le trait caractéristique essentiel de la publicité, elle invite le juge national à apprécier la réglementation litigieuse (la reproduction sur Internet de l'emballage du médicament, de l'indication thérapeutique et de la notice d'utilisation). Dans cet exercice, ce dernier doit cependant respecter le cadre tracé par la Cour qui peut être particulièrement précis. En l'occurrence, elle souligne que le contexte d'une diffusion des informations par le fabricant lui-même ne saurait, comme tel, signifier la recherche d'une finalité publicitaire. La Cour ajoute que la publication des informations peut ainsi s'inscrire dans le cadre d'une politique de communication visant à informer objectivement les patients dans un but de prévention, permettant notamment d'éviter l'automédication notamment lorsque le patient a perdu la notice.<sup>410</sup> Le raisonnement de la Cour intègre également des éléments concrets et précis d'ordre technique relatifs aux modalités d'accès au site.<sup>411</sup> Au final, le juge national

---

<sup>405</sup> *Ibid*, point 88.

<sup>406</sup> Conclusions dans l'affaire C-212/03, points 67 à 82.

<sup>407</sup> affaire C-212/03, précitée, point 32.

<sup>408</sup> Arrêt du 5 mai 2011, « MSD Sharp & Dohme GmH contre Merckl GmH », affaire C-316/09, Rec. p. I-3249.

<sup>409</sup> Directive 2001/83/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 novembre 2001, instituant un code communautaire relatif aux médicaments à usage humain (JO L311, p. 67), telle que modifiée par la directive 2004/27/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004 (JO L 136, p. 34).

<sup>410</sup> Arrêt du 5 mai 2011, « MSD Sharp & Dohme GmH contre Merckl GmH », affaire C-316/09, points 34 à 46.

<sup>411</sup> *Ibid*, point 47.

dispose d'un cadre de référence extrêmement détaillé pour apprécier les responsabilités dans l'affaire au principal.

Il reste cependant à déterminer si la nature des litiges est décisive comme semble l'indiquer l'avocat général Maduro au point 32 de ses conclusions dans les affaires « Bake off », <sup>412</sup> lorsqu'il constate dans les arrêts d'interprétation des articles 28 et suivants du traité CE (articles 34 et suivants du TFUE), une « *propension de la Cour à renvoyer au juge national la charge de déterminer la nature et la portée de la réglementation en cause* ». Il nous semble pourtant que cette tendance n'est pas systématique mais qu'elle dépend de la nature des litiges.

b- Le respect d'un principe de subsidiarité juridictionnelle : une question d'opportunité en fonction de la nature des litiges

Ce constat repose sur une analyse comparative de la jurisprudence relative plusieurs secteurs dont la nature peut expliquer de la part de la Cour une approche plus ou moins directive ou interventionniste. Pour illustrer cette affirmation nous comparons successivement la jurisprudence de la Cour dans les domaines sanitaire, environnemental et ceux relatifs à des questions de société. Il semble que dans les domaines aussi sensibles que ceux de la santé publique ou de la protection de l'environnement, le juge se montre peu enclin à endosser la responsabilité de décisions aux conséquences potentiellement lourdes. Concernant le dernier domaine, la diversité de la jurisprudence de la Cour traduit davantage une forme d'embarras du juge communautaire à décider à la place de ses homologues nationaux.

b-1- La subsidiarité juridictionnelle ou l'expression d'une délégation des responsabilités dans les domaines sensibles de la santé publique et de la protection de l'environnement.

b.1.1- Le domaine de la santé semble correspondre à un secteur où la subsidiarité juridictionnelle traduit la prudence de la Cour dans un domaine dont elle reconnaît aisément le caractère prioritaire et reste consciente des conséquences potentielles de ses décisions. Les enjeux de santé publique et de protection de la vie des personnes peuvent expliquer cette tendance de la Cour à respecter le partage des rôles.

---

<sup>412</sup> Arrêt du 14 septembre 2006, « Alfa Vita Vassilopoulos et Carrefour-Mrinopoulos » affaires C-158/04 et C-159/04, Rec. p. I-8135.

Précisément, l'exemple de l'affaire « Monteil et Samanni »<sup>413</sup> illustre cette responsabilité du juge national lorsqu'il est interrogé sur le classement par l'administration nationale de produits dans la catégorie des cosmétiques, des compléments alimentaires ou des médicaments.

La prudence de la Cour s'exprime naturellement avec plus ou moins de force selon la qualification des réglementations soumises à son appréciation et en fonction du rôle attribué au juge national.

Ainsi, lorsque la Cour de justice dit pour droit ou constate qu'une réglementation nationale est à priori une MEERQ, elle peut encore réserver sa décision en permettant à la juridiction nationale de constater « in concreto » que les risques pour la santé sont réels et justifient une exemption, ou encore que la mesure nationale est proportionnée à l'objectif de protection de la santé publique. Deux hypothèses peuvent alors se présenter :

La première peut se vérifier lors de décisions relatives à des réglementations nationales interdisant l'importation parallèle d'un médicament après le retrait de l'autorisation de mise sur le marché de référence, dans le pays d'importation.

Ainsi, dans les affaires « Ferring Arzneimittel »<sup>414</sup> et « Paranova »<sup>415</sup>, la Cour juge contraire aux articles 28 et suivants (articles 34 et suivants TFUE), une telle réglementation nationale. Mais il s'agit là d'une réponse de principe, le juge communautaire ajoutant en effet que ces mêmes articles ne s'opposent pas à des restrictions à des importations parallèles, s'il existe effectivement dans des cas concrets un risque pour la santé des personnes, notamment en raison du maintien dudit médicament sur le marché de l'Etat membre d'importation.

Dans l'arrêt « Ferring Arzneimittel »,<sup>416</sup> la réponse de la Cour est plus explicite puisqu'elle précise que l'appréciation de l'existence et de la réalité d'un risque relève en premier lieu de

---

<sup>413</sup> Arrêt du 21 mars 1991, « Procédure pénale contre Jean Monteil et Daniel Samanni », affaire C-60/89, Rec. 1991, I-1547.

<sup>414</sup> Arrêt du 10 septembre 2002, « Ferring Arzneimittel GmbH contre Eurim-Pharm Arzneimittel GmbH », affaire 172/00, Rec. 2002, p. I-6891, points 33 à 40.

<sup>415</sup> Arrêt du 8 mai 2003, « Paranova Läkemedel AB et autres contre Läkemedelsverket », affaire C 15/01, Rec. 2003, p. I-4175, points 22 à 28.

<sup>416</sup> Arrêt du 10 septembre 2002, « Ferring Arzneimittel GmbH contre Eurim-Pharm Arzneimittel GmbH », affaire 172/00, Rec. 2002, p. I-6891.

la compétence des autorités nationales. Il n'appartient donc pas à la Cour de se prononcer sur cette question.<sup>417</sup>

La réticence de la Cour à imposer son interprétation face à des situations où le juge national lui semble mieux à même d'apprécier le caractère proportionné, apparaît clairement dans l'arrêt « Leppik »,<sup>418</sup> concernant la conformité avec l'article 28 du CE (article 34 TFUE) d'une réglementation nationale soumettant l'importation d'esprit de vin à une autorisation préalable. Le juge communautaire souligne la particularité des contextes sociaux finlandais dont l'analyse revient plus logiquement au juge national, mieux placé pour le comprendre et en apprécier les conséquences au regard des contraintes du marché intérieur. C'est pourquoi, le premier renvoie au second le soin d'apprécier in concreto si les mesures adoptées par la République de Finlande sont nécessaires et proportionnées. Cependant, cette mission du juge national est encadrée avec un degré remarquable de précisions fournies par son homologue de la Cour de Luxembourg. Celle-ci précise en effet que la juridiction de renvoi devra « *vérifier la crédibilité des allégations du gouvernement finlandais concernant les risques de consommation d'esprit de vin et l'efficacité du système d'autorisation préalable. Il lui reviendra également de vérifier les résultats des mesures restrictives, et notamment si elles ont permis d'enrayer, ne fût-ce que partiellement, les phénomènes de trouble de l'ordre public et d'atteinte à la santé. Enfin elle devra examiner si l'objectif poursuivi ne pourrait pas être atteint par la voie de déclarations souscrites par les importateurs...* ». <sup>419</sup>

Cette forme de subsidiarité juridictionnelle est également illustrée par l'affaire « Solgar Vitamin »<sup>420</sup> où le juge communautaire rappelle l'exigence de nécessité et de proportionnalité des mesures nationales au regard de l'objectif de protection d'un groupe fragile de consommateurs. La responsabilité ultime de la décision est donc laissée à l'appréciation de la juridiction de renvoi, qui est invitée à se prononcer sur l'existence et l'efficacité de mesures moins restrictives, telles que le recours à un étiquetage informant le groupe de population visée de la composition des aliments enrichis.<sup>421</sup> La Cour de justice estime le juge national mieux placé pour apprécier les conditions dans lesquelles les quantités maximales des

---

<sup>417</sup> *Ibid*, points 43 à 45.

Voir également l'arrêt du 8 mai 2003, « Paranova Läkemedel AB et autres contre Läkemedelsverket », affaire C-15/01, Rec. 2003, p. I-4175, points 31 à 33.

<sup>418</sup> Arrêt du 28 septembre 2006, « Jan-Erik Anders Ahokainen, Mati Leppik », affaire C-434/04, Rec. 2006, p. I-9171.

<sup>419</sup> *Ibid*, points 38 et 39.

<sup>420</sup> Arrêt du 29 avril 2010, « Solgar Vitamin's France contre Ministre de l'Economie, des Finance et de l'emploi, Ministre de la Santé », affaire C-446/08, Rec. 2010, p. I-3973.

<sup>421</sup> *Ibid*, point 61.

substances en cause doivent être fixées conformément à la directive, mais aussi d'apprécier si la fixation d'une quantité maximale de ces substances à un niveau sensiblement inférieur aux limites supérieures de sécurité, est conforme au principe de proportionnalité.<sup>422</sup>

Les arrêts d'interprétation du droit dérivé dans ce même secteur médical révèlent également le souci particulier de la Cour de réserver aux juridictions nationales le rôle et la responsabilité qui leur revient.

Dans l'affaire « MSD Sharp & Dohe GmbH contre Merckle GmbH », <sup>423</sup> la Cour précise le sens de la notion de publicité telle qu'elle figure dans une directive européenne fixant un code communautaire des médicaments. Après avoir précisé qu'au delà de la nature de l'information, c'est la finalité du message qui constitue le trait caractéristique de la publicité et l'élément déterminant pour la distinguer de la simple information, la Cour laisse au juge national la responsabilité de déterminer concrètement si la diffusion d'information en question est ou non dotée d'une finalité publicitaire.<sup>424</sup>

Dans la seconde hypothèse où le juge communautaire constate lui-même que la mesure litigieuse ne constitue pas à priori une violation des articles 34 et 36 du Traité, il peut toutefois laisser au juge national une marge de manœuvre dans la recherche d'une discrimination matérielle qui écarterait la position de principe adoptée par la Cour de Justice.

Cette situation peut être observée dans l'affaire « Centre d'insémination de la Crespelle ». <sup>425</sup> En l'occurrence, des considérations sanitaires ont été invoquées par une société civile agricole important de la semence bovine contre une réglementation française l'obligeant à déposer les doses importées auprès d'un centre agréé bénéficiaire d'une concession exclusive en matière de stockage et de mise en place de la semence. Tout en affirmant que le traité ne s'oppose pas à la réglementation nationale litigieuse,<sup>426</sup> la Cour permet au juge national de relativiser la portée de sa décision en réservant l'hypothèse selon laquelle la réglementation nationale, bien qu'indistinctement applicable aux produits nationaux et aux produits importés, pourrait être

---

<sup>422</sup> *Ibid*, points 70 à 72.

<sup>423</sup> Arrêt du 5 mai 2011, « MSD Sharp & Dohe GmbH contre Merckle GmbH », affaire C-316/09, Rec. 2011, p. I-3249.

<sup>424</sup> Point 34.

<sup>425</sup> Arrêt du 5 octobre 1994, « Centre d'insémination de la Crespelle », affaire C-323/93, Rec. 1994, p. I-5077.

<sup>426</sup> *Ibid*, point 40 et dispositif de l'arrêt.

matériellement discriminatoire.<sup>427</sup> En l'occurrence, la question de savoir si le fonctionnement des centres agréés aboutit en pratique à créer une discrimination à l'encontre des produits importés est laissée à la compétence de la juridiction nationale.<sup>428</sup>

Ainsi, dans son interprétation des règles de libre circulation des marchandises appliquée au secteur de la santé, la Cour semble encline à déléguer une part de la responsabilité que ses décisions pourraient engendrer au profit des juridictions nationales logiquement mieux placées pour une appréciation concrète des faits et donc des risques. Pareille solution permet en effet de juger au plus près de la réalité. Il n'en demeure pas moins qu'elle risque de frustrer le juge national, déjà convaincu que la réglementation en cause constitue une MEERQ au sens de la jurisprudence « Dassonville » et auquel on renvoie l'affaire pour qu'il en apprécie lui-même la proportionnalité.

Cette tendance à ne pas empiéter sur les prérogatives du juge national concerne également le secteur environnemental.

b.1.2- La jurisprudence de la Cour se fait également l'écho de la sensibilité croissante aux questions environnementales. Les conditions concrètes d'application de la théorie des exigences impératives au titre de la protection de l'environnement peuvent être laissées à l'appréciation des juridictions nationales pour des raisons voisines de celles qui ont été évoquées en matière de santé publique, à savoir la gravité potentielle des conséquences des arbitrages juridictionnels mais aussi la complexité des éléments d'appréciation requérant une appréciation combinée d'informations scientifiques et de circonstances factuelles.

Dans l'affaire « Tridon »,<sup>429</sup> la question préjudicielle concerne une réglementation française interdisant la commercialisation d'une espèce de perroquet dans un but de préservation. Le juge communautaire considère que la conformité avec le principe de proportionnalité ne peut être appréciée sans une analyse concrète fondée sur des études scientifiques et des circonstances de fait caractérisant la situation litigieuse.

---

<sup>427</sup> *Ibid*, point 38.

<sup>428</sup> *Ibid*, point 39.

<sup>429</sup> Arrêt du 23 octobre 2001, « Procédure pénale contre Xavier Tridon », affaire C-510/99, Rec. 2001, p. I-7777.

Ainsi la jurisprudence de la Cour en matière sanitaire et environnementale se distingue sensiblement de celle relative à la protection du consommateur caractérisée par une approche beaucoup plus directive de la CJUE.

b.2- La protection du consommateur marquée par une tendance hégémonique de la jurisprudence de la CJUE

La protection du consommateur est un domaine dans lequel une certaine doctrine promeut un respect plus strict de la distinction entre le renvoi préjudiciel en interprétation et le recours en constatation de manquement. Dans le cadre du premier, il convient de laisser au juge national le soin d'apprécier la proportionnalité des mesures nationales de protection du consommateur, même si l'option inverse constitue pour ce dernier une solution de facilité, dans la mesure où il lui suffit le cas échéant, d'appliquer l'arrêt d'interprétation.

Dans l'affaire « Geffroy et Casino », <sup>430</sup> la Cour affirme concernant la répartition des compétences entre les juridictions communautaires et nationales, que la question du caractère éventuellement trompeur d'une dénomination de vente revient à la juridiction nationale, même si les dispositions nationales litigieuses sont en substance identiques à des dispositions de droit communautaire. L'exception à ce principe ne s'applique que lorsque les éléments du dossier mis à la disposition de la Cour lui paraissent suffisants et la solution s'imposer. <sup>431</sup>

Cette solution semble justifiée par la proximité du juge national lui permettant de porter une appréciation plus en rapport avec la spécificité de chaque situation. Ainsi, le droit communautaire peut-être taillé sur mesure par opposition à une forme de standardisation qui risquerait d'en dénaturer le sens.

Cependant, cette solution ne constitue guère la règle en matière de protection du consommateur. A cet égard, nous avons préalablement souligné le risque, pour ne pas dire le constat, de l'émergence dans la jurisprudence de la Cour d'un consommateur européen moyen, figure abstraite et éloignée de la réalité concrète.

---

<sup>430</sup> Arrêt du 12 septemb.re 2000, « Yannick Geffroy et Casino France SNC », affaire C-366/98, Rec.2000, p. I-6579.

<sup>431</sup> *Ibid*, point 18 et 19. Voir également l'arrêt du 16 juillet 1998, « Gut Springenheide GmbH et Rudolf Tusky contre Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt-Amt für Lebensmittelüberwachung », affaire C-210/96, Rec. 1998, p. I-4657, point 30.

Une autre critique vise l'instabilité de la jurisprudence de la Cour à propos de certains sujets de sociétés. Elle semble révéler une certaine inadaptation à décider de questions d'une certaine nature.

b.3- Une jurisprudence instable soulignant la question de la vocation de la CJUE à se prononcer sur des sujets de nature non économique

Certaines questions de société semblent par nature pouvoir trouver de meilleures réponses au niveau national. Cependant on relève en la matière une grande diversité des solutions apportées par la Cour.

On constate tout d'abord que la Cour n'a pas attendu l'arrêt « Keck et Mithouard », pour juger que les réglementations en cause se trouvaient en dehors du champ de l'article 30 CE (article 34 TFUE).<sup>432</sup> Cependant un autre courant jurisprudentiel soumet au test de la proportionnalité, les législations en cause et notamment celles relatives au repos dominical. On constate alors une absence d'unité dans les réponses apportées par la Cour.

Dans l'affaire « Torfaen »,<sup>433</sup> la Cour confie à la juridiction nationale le soin de vérifier que les réglementations nationales régissant les horaires de vente au détail ne vont pas au delà des effets propres d'une réglementation de commerce, en estimant que cette question relève d'une appréciation des faits.<sup>434</sup> Mais cette position n'est pas systématique. Ainsi, dans des affaires similaires « Conforama »<sup>435</sup> et « Marchandise »,<sup>436</sup> la CJCE ne laisse aucune marge d'appréciation au juge national en affirmant que les effets restrictifs d'une réglementation nationale interdisant d'occuper les travailleurs salariés au delà d'une certaine heure ne sont pas disproportionnés.<sup>437</sup>

Cette diversité traduit en la matière, non plus une sensibilité aux risques potentiels engendrés par les décisions de la Cour comme c'est le cas en matière de santé publique, mais plutôt un

---

<sup>432</sup> Voir les affaires « Oebel » (arrêt du 14 juillet 1981, affaire 155/80, Rec. 1981, p. 1993, relatif à l'interdiction du travail de nuit), « Blesgen » (arrêt du 31 mars 1982, affaire 75/81, Rec. 1982, p. 121, concernant l'interdiction de la vente d'alcool dans certains endroits), et « Quietlynn » (arrêt du 11 juillet 1990, affaire C-23/89, Rec. 1990, p. I-30, relatif à la réglementation de l'ouverture de sex-shops et de la vente d'articles pornographiques).

<sup>433</sup> Arrêt du 23 novembre 1991, « Torfaen », affaire 145/88, Rec. 1989, p. 3851.

<sup>434</sup> *Ibid*, points 15 et 16.

<sup>435</sup> Arrêt du 28 février 1991, « Union départementale des syndicats CGT de l'Aisne contre SIDEF Conforama », affaire C-312/89, Rec. 1991, p. I-997.

<sup>436</sup> Arrêt du 28 février 1991, « Procédure pénale contre Marchandise », affaire 332/89, Rec. 1991, p. I-1027.

<sup>437</sup> *Ibid*, point 14.



certain embarras à décider à la place des États membres de questions de cette nature. C'est ce dont témoigne, à propos du repos dominical, le professeur René Joliet alors qu'il était juge à la Cour de Justice: « *...mais comment indiquer aux juges nationaux que le droit communautaire n'a pas à se mêler de ces choix...* ». <sup>438</sup>

Comme nous venons de l'observer, la nature des litiges est déterminante pour comprendre la stratégie du juge communautaire. Elle n'est pas la seule, elle peut également et logiquement résulter de la jurisprudence « *Keck et Mithouard* ».

## 2- Le respect d'un principe de subsidiarité juridictionnelle : une question de logique

L'appréciation des véritables motivations de la CJCE/CJUE pour l'application du principe de subsidiarité juridictionnelle en vue de l'appréciation des conditions d'application de l'article 36 TFUE peut être compliquée par les conséquences de la jurisprudence relative aux modalités de vente. En effet, dans l'hypothèse où la CJCE/CJUE laisse au juge national le soin d'apprécier les faits permettant de déterminer si les conditions posées par l'arrêt « *Keck et Mithouard* » sont remplies, (à savoir si la réglementation litigieuse affecte en droit comme en fait la commercialisation des produits importés d'autres États membres), il serait probablement malvenu pour la Cour de justice, de préjuger de la décision nationale sur cette question en se prononçant par avance sur la question d'une dérogation au titre de l'article 36 ou d'une exemption au nom d'une exigence impérative.

Dès lors, et dans ces circonstances particulières, on ne peut affirmer des certitudes quant à la prudence de la Cour à se prononcer sur des réglementations sanitaires ou environnementales à risques.

Ainsi, dans les affaires « *De Agostini TV Shop* » <sup>439</sup> le contrôle de proportionnalité par le juge national de la réglementation interdisant la publicité télévisée dans un secteur particulier au regard d'une exigence impérative reste hypothétique et conditionné par le premier constat par ce même juge national d'une discrimination qui exclurait l'application de la jurisprudence « *Keck et Mithouard* ». <sup>440</sup>

---

<sup>438</sup> René Joliet, « La libre circulation des marchandises : l'arrêt *Keck et Mithouard* et les nouvelles orientations de la jurisprudence » *Journal des tribunaux- Droit européen* – 20 octobre 1994 n°12 – pages 145 à 151.

<sup>439</sup> Arrêt du 9 juillet 1997, affaires jointes C-34/95, C-35/95 et C-36/95, « *De Agostini TV Shop* » *Rec.* 1997, p. I-3843.

<sup>440</sup> *Ibid.*, point 45.

Toutefois, la jurisprudence de la Cour est suffisamment vaste pour permettre d'extrapoler et conclure à une prudence de principe sur certains sujets sensibles. En effet la situation décrite dans l'affaire précédente n'est pas systématique. La Cour peut estimer être en mesure de se prononcer, sans qu'une analyse précise des circonstances de fait soit nécessaire.

Ainsi dans l'affaire « Gourmet », <sup>441</sup> elle constate que s'agissant des boissons alcooliques dont la consommation est liée à des traditions locales, une interdiction de toute publicité à destination des consommateurs par voie d'annonces dans les médias, par envoi direct de matériel non sollicité ou par affichage sur la voie publique est de nature à gêner davantage l'accès au marché des produits originaires d'autres Etats membres que celui des produits nationaux avec lesquels le consommateur est mieux familiarisé. <sup>442</sup> Elle poursuit son analyse factuelle en constatant, en accord avec la Commission, que pour des raisons notamment d'ordre culturel, les producteurs nationaux ont un accès plus facile à ce procédé publicitaire que leurs concurrents établis dans d'autres Etats membres. Elle conclut que l'interdiction de la publicité telle que celle en cause, produit un effet discriminatoire et de ce fait constitue une entrave au commerce intracommunautaire contraire au principe de libre circulation des marchandises, <sup>443</sup> sauf à être justifiée par des préoccupations de santé publique.

C'est précisément à ce stade que se manifeste la prudence du juge communautaire dans une affirmation de principe qu'il y a discrimination, tandis qu'il renvoie au juge national la responsabilité de vérifier l'inexistence de solutions alternatives moins restrictives pour les échanges. <sup>444</sup>

## **Conclusion de la section**

Nous avons illustré dans la présente section la diversité de la jurisprudence pour y rechercher un fil conducteur, ou tout au moins des raisons qui pourraient expliquer une instabilité pourtant source d'insécurité juridique. Nous avons démontré au delà de l'affaire « Keck et Mithouard » que l'objet des réglementations et par conséquent les motifs de justification des réglementations ne sont pas étrangers à l'orientation jurisprudentielle. A cet égard, il apparaît

---

<sup>441</sup> Arrêt du 8 mars 2001, « Konsumentombudsmannen contre Gourmet International Productss AB », Affaire C-405/98, Rec. 2001, p. I-1795.

<sup>442</sup> *Ibid*, point 21.

<sup>443</sup> *Ibid*, point 25.

<sup>444</sup> *Ibid*, point 34.

que la complexité et la nature particulière de certains domaines tel que celui de la propriété industrielle explique un encadrement plus strict de la part de la Cour afin de définir le parfait critère de conciliation entre la sauvegarde des droits immatériels de leurs titulaires, d'une part, et le bon fonctionnement du marché intérieur, d'autre part. Pour des raisons différentes liés à la nature des risques, notamment dans les domaines sanitaires et environnementaux, le caractère directif de la jurisprudence de la Cour s'explique par une certaine prudence. Celle-ci se manifeste à la fois par une forme de réticence à contester la proportionnalité des mesures nationales, et par une tendance à déléguer cette responsabilité au juge national dans le cadre du renvoi préjudiciel en interprétation.

## **Conclusion du Chapitre**

Le premier chapitre de notre thèse s'est focalisé sur l'explication et l'illustration du caractère indéniable de l'autorité et de l'influence de la Cour de Luxembourg. Dans le second chapitre nous nous sommes intéressés aux facteurs limitatifs ou au contraire expansionistes des décisions des juges.

Ainsi, nous avons dans une première section étudié certaines formes d'interaction entre l'intégration positive et l'intégration négative dans la mesure où l'action des États soumise au contrôle de la Cour est en principe conditionnée par l'absence de réglementation communautaire. Cependant, nous avons constaté que l'influence de la Cour continue sur la base du traité, de s'exercer dans certaines conditions après l'harmonisation.

Dans une seconde étape, objet de la section 2, nous avons eu pour ambition de réaliser une forme de modélisation de la jurisprudence en recherchant la logique et l'unité qui pourraient l'expliquer au delà de l'apparence d'une certaine diversité. Nous avons ainsi constaté que la nature particulière des motifs de justification des MEERQ permet d'expliquer le caractère plus ou moins précis et le niveau d'abstraction de ses décisions dans ses relations avec les juridictions nationales.

## Conclusion du titre

Loin de se cantonner à une lutte contre le protectionnisme des États membres, il apparaît que la Cour de justice a choisi de participer activement à la politique d'intégration des marchés nationaux. C'est ce que révèle à partir de l'affaire « Dassonville » et concernant la définition des MEERQ, le choix du critère de l'entrave aux échanges au détriment de celui de la discrimination. Cette orientation est également confirmée par la consécration du principe de la reconnaissance mutuelle seulement limité par une règle de raison fondée sur des exigences impératives. La doctrine a pu ainsi qualifier l'approche de la CJUE d'activiste.<sup>445</sup>

L'influence constructive de la Cour de justice s'est ainsi révélée au point d'anticiper et d'orienter parfois le droit primaire comme le droit dérivé. A cet égard, nous avons observé la logique de dérèglementation à laquelle conduit la jurisprudence de la Cour relative aux traditions nationales dans le domaine des produits alimentaires. En ce domaine, certains commentateurs ont constaté que les règles nationales étaient sacrifiées dès lors qu'elles étaient adoptées par une minorité d'Etats membres.<sup>446</sup>

Dans cette démarche activiste ou constructive, la Cour elle même n'est pas libre de toute influence. Premièrement, son rôle d'arbitre ultime lors des confrontation entre le principe de libre circulation des marchandises, d'une part, et les valeurs non économiques listées dans l'article 36 du traité ou au titre d'une exigence impérative, d'autre part, est en effet bridé par l'intégration dite positive, même si le traité concède une réserve de compétence aux États membres après une mesure d'harmonisation.

Deuxièmement, la Cour ne reste pas insensible lors de ses appréciations à la nature des motifs invoqués par les États membres. La gravité et l'irréversibilité des conséquences résultant de la priorité de la libre circulation sur certaines valeurs non économiques peut ainsi justifier une grande prudence du juge communautaire. Celle-ci peut alors se manifester par l'indulgence, c'est à dire la reconnaissance du caractère proportionnée des mesures nationales restrictives,

---

<sup>445</sup> Par opposition à celle de la Cour suprême des Etats-Unis qualifiée d'antiprotectionniste . Voir Maduro Miguel Poiars (2002), « We the Court, The Euroean Court of Justice and the European Economic Constitution, A critical reading of Article 30 of the EC Treaty, Oxford Portland Oregon » : “ *The Supreme Court has been taking an anti protectionism-based approach to State regulation affecting free trade. This case law will be described as “market maintenance”, in contrast with the more activist approach of the European Court, defined as “market building”.*

<sup>446</sup> *Ibid*, « ...here we see a minoritarian interest –one State's tradition- as opposed to majoritarian interest, which takes the form of the interests of all other Member States not sharing or conforming to that tradition. In all the cases found by the author in this area, the Court struck down the national regulation”.

ou par la concession au juge national de la responsabilité dans le plus pur respect d'un principe de subsidiarité juridictionnelle. Ce constat conduit également à une réflexion sur le nécessaire et difficile compromis entre l'efficacité de l'action de la Cour de Luxembourg et sa légitimité.

## **TITRE 2- Le difficile compromis entre l'efficacité de l'action de la Cour et sa légitimité**

L'article 2 du traité de Rome présente l'établissement du marché commun non comme un objectif en soi mais comme un moyen de « *promouvoir un développement harmonieux équilibré et durable des activités économiques dans l'ensemble de la Communauté* », tandis que l'énumération figurant à l'article 3 du traité<sup>447</sup> semble traduire une vocation du traité essentiellement économique.

Une combinaison de facteurs risquait cependant de compromettre cet objectif.

Le premier tient au fait que le droit communautaire fut à l'origine volontairement limité dans son champ d'application dans la mesure où il servait prioritairement des intérêts économiques. Ces frontières économiques ont rapidement été franchies grâce à (ou à cause de) un effet d'engrenage connu sous l'expression angliciste « *spill over effect* » révélant ainsi l'influence et le rang de norme supérieure du droit communautaire. Face à la difficulté des États membres de parvenir à des accords ou à des compromis, (les États membres peuvent être complices du rôle ainsi joué par la Cour et qui leur permet d'éviter les confrontations et les désaccords), le principe de libre circulation des marchandises s'est progressivement imposé dans de nombreux champs réglementaires nationaux grâce à l'action juridictionnelle, démontrant l'efficacité du processus d'intégration négative.<sup>448</sup> Or le caractère expansionniste

---

<sup>447</sup> Article 3 du traité de Rome : « Aux fins énoncées à l'article précédent, l'action de la Communauté comporte, dans les conditions et selon les rythmes prévus par le présent traité :

a) l'abolition... des droits de douane...b) l'établissement d'un tarif douanier commun et d'une politique commerciale commune envers les États tiers, c) l'abolition, entre les États membres, des obstacles à la libre circulation des personnes, des services et des capitaux, l'instauration d'une politique commune dans le domaine de l'agriculture, e) l'instauration d'une politique commune dans le domaine des transports, f) l'établissement d'un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché commun, g) le rapprochement des législations dans la mesure nécessaire au fonctionnement du marché commun, i) la création d'un fonds social européen..., j) l'institution d'une banque européenne d'investissement...k) l'association des pays et territoires d'outre-mer en vue d'accroître les échanges... ».

<sup>448</sup> « Negative integration can be described as the process of integration through deregulation at the national level or, in other words, by eliminating State legislation which restricts market integration ». Maduro Miguel Poiars, "We the Court, The European Court of Justice and the European Economic Constitution, A critical reading of Article 30 of the EC Treaty", Oxford Portland Oregon, p. 23.

et l'effet prosélyte des interprétations jurisprudentielles ne sont guère neutres puisqu'ils se traduisent par la priorité donnée soit au respect du principe de libre circulation, soit à celui des valeurs listées dans l'article 36 du traité ou de celles issues de la jurisprudence « Cassis de Dijon ».

Le second facteur est en effet lié au caractère redoutablement efficace d'un droit supranational émanant d'institutions communautaires totalement dévouées à leurs missions de législateur, de gardienne et d'interprète du droit communautaire. A cet égard, le rôle dévolu à la Cour de justice dans le cadre des articles 34 et suivants du traité, consistant à apprécier la proportionnalité des mesures nationales ne risque-t-il pas d'être outrepassé par une juridiction trop zélée ? Ce questionnement repose sur deux constats.

Premièrement, la définition extensive des MEERQ à l'importation issue des jurisprudences « Dassonville » et « Cassis de Dijon » a eu pour conséquence de placer potentiellement la quasi totalité des réglementations nationales sous l'emprise de l'actuel article 34 du TFUE.

Deuxièmement, le juge communautaire est devenu *de facto*, à l'occasion du contrôle de proportionnalité, l'arbitre ultime de la conformité de ces réglementations avec le traité. Dans l'exercice de cette fonction, on peut craindre le risque de partialité de la Cour au détriment des compétences résiduelles concédées par le traité aux États membres<sup>449</sup> et qui se manifesterait par une approche très formaliste et donc réductrice de la part de la Cour, lorsqu'elle doit apprécier la conformité des réglementations nationales avec le principe de libre circulation des marchandises. La conviction des juges reposerait selon certains sur une interprétation logique mais simpliste du traité ne prenant pas suffisamment en considération la réalité du conflit entre les valeurs du marché et les valeurs non économiques.<sup>450</sup>

---

<sup>449</sup> Voir Marie-Angèle Hermitte, « Droit du marché, territoire et protection », La Communauté européenne et l'environnement – Colloque d'Angers, 1997, La documentation française.

Cette thèse semble contredite par l'avocat général Bot concernant l'analyse de la procédure du renvoi préjudiciel que nous avons précédemment citée et que nous reprenons ci-après : « Une telle action ne constitue pas un détournement de l'article 152 CE parce qu'elle ne permet pas à la Commission, ni à la Cour de se substituer à l'Etat membre concerné et d'imposer à celui-ci, une solution plutôt qu'une autre. Elle n'est donc pas assimilable à un pouvoir normatif. Elle a seulement pour effet d'encadrer l'exercice, par cet Etat membre, de sa compétence réservée, ..., en précisant les limites qui découlent des libertés de circulation que tous les Etats membres se sont engagés à respecter, en concluant puis en ratifiant le traité » (Conclusions de l'Avocat général Yves Bot, point 91 dans l' Arrêt du 10 avril 2008, « Commission des Communautés européennes contre République Fédérale d'Allemagne », affaire C-141/07).

<sup>450</sup> Miguel Poiaras Maduro, « We the Court, The European Court of Justice and the European Economic Constitution, A critical reading of Article 30 of the EC Treaty », Oxford Portland Oregon, p. 21.

Nous allons tenter de démontrer que ce risque de dérive est loin d'être une simple vue de l'esprit dans la mesure où le pouvoir d'influence de la Cour de justice est potentiellement défavorable aux valeurs non économiques. Un autre facteur de déséquilibre de la jurisprudence de la Cour provient de la difficulté à concilier l'objectif d'un marché unique et la nature complexe du marché et des marchandises.

Ces affirmations seront commentées dans deux chapitres successifs :

Chapitre 1- Un pouvoir d'influence de la CJCE/CJUE potentiellement défavorable aux valeurs non économiques

Chapitre 2- Une conciliation nécessaire mais difficile entre l'objectif d'un marché unique et la nature complexe du marché et des marchandises

## **Chapitre 1- Un pouvoir d'influence de la CJCE/CJUE potentiellement défavorable aux valeurs non économiques**

La légitimité de la juridiction luxembourgeoise ne va guère de soi pour décider de sujets dont la nature éminemment politique ou sociale ne souffre pas d'interférences excessives avec le pouvoir judiciaire. (Paradoxalement, on assisterait parfois à une forme d'hypocrisie des Etats membres consistant lorsqu'un accord politique semble compromis à laisser le champ libre à la Cour qui le cas échéant doit assumer la responsabilité de la décision).

La gravité de ce constat est d'autant plus réelle que les principes du droit du marché intérieur dégagés par la CJCE/CJUE soumettent les compétences étatiques résiduelles et le droit dérivé à l'objectif de libéralisation des échanges. L'exemple type pourrait être l'arrêt de référence « Dassonville » dans lequel la Cour pose comme prémisse une définition excessivement large des MEERQ reprise de manière quasi systématique dans sa jurisprudence ultérieure mais sans expliquer les raisons de son choix. La variété des courants doctrinaux et les turpitudes de la jurisprudence révèlent pourtant que la réponse allait nullement de soi.

La Cour a ainsi développé un redoutable arsenal juridique contribuant, certes à l'efficacité du droit communautaire en général et tout particulièrement du droit du marché intérieur, mais à quel prix ?

La marge de liberté concédée aux États membres notamment dans le cadre de l'article 36 du traité reste soumise à l'examen de proportionnalité dont on doit constater la sévérité. Le juge communautaire a en effet choisi d'interpréter le régime dérogatoire de manière restrictive.

Une autre source d'inquiétude liée au risque de partialité de la Cour précédemment évoquée repose sur le constat d'une certaine vulnérabilité des États membres, conséquence directe des interprétations du droit par les juges de Luxembourg.

Ces deux affirmations sont commentées dans les sections suivantes :

Section 1- Une interprétation restrictive du régime dérogatoire de l'article 36 du TFUE

Section 2- La vulnérabilité des États membres dans l'exercice de leur compétence résiduaire

## **Section 1- Une interprétation restrictive du régime dérogatoire de l'article 36 TFUE**

« *Le protectionnisme est un tabou, le libre échange un totem* ». <sup>451</sup> Une telle affirmation doctrinale illustre la conviction d'un parti pris des institutions communautaires favorables aux valeurs mercantiles. C'est en effet ce que semble révéler l'interprétation restrictive et à notre avis contestable du régime dérogatoire au principe d'interdiction des MEERQ prévu par le traité. Notre appréciation critique de cette orientation jurisprudentielle repose sur plusieurs questionnements.

Premièrement, l'affirmation du caractère exhaustif de la liste des exceptions énumérées à l'article 36 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne ne heurte-t-elle pas

---

<sup>451</sup> Expression utilisée par le professeur Jean-Christophe Barbato lors d'une conférence intitulée : « Protectionnisme et fondations de la construction européenne » (non publiée à ce jour) à l'occasion de la Journée d'Etudes organisée par l'Institut de recherche en droit international et européen de la Sorbonne (IREDIÉS), le 28 juin 2013.



l'intention probable des auteurs du traité de prendre en compte l'évolution de la société européenne et notamment l'évolution des mentalités ou le développement des connaissances ?

(I)

En second lieu, une appréciation objective des effets des mesures par la CJUE est-elle en phase avec la seconde phrase de l'article 36 TFUE<sup>452</sup> dans la mesure où l'interdiction de toute restriction déguisée semble pourtant exiger la recherche d'une volonté protectionniste ? (II)

### **I- Une interprétation restrictive relative aux motifs de dérogation figurant à l'article 36 TFUE : conformité ou infidélité au traité ?**

Cette interrogation relative à la volonté des auteurs du traité concerne tant l'affirmation du caractère exhaustif de la liste des exceptions énumérées à l'article 36 du TFUE que l'interprétation restrictive des motifs de dérogation. (A) Cependant, l'application restrictive du régime dérogatoire de l'article 36 du TFUE pose question dans les affaires mettant en jeu des valeurs ou préoccupations nationales de nature non économique. (B)

A- L'exhaustivité de la liste inscrite dans le traité selon la jurisprudence de la Cour

Conformément à l'objectif de libéralisation des échanges fixé par le traité, la CJCE/CJUE en a logiquement déduit que la liste des exceptions à ce principe fondamental de l'article 36 du TFUE est limitative.

Cette mise au point figure notamment dans l'affaire des « souvenirs d'Irlande »,<sup>453</sup> dans laquelle est mise en cause la réglementation irlandaise dans la mesure où elle interdit, premièrement, la vente d'articles de bijouterie importés portant des motifs ou des caractéristiques suggérant qu'il s'agit de souvenirs d'Irlande, et deuxièmement, l'importation de tels articles à moins qu'ils ne soient revêtus de l'indication de leur pays d'origine ou de l'indication « foreign ». En réponse aux arguments des autorités irlandaises selon lesquelles la

---

<sup>452</sup> Article 36 TFUE : « les dispositions des articles 34 et 35 ne font pas obstacle aux interdictions ou restrictions d'importation, d'exportation ou de transit, justifiées par des raisons de moralité publique, d'ordre public, de sécurité publique, de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou de préservation des végétaux, de protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique, ou de protection de la propriété industrielle et commerciale. Toutefois, ces interdictions ou restrictions ne doivent constituer ni un moyen de discrimination arbitraire, ni une restriction déguisée dans le commerce entre les Etats membres ».

<sup>453</sup> Arrêt du 17 juin 1981, « Commission contre Irlande », affaire 113/80, Rec. 1981, p. 1625.

réglementation litigieuse pourrait être justifiée par l'intérêt de la défense des consommateurs, la Cour de justice relève implicitement l'absence de la défense des consommateurs et de la loyauté des transactions commerciales parmi les motifs listés dans l'article 36 TFUE.<sup>454</sup>

Dans l'affaire « Leclerc »,<sup>455</sup> la Cour précise expressément que l'article 36 est d'interprétation stricte et ne peut être étendu à des objectifs qui n'y sont pas expressément énumérés. En l'occurrence, la Cour dit pour droit que ni la protection du consommateur ni la protection de la création et de la diversité culturelle invoquées par le gouvernement français ne peuvent justifier la réglementation française obligeant les commerçants à respecter certains prix pour la vente des livres au détail.<sup>456</sup>

Ainsi les législations nationales ne doivent pas permettre aux États membres d'orienter les choix des consommateurs vers les productions nationales. La jurisprudence de la Cour favorise une évolution des marchés nationaux qui serait selon une certaine doctrine, pleine de promesse pour le consommateur. On pourra s'étonner toutefois que dans le même temps, la Cour refuse formellement une évolution de la liste des motifs de dérogations de l'article 36 du traité. Autrement dit, certaines valeurs non économiques telles que la protection du consommateur ou de la culture devraient évoluer avec leur temps dès lors qu'il s'agit de promouvoir le libre échange. En revanche, la liste des valeurs non économiques inscrites dans le traité en fonction des préoccupations d'une époque pour limiter certains effets de l'intégration des marchés seraient gravées dans le marbre et ne pourraient être modifiées.

Dans la même logique, ce raisonnement classique a été soutenu par la Cour pour écarter toute justification fondée sur des considérations de politique économique.

Prenons l'exemple de l'affaire « Commission contre République française »,<sup>457</sup> relative à un régime restrictif à l'importation de viande ovine reposant sur un prix de seuil et des redevances sur la viande importée. La France justifie son organisation nationale de marché notamment par le souci de protéger l'économie de certaines régions défavorisées où l'élevage ovin occupe une place importante et par la volonté de répondre à un système de subvention

---

<sup>454</sup> *Ibid*, point 7.

<sup>455</sup> Arrêt du 10 janvier 1985, « Leclerc », affaire 229/83, Rec. 1985, p. 1.

<sup>456</sup> *Ibid*, points 29 et 30.

Voir également les arrêts du 11 mai 1989, « Procédure pénale contre Wurmser e.a. », affaire 25/88, Rec. p. 1105, point 10 ; du 25 juillet 1991, « Aragonesa de publicidad exterior », affaires C 1//90 et C 176/90, Rec. p.I-4431, point 13.

<sup>457</sup> Arrêt du 25 septembre 1979, « Commission contre République française », affaire 232/78, Rec. 1979, p. 2729.

des exportations de viande ovine mis en place en Grande Bretagne. La CJCE souligne que c'est aux seules institutions communautaires de prendre les mesures appropriées pour résoudre les problèmes du marché en question. Le fait qu'une solution n'ait pas encore abouti au niveau communautaire n'autorise pas un État membre à maintenir un système incompatible avec le principe de libre circulation des marchandises.<sup>458</sup>

Cette jurisprudence est également confirmée par l'arrêt « *Fraises espagnoles* », <sup>459</sup> dans lequel la Cour est saisie par la Commission d'un recours en manquement contre la République Française, en raison des carences de cette dernière pour mettre fin à des actions violentes commises à l'encontre des camionneurs, ainsi qu'à des actes de destruction de leur chargement de fruits en provenance notamment d'Espagne. La Cour écarte les arguments du gouvernement français fondés sur le contexte socio-économique très difficile dans lequel se serait trouvé le marché français des fruits et légumes après l'adhésion de l'Espagne.<sup>460</sup>

Le caractère restrictif de l'interprétation jurisprudentielle n'est pas seulement lié à l'exhaustivité de la liste de l'article 36 du traité, il concerne également le sens et la portée des motifs envisagés.

#### B- Des motifs de dérogations à la signification et à la portée parfois strictement encadrées

Conformément à la jurisprudence de la Cour, « *l'article 36 du traité n'a pas pour objet de réserver certaines matières à la compétence exclusive des États membres, mais admet seulement que les législations nationales fassent exception au principe de la libre circulation des marchandises, dans la mesure où cela est et demeure justifié pour atteindre les objectifs visés à cet article* ». <sup>461</sup>

---

<sup>458</sup> *Ibid*, point 8.

<sup>459</sup> Arrêt du 9 décembre 1997, « Commission contre République française », affaire C-265/95, (précitée), Rec. 1997, p. I-6959.

<sup>460</sup> *Ibid*, points 60 et 61.

Voir également les arrêts du 9 juin 1982, « Commission contre Italie », affaire C-95/81, Rec. 1982, p. 2187, point 27 ; du 25 octobre 2001, « Commission contre Grèce », affaire C-398/98, Rec. 2001, p. I-7915, point 30 : « ...des arguments d'ordre économique... ne peuvent en aucun cas servir de justification à une restriction quantitative au sens de l'article 28 du traité ».

<sup>461</sup> Arrêts du 15 décembre 1976, « Simmenthal Spa contre Ministero delle finanze », affaire 35/76, Rec. 1976, p. 1871 ; du 5 octobre 1977, « Carlo Tedeschi contre Denkvit Commerciale Srl », Rec. 1977, p. 1555 ; du 12 octobre 1978, « Joh. Eggers Sohn & Co. Contre Freie Hansestadt Bremen », Rec. 1978, p. 1935.

Cette logique a parfois conduit la Cour à une interprétation restrictive de certains motifs de dérogation listés dans l'article 36 du traité (1) . Ce constat suscite des interrogations relatives à son adéquation avec l'évolution de l'Union (2).

#### 1- Une interprétation stricte de certains motifs de dérogation listés dans l'article 36 du traité

Nous proposons d'illustrer nos propos à partir de plusieurs affaires dans lesquelles sont invoqués des motifs fondés sur la protection de l'ordre public, de la protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique, et enfin de la propriété industrielle et commerciale.

##### a- Une interprétation stricte de la notion d'ordre public

C'est ce que révèlent les affaires suivantes

Dans l'affaire « Prantl », <sup>462</sup> la Cour juge qu'il ne suffit pas qu'une réglementation soit assortie de sanctions pénales pour relever de la notion d'ordre public au sens de l'article 36 du traité. <sup>463</sup>

Dans une affaire « Ringelhan », <sup>464</sup> elle exclut également de la notion d'ordre public, toute considération tenant à la protection des consommateurs. <sup>465</sup>

Une telle interprétation du traité est cohérente. Le lien entre les motifs de justification des entraves figurant dans l'article 36 TFUE, d'une part, et les raisons invoquées dans le même but par un État membre, d'autre part, doit être apprécié en fonction de l'objet et de la nature des mesures concernées.

Les contre exemples fournis par les arrêts « Campus Oil » <sup>466</sup> et « Omega » <sup>467</sup> ne remettent pas en cause les affirmations précédentes.

---

<sup>462</sup> Arrêt du 13 mars 1984, « Procédure pénale contre Karl Prantl », affaire 16/83, Rec. 1984, p. 1299.

<sup>463</sup> *Ibid*, point 33.

<sup>464</sup> Arrêt du 6 novembre 1984, « Th. Kohl KG contre Ringelhan & Rennett SA et Ringelhan Einrichtungen GmbH », affaire 177/83, Rec. 1984, p. 3651.

<sup>465</sup> *Ibid*, point 19.

<sup>466</sup> Arrêt du 10 juillet 1984, « Campus Oil », affaire 72/83, Rec. 1984, p. 2727, point 20.

<sup>467</sup> Arrêt du 14 octobre 2004, « Omega », affaire C-36/02, Rec. 2004 p. I-9609.

Dans la première de ces deux affaires, après avoir considéré que « *l'obligation pour tous les importateurs de s'approvisionner en produits pétroliers à concurrence d'un certain pourcentage de leurs besoins, auprès d'une raffinerie installée sur le territoire national* » constitue une MEERQ, la CJCE estime que la sécurité publique de l'État membre peut être gravement affectée par l'interruption de l'approvisionnement en produits pétroliers et qu'en conséquence le but d'assurer en tous temps un approvisionnement minimal de ces produits « *dépasse des considérations de nature purement économique et peut donc constituer un objectif couvert par la notion de sécurité publique* ». <sup>468</sup> L'interprétation large donnée au motif de sécurité publique est toutefois tempérée par le principe de proportionnalité qui ne justifie que les mesures visant à éviter la pénurie.

L'affaire « Omega » <sup>469</sup> que nous proposons d'étudier ci-après constitue le second contre exemple et concerne, à l'inverse des précédentes, une mesure ayant pour objet le respect de droits fondamentaux évoquant logiquement un lien avec la notion d'ordre public.

Précisons toutefois que cette affaire aborde prioritairement la question sous l'angle de la conformité de la réglementation avec le principe de la libre prestation de services dans la mesure où conformément à une jurisprudence antérieure, lorsqu'une mesure nationale affecte la libre prestation de services et la libre circulation des marchandises, la Cour ne l'examine en principe qu'au regard de l'une de ces deux libertés, s'il s'avère que dans les circonstances de l'espèce, l'une de celles-ci est secondaire par rapport à l'autre et peut lui être rattachée. <sup>470</sup> En l'occurrence, l'affaire au principal oppose une société allemande (Oméga) exploitant une installation destinée à la pratique du « laser-sport » à une autorité locale de police. Celle-ci a pris en application de la loi allemande, un arrêté visant à interdire à Oméga de permettre des jeux ayant pour objet de tirer sur des cibles humaines au moyen d'un rayon laser, autrement dit de « *jouer à tuer des personnes* ». <sup>471</sup> De telles pratiques engendreraient la banalisation de la violence et constitueraient un danger pour l'ordre public. La Cour commence par préciser que la notion d'ordre public doit être interprétée strictement et sous le contrôle des institutions de la Communauté <sup>472</sup> mais reconnaît ensuite aux États membres une marge d'appréciation pouvant justifier des nuances en fonction des pays et des époques. Elle ajoute que les droits

---

<sup>468</sup> Arrêt « Campus Oil », précité, points 34 et 35.

<sup>469</sup> Arrêt du 14 octobre 2004, « Omega », affaire C-36/02, Rec. 2004 p. I-9609.

<sup>470</sup> *Ibid*, point 26.

<sup>471</sup> *Ibid*, point 5.

<sup>472</sup> *Ibid*, point 30.

fondamentaux tels que le respect de la dignité humaine sont non seulement consacrés par la constitution allemande, mais figurent également parmi les principes généraux du droit communautaire de nature à justifier une restriction aux libertés fondamentales reconnues par le traité.<sup>473</sup> Lors de l'examen de la mesure litigieuse au regard des exigences de nécessité et de proportionnalité, la Cour précise qu'il n'est pas indispensable qu'une telle mesure corresponde à une conception partagée par l'ensemble des États membres en ce qui concerne les modalités de protection du droit fondamental ou de l'intérêt légitime en cause. Au contraire, la nécessité et la proportionnalité des dispositions nationales ne sont pas exclues au seul motif qu'un État membre a choisi un système différent de celui adopté par un autre État.<sup>474</sup>

Notre démonstration se fonde également sur la jurisprudence relative au motif de protection des trésors nationaux.

b- Une interprétation rigoureuse du motif de protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique

Concernant ce second motif retenu dans notre liste, la Cour souligne dans l'affaire « Libro »<sup>475</sup> que la protection de la diversité culturelle en général ne peut être considérée comme entrant dans la « *protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique* » au sens du traité. D'une manière générale, on conçoit en effet difficilement que des secteurs entiers de l'économie puisse être hors d'atteinte des effets de l'article 34 TFUE pour des raisons culturelles. C'est la raison pour laquelle la protection du livre en tant que bien culturel ne peut constituer une raison de justification des mesures de restriction à l'importation au sens de l'article 30 (article 36 TFUE).<sup>476</sup>

L'affirmation d'une interprétation stricte des motifs de dérogation de l'article 36 du traité peut enfin s'appuyer sur la jurisprudence relative à la propriété industrielle et commerciale.

---

<sup>473</sup> Voir l'affaire C-112/00 « Eugen Schmidberger, InternationaleTransport und Planzüge contre Republik Österreich », Rec. 2003, p. I-5659, point 74.

<sup>474</sup> *Ibid*, point 37 et 38;

<sup>475</sup> Arrêt du 30 avril 2009, « Libro », affaire C-531/07, JO C 153 du 4 juillet 2009, p. 9.

<sup>476</sup> *Ibid*, point 32.

c- Une application prudente et maîtrisée du motif de dérogation fondée sur la protection des droits de propriété industrielle

La Cour refuse d'étendre le champ d'application de ce motif de dérogation de manière inconsidérée, bien qu'elle ait élargi la notion de propriété industrielle et commerciale de l'article 36 du traité, au point d'englober le droit d'auteur et les droits voisins<sup>477</sup> ainsi que la protection des indications géographiques.<sup>478</sup>

Cependant, l'interprétation restrictive du régime dérogatoire de l'article 36 du TFUE pose question dans certaines affaires mettant en jeu certaines valeurs ou préoccupations nationales de nature non économique en raison notamment de l'évolution de nos sociétés tant sur le plan technique que sur celui des mentalités.

2- Une jurisprudence trop rigide dans le contexte d'une communauté évolutive ?

Compte tenu de la nature des exceptions mentionnées dans l'article 36 du traité et dont la liste a été fixée en fonction des préoccupations et des connaissances d'une certaine époque, l'esprit du traité ne signifierait-il pas une évolution en fonction des changements intervenus dans la société depuis la signature du traité de Rome ? Ne conviendrait-il pas de prendre en considération l'évolution des mentalités (par exemple les préoccupations environnementales croissantes)<sup>479</sup> et des connaissances scientifiques (comme par exemple l'impact de nos modes de production sur le changement climatique ou les risques sanitaires liés à la consommation de tel additif alimentaire) ?

Une interprétation trop réductrice de l'article 36 du TFUE risquerait en effet d'en compromettre la portée. A titre d'illustration, le risque serait présent si la Cour ne tenait pas

---

<sup>477</sup> Voir les arrêts du 20 janvier 1981, « Gema », affaire 55/80, Rec. 1981, p. 147 point 9 ; du 5 octobre 1988, « Volvo », affaire 238/87, Rec. 1988, p. 6211.

<sup>478</sup> Arrêts du 4 juin 1992, « Delhaize », affaire C-47/90, Rec. 1992, p. I-3669 ; du 9 juin 1992, « Exportur », affaire C-3/91, Rec. 1992, p. I-5529 ; du 16 mai 2000, « Belgique contre Espagne », affaire C-388/95, Rec. 2000, p. I-3123, point 54 ; du 20 mai 2003, « Ravil », affaire C-469/00, Rec. 2003, p. I-5053, point 49 ; du 20 mai 2003, « Consorzio del prosciutto di Parma et Salumificio S. Rita », C-108/03, Rec. 2003, p. I-5121, point 64.

<sup>479</sup> Voir Didier Le Morvan « Environnement et politique communautaire » dans « La Communauté européenne et l'environnement », Colloque d'Angers, La Documentation française – 1997, p. 14 : « *Dans les années 1950, la problématique de l'environnement n'aurait pas encore été ressentie avec suffisamment d'acuité. C'est l'ignorance, en quelque sorte, qui expliquerait la carence* ».

Voir également Fabrice Picod « Protection de l'environnement et libre circulation des marchandises », Colloque d'Angers p. 419 : « *Cette absence ne paraît pas procéder d'une exclusion délibérée mais plutôt d'un manque de reconnaissance de tels intérêts au moment de la rédaction du traité* ».

compte des découvertes scientifiques révélant l'interaction de certains phénomènes pouvant mettre indirectement en danger la santé publique ou la vie des personnes à partir d'une atteinte à l'environnement (ce dernier motif ne figurant pas dans la liste de l'article 36 du TFUE à l'inverse des deux précédents).

A cet égard, la ligne tracée par la Cour n'est pas parfaitement claire. Certaines affaires semblent révéler une volonté de démarcation claire entre les motifs tirés de l'article 36, d'une part, et les exigences impératives, d'autre part (a). D'autres décisions de la Cour au contraire manifestent le souci de pallier aux inconvénients d'une interprétation trop stricte de l'article 36 (b).

a- Une démarcation claire entre les motifs tirés de l'article 36, d'une part, et les exigences impératives, d'autre part

La première situation peut être illustrée par l'affaire « Déchets wallons ». <sup>480</sup> Est en cause la réglementation belge interdisant l'entreposage, le dépôt et le déversement dans la région wallonne de déchets provenant d'un autre Etat membre ou d'une région autre que la région wallonne. La Belgique justifie les entraves à la circulation des déchets par la nécessité de protéger l'environnement et la santé publique tandis que la Commission conteste la possibilité d'invoquer des exigences impératives en raison du caractère discriminatoire de la réglementation législative. Pour autant, dans son appréciation du caractère discriminatoire de l'entrave en cause, la Cour estime qu'il convient de tenir compte de la nature particulière des déchets. Elle en déduit qu'en vertu du principe de la correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement et ceux d'autosuffisance et de proximité, les mesures contestées ne doivent pas être considérées comme discriminatoires.

Ce qui frappe à ce stade de notre analyse est l'option choisie par le juge communautaire d'une vision à court terme de l'impact potentiel des déchets dans la mesure où il se focalise sur leurs effets sur l'environnement. Implicitement, le raisonnement de la Cour semble laisser penser que les déchets ne pourraient relever de l'article 30 du traité CE (article 36 du TFUE) avant de constituer un danger immédiat pour la santé. Au point 30 de l'arrêt, elle affirme en effet que leur accumulation, avant même qu'ils ne deviennent dangereux pour la santé, constitue un

---

<sup>480</sup> Arrêt du 9 juillet 1992, « Commission contre Belgique », affaire C-2/90, Rec. 1992, p. I-4431.



danger pour l'environnement. Dans le même sens, l'avocat général Jacobs considère qu'il « *n'est pas possible d'interpréter l'exception fondée sur la santé humaine d'une façon large, qui permettrait des restrictions sur des substances ne menaçant pas la santé ou la vie, mais tout au plus, la qualité de la vie* ». <sup>481</sup>

Cette interprétation restrictive est plus explicite dans l'affaire « Safety Hi Tec ». <sup>482</sup> La Cour y refuse de suivre la thèse de l'avocat général qui s'était prononcé en faveur d'une prise en compte des effets à long terme de certains produits sur l'environnement pouvant justifier l'application de l'article 30 du traité CE (article 36 du TFUE) au nom de la protection de la santé publique.

#### b- Une forme d'assimilation des motifs de justification des mesures nationales

Cela se vérifie notamment lorsque les mesures visent à la fois la protection de la santé et la protection de l'environnement.

Ainsi dans les affaires « Heijn » <sup>483</sup> et « Mirepoix » <sup>484</sup>, la CJCE commence par rappeler que les pesticides représentent un danger pour la santé des hommes et des animaux mais aussi pour l'environnement avant de se focaliser sur le motif de protection de la santé et de la vie des personnes, en vue d'apprécier une réhabilitation possible de la réglementation litigieuse.

L'affaire « Toolex » <sup>485</sup> illustre également cette approche visant à une forme d'assimilation implicite du motif de protection de l'environnement aux motifs de dérogation de l'article 36 du traité. Est en cause dans l'affaire au principal, la réglementation suédoise qui interdit l'usage du trichloréthylène à des fins professionnelles et institue un système de dérogations individuelles. La Cour commence par rappeler que la mesure d'effet équivalent s'applique non seulement à l'interdiction de principe du produit en cause, mais aussi à l'obligation imposée à un opérateur de demander une exemption ou une dérogation à une mesure nationale constituant elle-même une restriction quantitative. Dans la seconde étape de son raisonnement, elle évoque parmi les fondements possibles de la réglementation litigieuse, la

---

<sup>481</sup> *Ibid*, Conclusions, point 20.

<sup>482</sup> Arrêt du 14 juillet 1998, « Safety Hi Tec », affaire C-284/95, Rec. 1998, p. I-4301.

<sup>483</sup> Arrêt du 19 septembre 1984, « Heijn », affaire 94/83, Rec. 1984, p. 3263, point 13.

<sup>484</sup> Arrêt du 13 mars 1986, « Ministère public contre Mirepoix », affaire 54/85, (précité), point 13.

<sup>485</sup> Arrêt du 11 juillet 2000, « Toolex », affaire C-437/98, Rec. 1999, p. I-7145.

protection de la santé et la vie des personnes et la protection de l'environnement.<sup>486</sup> Toutefois, elle se concentre exclusivement sur les deux premiers motifs précités en vue d'apprécier la nécessité et la proportionnalité de la réglementation en cause.<sup>487</sup>

Cette assimilation des motifs justificatifs « écrits », d'une part, et des raisons impérieuses d'intérêt général « non écrites »,<sup>488</sup> d'autre part, est plus explicite dans une série d'affaires plus récentes.

Ainsi, un arrêt « Commission contre Autriche »<sup>489</sup> relatif à un recours en constatation de manquement intenté par la Commission contre la République d'Autriche, dont la réglementation relative à l'immatriculation des véhicules d'occasion heurterait le principe de libre circulation des marchandises. Plus précisément et concrètement, l'administration autrichienne soumet l'immatriculation de véhicules d'occasion d'un certain âge précédemment immatriculés dans d'autres États membres, à des exigences techniques relatives aux émissions sonores et de gaz d'échappement, tandis que cette exigence ne s'applique pas aux véhicules déjà autorisés à circuler en Autriche.

A l'argument de la République d'Autriche selon lequel la mesure en cause serait justifiée pour des raisons prescrites par l'article 30 CE (article 36 TFUE) telle que la protection de la santé, la Cour suit un raisonnement qui tranche avec sa jurisprudence classique. Elle estime en effet qu'il n'y a pas lieu d'examiner séparément les arguments relatifs à la protection de l'environnement et ceux relatifs à la protection de la santé<sup>490</sup> au motif que la réglementation litigieuse antipollution a pour objectif la protection de la santé. Autrement dit, l'objectif de protection de l'environnement englobe celui de la protection de la santé. Est-ce la raison pour laquelle la Cour apprécie simultanément les motifs de justification tirés de l'article 30 CE (article 36 TFUE) et des exigences impératives ? Quoiqu'il en soit, on observe que l'hétérodoxie du raisonnement se traduit à un double niveau.

---

<sup>486</sup> *Ibid*, point 39.

<sup>487</sup> *Ibid*, points 40 à 45.

Voir également les arrêts du 7 novembre 1989, « Nijman », affaire 125/88, Rec. 3533 ; du 27 juin 1996, « Brandsma », affaire C-293/94, Rec. 1996, p. I-3159 ; du 17 septembre 1998, « Harpegnies », affaire 400/96, Rec. 1998, p. I-5121 ; du 15 juillet 2004, « Schreiber », affaire C-443/02, Rec. 2004, p. I-7275.

<sup>488</sup> Expressions empruntées à l'avocat général Verica Trstenjak dans ses conclusions relatives à l'arrêt du 21 décembre 2011, « Commission des Communautés européennes contre République d'Autriche », affaire C-28/09, Rec. 2011, p. I-13525, point 78.

<sup>489</sup> Arrêt du 11 décembre 2008, « Commission des Communautés européennes contre République d'Autriche », affaire C-524/07, Rec. 2008, p. I-187.

<sup>490</sup> *Ibid*, point 56.

Tout d'abord, la Cour ne respecte pas une première étape permettant d'apprécier si la mesure échappe à la qualification de MEERQ, en fonction de son objectif de protéger l'environnement. Ensuite, elle se focalise sur l'exigence de protection de l'environnement alors même qu'elle souligne le caractère discriminatoire de la mesure litigieuse.<sup>491</sup>

La Cour suit le même raisonnement dans un autre arrêt en manquement contre la République d'Autriche.<sup>492</sup> Y est en cause la réglementation autrichienne imposant des interdictions sectorielles de circulation pour des camions atteignant un certain tonnage et transportant des marchandises présentant des « *affinités avec le rail* », dans un but de protection de la qualité de l'air et de l'environnement. La Cour fonde son approche sur plusieurs arguments dont on ne peut que constater la logique, mais qui sur le plan juridique ne sont pas sans conséquences.

Comme premier argument, la Cour rappelle le principe d'intégration des exigences de protection de l'environnement et de la santé publique dans les politiques et les actions de la Communauté comme le prévoit le traité, ce qui aux yeux de la Cour les rapproche.<sup>493</sup>

Deuxièmement, la Cour précise également que la protection de l'environnement intègre la protection de la santé des personnes,<sup>494</sup> notamment dans la circonstance où la finalité de la lutte contre la pollution de l'air vise des objectifs sanitaires.<sup>495</sup> La conclusion qu'il convient d'en tirer serait donc qu'il n'y a pas lieu d'examiner séparément les arguments de l'Autriche selon qu'ils se rapportent à la protection de l'environnement ou à la protection de la santé publique.<sup>496</sup>

La portée concrète de cette jurisprudence pose cependant question dans la mesure où des exemples témoignent d'une certaine volonté de la Cour de maintenir clairement la distinction entre les deux régimes dérogatoires malgré les rapports entre la protection de la santé publique et la protection de l'environnement.<sup>497</sup> On peut également observer que le lien entre certaines exigences impératives, d'une part, et les dérogations textuelles, d'autre part, sont

---

<sup>491</sup> *Ibid*, point 60.

<sup>492</sup> Arrêt du 21 décembre 2011, « Commission des Communautés européennes contre République d'Autriche », affaire C-28/09, Rec. 2011, p. I-13525

<sup>493</sup> *Ibid*, point 121.

<sup>494</sup> *Ibid*, point 122,.

Voir également les arrêts du 8 juillet 2010, « Afton Chemical, C-343/09, Rec. 2010, p. I-7027, point 32 ; Arrêt du 22 décembre 2010, « Gowan Comercio Internacional e Servicos », affaire C-77/09, Rec. 2010, p. I-13533, point 71.

<sup>495</sup> *Ibid*, point 22.

Voir également l'arrêt du 11 décembre 2008, « Commission contre République d'Autriche », affaire C-524/07, Rec. 2008, p. I-187, point 56.

<sup>496</sup> Point 119.

<sup>497</sup> Voir par exemple, l'arrêt du 13 mars 2001, « Preussen Elektra et Schleswig AG », affaire « C-379/98 », Rec. P. I-2009, points 73 à 75.

dans certains cas moins étroits, ce qui explique probablement les divergences jurisprudentielles. En effet, dans l'affaire « Commission contre République d'Autriche » précitée, la Cour constate que les objectifs de protection de l'environnement et de protection de la santé des personnes « *sont intimement liés l'un à l'autre, notamment dans le cadre de la lutte contre la pollution de l'air* ». <sup>498</sup>

D'autres entorses à la jurisprudence classique entretiennent cependant le doute sur sa pérennité. Les formules ambiguës utilisées par la Cour tendent vers une forme d'assimilation des fondements des exigences impératives à ceux des dérogations de l'article 36 du traité : « ... *une réglementation nationale qui constitue une mesure d'effet équivalent à des restrictions quantitatives ne peut être justifiée que par l'une des raisons d'intérêt général énumérées à l'article 30 CE ou par des exigences impératives. Dans l'un et l'autre cas, la mesure nationale doit être propre à garantir la réalisation de l'objectif poursuivi et ne pas aller au delà de ce qui est nécessaire pour qu'il soit atteint* ». <sup>499</sup> Les exigences impératives ne perdaient alors-t-elles pas leur raison d'être dans la mesure où elles « *aboutissaient à dénier aux réglementations litigieuses la qualification de mesure d'effet équivalent* ». <sup>500</sup>

Une autre manifestation du rejet de la distinction entre exigences impératives et dérogations textuelles vient du rattachement à ces dernières de motifs non inscrits dans la liste de l'article 36 du traité. C'est le cas dans un arrêt en manquement contre le Royaume de Belgique <sup>501</sup> auquel il est fait grief notamment de maintenir une réglementation soumettant l'importation, la détention et la vente d'oiseaux nés et élevés en captivité légalement commercialisés dans d'autres États membres à des conditions restrictives telles que l'obligation de modifier le marquage des oiseaux afin de le rendre conforme aux dispositions de la réglementation belge. Après avoir affirmé l'existence d'une entrave aux échanges intracommunautaires, la Cour s'interroge sur une éventuelle justification des mesures litigieuses. Lors de cet exercice, le juge estime que les mesures contribuant à maintenir la biodiversité visent à protéger la vie de ces animaux et sont à ce titre susceptibles d'être justifiées en vertu de l'article 30 du traité. <sup>502</sup>

---

<sup>498</sup> Arrêt du 21 décembre 2011, « Commission des Communautés européennes contre République d'Autriche », affaire C-28/09, Rec. 2011, p. I-13525, point 122.

<sup>499</sup> Arrêt du 6 octobre 2011, « Philippe Bonnarde contre Agence de Services et de Paiement », affaire C-443/10, Rec. p. I-9327, point 32.

<sup>500</sup> Bertrand Brunesse, « Que reste-t-il des exigences impératives d'intérêt général ? », Europe 2012, Etude 1, p. 11.

<sup>501</sup> Arrêt du 10 septembre 2009, « Commission contre Royaume de Belgique », affaire 100/08, Rec. 2009, p. I-140.

<sup>502</sup> *Ibid*, point 93.

Ainsi, notre analyse révèle qu'en dépit de certaines hésitations, la jurisprudence de la Cour semble évoluer vers une forme d'assimilation des fondements des exigences impératives et des dérogations de l'article 36 du traité en raison du caractère frontalier de certains motifs de justifications.<sup>503</sup>

En revanche, une interprétation restrictive de l'article 36 semble confirmée par l'occultation apparente par la Cour de la seconde phrase du même article qu'il convient également d'interpréter.

## **II- L'article 34 TFUE relu à la lumière de l'article 36 ou la recherche d'une volonté protectionniste**

La libre circulation est un droit dont l'exercice ne peut logiquement dépendre du pouvoir discrétionnaire ou d'une tolérance de l'administration nationale.<sup>504</sup> Pour autant, l'esprit et la lettre même du traité n'impliquaient-ils pas la recherche d'une volonté protectionniste ? Une réponse affirmative à cette question pourrait être fondée sur la lettre de l'article 36 du TFUE qui interdit toute « *discrimination arbitraire* » ou « *restriction déguisée* ». Cette formulation n'implique-t-elle pas, lors de l'examen de la proportionnalité des mesures restrictives, un contrôle des intentions subjectives qui motivent leurs auteurs ?<sup>505</sup>

Or deux constats sur lesquels nous allons revenir, révèlent l'insensibilité de la Cour à cet argument. Premièrement, la CJUE est souvent apparue indifférente au contexte qui aurait pu placer l'Etat au-dessus de tout soupçon, comme l'illustrent un certain nombre d'affaires. Deuxièmement, la Cour pourrait être influencée par « la loi du nombre ».

La première affirmation concerne des situations objectives qui aurait pu éloigner la suspicion et la défiance de la Cour.

---

<sup>503</sup> Nourissat Cyril, De Carrière Bonnamour Blandine, « Droit de la concurrence, libertés de circulation – Droit de l'Union – Droit interne, Dalloz 2013, 4<sup>ème</sup> édition, p. 123.

Molinier Joël, de Grove Valdeyron Nathalie, « Droit du marché intérieur », 3<sup>ème</sup> édition, LGDJ, Système Droit (2011), p. 72.

<sup>504</sup> Arrêt du 15 mars 2007, « Commission contre République de Finlande », affaire 54/05, Rec. p. I-2473, point 36.

<sup>505</sup> Voir Simon Denys, « Régime d'autorisation préalable à l'importation d'esprit de vin », Europe, Novembre 2006, p.16.

Ainsi, dans les arrêts relatifs à la « loi de pureté » de la bière en Allemagne,<sup>506</sup> la CJCE occulte la dimension culturelle du produit pour ne retenir que l'effet d'entrave, malgré le caractère traditionnel et très ancien de la réglementation allemande.

De même, la CJUE ne semble pas plus sensible aux difficultés pratiques invoquées par les Etats pour expliquer les entraves dont le seul effet sur les échanges est pris en compte.

Pour exemple, l'affaire des « bouteilles danoises », concerne une réglementation du royaume du Danemark en vertu de laquelle les producteurs de bières et de boissons rafraichissantes doivent commercialiser ces boissons dans des emballages agréés par l'agence nationale pour la protection de l'environnement et susceptibles d'être réutilisés. La CJCE reste indifférente à l'argument du Danemark qui justifie sa réglementation en indiquant que le système de consigne serait compromis dans son fonctionnement si le nombre d'emballages agréés était si élevé qu'il risquerait de décourager les détaillants tenus d'aménager des espaces de stockage disproportionnés.<sup>507</sup>

Ajoutons que la Cour de justice rejette toute justification basée sur une règle « *de minimis* ». En effet, la définition jurisprudentielle des MEERQ inclut des dispositions nationales susceptibles d'entraver les échanges sans qu'il soit nécessaire d'apporter la preuve qu'elles ont produit un effet sensible sur lesdits échanges. Or l'absence d'effet sensible devrait permettre de conclure à l'absence de volonté protectionniste. Notre conviction est encore renforcée par la comparaison avec le droit communautaire de la concurrence qui permet aux autorités d'appliquer la règle « *de minimis* » permettant ainsi aux « *accords d'importance mineure* » passés entre des entreprises ayant des parts de marché relativement faibles, d'échapper à l'application de l'article 101 TFUE.<sup>508</sup>

Enfin, les États peuvent être jugés responsables au titre de l'article 34 du TFUE d'entraves aux échanges dues à des causes qui ne sont pas d'origine étatique. Ainsi, la Cour condamne les carences des États membres à intervenir lorsque des actions de particuliers visent à

---

<sup>506</sup> Arrêt du 12 mars 1987, « Commission des Communautés Européennes contre République Fédérale d'Allemagne », affaire 178/84, Rec. 1987, p. 1227.

<sup>507</sup> *Ibid*, point 15.

<sup>508</sup> La règle « *de minimis* » a fait l'objet de communications successives de la Commission.

Aux termes de l'article 101 du TFUE, « *sont interdits et incompatibles avec le marché commun tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées qui sont susceptibles d'affecter les échanges entre Etats membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser la concurrence à l'intérieur du marché commun* ».

empêcher la libre circulation des marchandises. Autrement dit, le principe de libre circulation des marchandises oblige non seulement les États membres à ne pas créer eux-mêmes des obstacles susceptibles d'entraver les échanges, mais également à adopter, en cohérence avec le traité, toute mesure nécessaire au maintien de cette liberté.<sup>509</sup>

L'affaire des « fraises espagnoles »<sup>510</sup> fournit un tel exemple d'intransigeance de la Cour face aux arguments de la France qui tente de justifier l'inefficacité des mesures adoptées contre des manifestants français qui s'opposent par la violence à l'importation sur le territoire national de produits agricoles en provenance d'autres États membres et notamment d'Espagne.

Pour la Cour, le fait pour un État membre de s'abstenir d'agir, ou de ne pas adopter des mesures suffisantes pour empêcher des obstacles à la libre circulation des marchandises créés par des actions de particuliers est de nature à entraver les échanges intracommunautaires tout autant qu'un acte positif.<sup>511</sup>

De même, l'arrêt préjudiciel « Schmidberger »<sup>512</sup> présente certains points communs avec l'arrêt en manquement précité. Le renvoi préjudiciel trouve en effet son origine dans l'action en justice d'une société de transport devant la juridiction de renvoi afin d'obliger la République d'Autriche à l'indemniser, en raison de l'impossibilité pour ses camions d'emprunter une autoroute sur laquelle un rassemblement autorisé par les autorités autrichiennes a entraîné la paralysie de la circulation pendant plusieurs jours. La Cour se réfère à l'affaire des « fraises espagnoles » en rappelant la responsabilité d'un État qui s'abstiendrait de prendre les mesures requises pour faire face à des entraves à la libre circulation des marchandises dûes à des causes d'origine non étatique.<sup>513</sup>

La seconde affirmation selon laquelle la Cour pourrait être influencée par la loi du nombre, se fonde sur la thèse défendue par une certaine doctrine<sup>514</sup> soutenant que la Cour aurait été guidée par « *the principle of majoritarianism* » : Dans ses appréciations, la Cour refuserait de

---

<sup>509</sup> Arrêts du 9 décembre 1997 « Commission contre République française », affaire C-265/95, Rec., p. I-6959, point 32; du 12 juin 2003, « Schmidberger », affaire C-112/00, Rec., p. I-5659, point 59.

<sup>510</sup> Arrêt du 9 décembre 1997 « Commission contre République française », affaire C-265/95, Rec. p. I-6959, point 30.

<sup>511</sup> *Ibid.*, point 31.

<sup>512</sup> Arrêt du 12 juin 2003, « Schmidberger », affaire C-112/00, Rec. 2003, p. I-5659.

<sup>513</sup> *Ibid.*, point 57.

<sup>514</sup> M. Poiares Maduro, « We the Court : The European Court of Justice and the European Economic Constitution » (Oxford 1998), 88.

légitimer une réglementation fondée sur des motifs ou des exigences de protection du consommateur non partagés par une majorité d'Etats membres. L'affaire « Loi de pureté de la bière » opposant la RFA et la Commission en serait une illustration. Sans partager une vision aussi caricaturale de la jurisprudence de la Cour, nous estimons toutefois que les interprétations finalistes du traité aggravent la vulnérabilité des Etats membres dans l'exercice de leur compétence résiduaire.

## **Conclusion de la section**

Il apparaît que la conception souvent restrictive de l'article 36 adoptée par la Cour de justice présente une dimension à la fois objective dans le sens où elle concerne le champ couvert par les motifs de dérogation listés dans l'article 36 du traité, mais également une dimension subjective dans la mesure où l'absence de volonté protectionniste de la part des États membres ne leur garantit pas l'immunité. La portée du régime dérogatoire prévu par le traité apparaît ainsi comme limité dans son application, ce qui réduit d'autant la marge de manœuvre concédée aux États membres dont la vulnérabilité peut être également soulignée.

## **Section 2- La vulnérabilité des Etats membres dans l'exercice de leur compétence résiduaire**

La définition extensive des MEERQ signerait, selon une certaine doctrine, la manifestation de la supériorité de l'ordre juridique communautaire sur celui des États membres.<sup>515</sup> Pour en assurer le plein effet, la Cour de justice s'est dotée des instruments nécessaires afin de s'opposer efficacement aux réflexes protectionnistes des États membres et de garantir la réalisation de l'objectif d'intégration. Ainsi, nous avons évoqué dans notre introduction générale, un certain nombre de principes directeurs tels que celui de l'effet direct de l'article 34 du traité qui autorise les opérateurs économiques, et tout particulièrement les plus puissants d'entre eux, à exercer une forte pression en faveur de l'élimination des réglementations nationales dès lors qu'elles compromettent leur expansion internationale. On a ainsi pu constater que certaines entreprises ou enseignes étaient devenues de véritables spécialistes de la contestation fondée sur l'article 30 du traité (article 34 TFUE).<sup>516</sup> Cette

---

<sup>515</sup> Miguel Poiaras Maduro, « We the Court, The European Court of Justice and the European Economic Constitution, A critical reading of Article 30 of the EC Treaty », Oxford Portland Oregon, p. 26.

<sup>516</sup> *Ibid*, M. Poiaras Maduro cite en exemple la société Denkavit ayant à son actif 21 actions devant la Cour de justice.



influence du monde des affaires semble corroborée par la corrélation entre l'augmentation des échanges et le nombre de renvois préjudiciels à la Cour de justice relatifs à l'interprétation de l'article 30 du traité.<sup>517</sup>

Dans cette logique de l'intégration économique, la jurisprudence communautaire a contribué à une certaine vulnérabilité des États membres, encourageant ainsi le secteur privé à contester les réglementations nationales plus ou moins attentatoires à leur liberté économique et commerciale. En effet, l'exercice imposé aux États membres pour justifier des réglementations nationales restrictives peut se révéler difficile et son issue défavorable. Cette situation de fragilité des États membres est révélée par leur statut de présumés coupables lorsqu'ils doivent justifier une dérogation à l'article 34 TFUE (I), mais aussi par la discrimination à rebours qu'ils sont parfois contraints de supporter (II), ou encore par l'obligation de confiance mutuelle qu'ils doivent se témoigner (III).

## **I- Des États membres vulnérables par leur statut de coupables présumés**

Une présomption de culpabilité pèse sur les États membres lors de l'examen des conditions d'application des articles 34 et suivants TFUE (articles 28 et suivants du traité CE). En effet, face au juge communautaire, l'État membre d'importation d'un produit en provenance d'un autre État membre est, sauf cas particuliers, responsable des contraintes générées par la nécessaire adaptation par le fabricant ou l'exportateur de ses produits aux règles de l'État d'importation. Ce statut de coupable présumé (A) est encore aggravé par le devoir des États membres d'assumer leurs responsabilités (B).

### **A- Le statut de coupable présumé et ses conséquences**

La charge de la preuve que les articles 34 et 35 du traité ont été violés pèse sur le requérant. Toutefois, « *le corollaire du principe de la reconnaissance mutuelle* » est la présomption par la Cour que les réglementations relatives aux produits, « *entravent de par leur nature même les échanges* »<sup>518</sup>. En outre, depuis l'arrêt « Cassis de Dijon », il est de jurisprudence constante que la qualification de mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative ne

---

<sup>517</sup> *Ibid*, p. 26.

<sup>518</sup> Mario Todino et Tilman Lüder, « La jurisprudence « Keck » en matière de publicité : vers un marché unique inachevé ? » *Revue du Marché Unique Européen*, 1/1995, p. 177.

nécessite nullement la vérification d'une entrave effective des échanges inter étatiques. Ainsi des exigences simplement formelles à l'importation peuvent déterminer la qualification d'une réglementation nationale.<sup>519</sup> Autrement dit, le caractère protecteur caractérisant une mesure restrictive est présumé, dès lors que les fabricants d'un Etat membre doivent adapter leurs produits aux normes de fabrication ou de commercialisation de l'Etat membre d'importation. Le coût résultant de cette mise aux normes imposée par l'Etat d'importation vient en effet s'ajouter et alourdir les charges résultant de la réglementation nationale du pays d'exportation. Le désavantage résulte du fait que les produits importés ont déjà supporté le coût résultant de l'adaptation aux standards imposés dans le pays de production ou au fait que les produits concernés sont souvent commercialisés dans l'Etat d'importation en moindre quantité que les produits nationaux.<sup>520</sup>

Ce principe apparaît clairement dans une affaire « Commission contre République française »,<sup>521</sup> dans laquelle la Cour constate le manquement de la France en raison d'une réglementation nationale distinguant entre les ouvrages méritant l'appellation « or » et les ouvrages bénéficiant de l'appellation « alliage d'or » en fonction de leur teneur en or. A l'argumentation du gouvernement français selon lequel la Commission n'aurait pas satisfait à la charge de la preuve qui pèse sur elle dans le cadre du recours en manquement,<sup>522</sup> la Cour rappelle que l'application de l'article 28 CE (article 34 TFUE) ne requiert pas d'apporter la preuve que la réglementation en cause a produit un effet sensible sur les échanges intracommunautaires.<sup>523</sup> Cette interprétation n'avait rien d'évident s'il l'on en juge par l'opinion souvent contraire des tribunaux nationaux.<sup>524</sup>

---

<sup>519</sup> Arrêt du 28 septembre 2006, « Jan-Erik Anders Ahokainen, Mati Leppik », affaire C-434/04, Rec. 2006, p. I-9171, dans lequel la Cour affirme que l'exigence, fut elle purement formelle, de licences d'importation ou tout autre procédé similaire est contraire à l'article 28 CE (article 34 TFUE). Voir également les arrêts du 8 février 1983, « Commission contre Royaume-Uni », affaire 124/81, Rec. 1983, p. 203, point 9 ; du 5 juillet 1990, « Commission contre Belgique », affaire C-304/88, Rec. 1990, p. I-2801, point 9 ; du 26 mai 2005, « Commission contre France », affaire C-212/03, Rec. 2003, p. I-4213, point 16.

<sup>520</sup> M. Paul Demaret fait remarquer que ce constat se vérifie particulièrement au début de l'établissement d'un marché commun, puisque le principal débouché est pour beaucoup de producteurs nationaux le marché national auquel ils ont adapté leurs produits. *in* « Mondialisation et accès au marché – L'accès au marché des services réglementés : la libéralisation du commerce des services dans le cadre du traité CE », Revue internationale de droit économique, 2002/2-3 (t. XVI).

<sup>521</sup> Arrêt du 8 juillet 2004, « Commission contre France », affaire C-166/03, Rec. 2004, p. I-6535.

<sup>522</sup> *Ibid*, point 7.

<sup>523</sup> *Ibid*, point 15.

Voir également l'arrêt du 10 novembre 1992, « Exportur SA contre LOR SA et Confiserie du Tech SA », affaire C-3/91, Rec. 1992, p. I-5529, point 20.

<sup>524</sup> Malcolm Jarvis, « The Application of EC Law by National Courts-The Free Movement of Goods » Clarendon Press - Oxford 1998, p. 54.

La conséquence de cette présomption de non conformité avec l'article 34 TFUE signifie que la Cour de justice fait en réalité peser sur l'État membre invoquant un motif de justification tiré de l'article 36 du TFUE ou correspondant à une exigence impérative, l'obligation de démontrer que les mesures qu'il impose satisfont aux critères de nécessité et de proportionnalité.<sup>525</sup>

Cette interprétation que la Cour a retenue dès l'arrêt « Cassis de Dijon », correspond à un renversement de la charge de la preuve par rapport à la position initiale de la Commission telle qu'elle figurait dans la directive 70/50 à propos des mesures indistinctement applicables aux produits nationaux et aux produits importés. Ainsi la Cour se distingue de l'exécutif communautaire et renforce considérablement son pouvoir d'appréciation des réglementations nationales.

Une telle méfiance vis à vis des États membres se manifeste avec la plus grande évidence lorsque le motif invoqué par l'État membre concerne la protection de la santé publique et de la vie des personnes. Monsieur Alfonso Mattera souligne à ce propos la « *rigueur des termes utilisés* », la Cour faisant référence à l'obligation pour l'État membre de démontrer, dans chaque cas d'espèce, ... « *que la commercialisation du produit en cause présente un risque sérieux pour la santé* »<sup>526</sup>. On peut ainsi déduire de la jurisprudence communautaire, qu'au delà du principe, la charge que la Cour fait peser sur les États membres est particulièrement lourde et sans concession. En effet et premièrement, la démonstration doit reposer sur des preuves et non sur de simples allégations. Deuxièmement, elle doit se rapporter à chaque cas d'espèce et ne saurait avoir une portée systématique. Enfin, la Cour a eu plusieurs occasions de rappeler l'exigence selon laquelle les mesures sanitaires nationales doivent être motivées sur la base d'une évaluation scientifique des risques pour la santé, fondée sur des données scientifiques et non pas sur des considérations purement hypothétiques (cette affirmation doit cependant être tempérée en raison d'une prudence parfois accrue de la CJUE).

---

<sup>525</sup> Arrêt du 8 novembre 1979, « Firma Denkavit », affaire 251/78, Rec. 1979, p. 3369, point 24.

A. Mattera, « La libre circulation des marchandises », Revue du Droit de l'Union Européenne, 2/2010, p. 234.

La jurisprudence « Cassis de Dijon » est à l'origine de la nouvelle approche en matière d'harmonisation et de normalisation que l'auteur justifie par une formule synthétique : « *Puisque la Cour considère que les dispositions techniques ne peuvent être opposées aux opérateurs économiques, pourquoi continuer à essayer de les harmoniser sur le plan communautaire ? Il suffit de restreindre la législation communautaire aux seuls éléments essentiels* » ou impératifs. Conformément à cette nouvelle approche, les institutions communautaires n'ont plus à négocier les détails techniques pour se concentrer sur lesdites exigences essentielles relatives à la sécurité des produits et permettant de renvoyer les aspects techniques aux professionnels chargés de la normalisation.

<sup>526</sup> Arrêt du 30 novembre 1983, affaire « Van Bennekom », Rec. 1983, p. 3883.

Cette présomption de culpabilité est lourde de conséquence lorsque les Etats membres sont la cible d'un recours en constatation de manquement devant la Cour (1) ou les acteurs d'un contentieux devant une juridiction nationale (2).

### 1- La présomption de culpabilité des Etats membres face à la Commission

Nous proposons ci-après un échantillon d'exemples illustrant la difficulté des Etats membres à convaincre du bien fondé des réglementations restrictives (première liste), même si la Cour se montre parfois plus compréhensive (seconde liste).

Concernant la première liste, citons les affaires « Commission contre Italie »<sup>527</sup> et « Commission contre Royaume de Belgique »<sup>528</sup> dans lesquelles la Cour constate que les États n'ont pas démontré la nocivité de la gélatine au delà des limites fixées par les mesures contestées.<sup>529</sup>

Dans l'affaire des « fraises espagnoles »,<sup>530</sup> la CJCE soutient que le gouvernement français n'a pas établi concrètement la réalité d'un danger pour l'ordre public auquel il ne puisse faire face pour justifier l'inefficacité des mesures prises pour contrer l'action des manifestants à l'entrée de fruits espagnols sur le territoire français.

L'affaire C-212/03<sup>531</sup> souligne également, s'agissant de l'importation par un particulier de médicaments non réalisée par transport personnel, l'absence de preuve par le gouvernement français qu'une procédure d'autorisation préalable est nécessaire pour protéger la santé publique.

Dans l'affaire « Morellato »,<sup>532</sup> la Cour relève à propos de la réglementation italienne qui soumet la vente de pain obtenu en achevant sur place la cuisson de pain partiellement cuit, congelé ou non, importé d'un autre État membre à un conditionnement préalable, que ni la

---

<sup>527</sup> Arrêt du 11 juillet 1984, « Commission contre Italie », affaire 51/83, Rec. 1984, p. 2793, point 17.

<sup>528</sup> Arrêt du 11 mai 1989, « Commission contre Royaume de Belgique », affaire 52/88, Rec. 1989, p. 1137.

<sup>529</sup> Voir également, concernant la protection de la santé et le secteur alimentaire, l'arrêt du 12 mars 1987, « Commission contre République Hellénique », affaire 176/84, Rec. 1987, p. 1193, point 40.

<sup>530</sup> Arrêt du 9 décembre 1997 « Commission contre République française », affaire C-265/95, Rec. 1997, p. I-6959, point 57.

<sup>531</sup> Arrêt du 6 mai 2005, « Commission des Communautés européennes contre France », affaire C-212/03, Rec. 2003, p. I-4213.

<sup>532</sup> Arrêt du 18 septembre 2003, « Tommaso Morellato contre commune di Padova », affaire 416/00, Rec. 2003, p. I-9383.

juridiction de renvoi, ni le gouvernement italien n'ont fourni d'indications permettant de justifier la mesure sur le plan sanitaire.

Dans l'affaire C-320/03,<sup>533</sup> il est reproché à l'administration autrichienne, en violation du principe de proportionnalité, de ne pas avoir établi de manière concluante qu'elle avait suffisamment étudié la possibilité de solutions alternatives moins restrictives pour les échanges, visant à la réduction des émissions de polluants.<sup>534</sup>

Une affaire « Commission contre Royaume des Pays-Bas »<sup>535</sup> concerne la réglementation hollandaise interdisant l'ensemencement d'huîtres et de moules à défaut d'une autorisation préalable. Or, Il apparaît à l'observation des faits que ce régime d'autorisation est systématiquement appliqué aux espèces en provenance des autres États membres, tandis que les mêmes espèces provenant des Pays-Bas ne le sont que dans certains cas. Après avoir admis la légitimité de l'objectif de protection de la biodiversité et la conservation des espèces halieutiques dans l'intérêt de la pêche, elle juge toutefois la mesure disproportionnée dans la mesure où les Pays-Bas n'ont pas démontré l'aptitude du régime d'autorisation à réaliser l'objectif visé. Il est notamment reproché à l'État membre de ne pas fournir suffisamment d'informations sur les modalités et les critères d'appréciation relevant dudit régime,<sup>536</sup> et de s'être contenté d'affirmations trop vagues pour justifier la différence de traitement selon l'origine des coquillages.<sup>537</sup> Quant au principe de précaution, il ne peut être invoqué que lorsque l'existence ou la portée d'un risque ne peut être déterminée avec certitude sur la base de données scientifiques et des résultats les plus récents de la recherche internationale qui en l'occurrence font défaut.<sup>538</sup>

Dans l'affaire 524/07,<sup>539</sup> la Cour doit se prononcer dans le cadre d'un recours en constatation de manquement contre l'Autriche à laquelle la Commission reproche de soumettre l'immatriculation de véhicules d'occasion d'un certain âge précédemment immatriculés dans d'autres États membres à des exigences techniques relatives aux émissions sonores et de gaz

---

<sup>533</sup> Arrêt du 15 novembre 2005, « Commission des Communautés européennes contre République d'Autriche », affaire C-320/03, Rec. 2005, p. 9871.

<sup>534</sup> *Ibid.*, points 88 à 91.

<sup>535</sup> Arrêt du 4 décembre 2008, « Commission contre Royaume des Pays-Bas », affaire C-249/07, Rec. 2008, p. I-174, Rec. 2008, p. 1193.

<sup>536</sup> *Ibid.*, point 46.

<sup>537</sup> *Ibid.*, point 49.

<sup>538</sup> *Ibid.*, points 50 et 51.

<sup>539</sup> Arrêt du 11 décembre 2008, « Commission contre République d'Autriche », affaire C-524/07, Rec. 2008, p. I-187.

d'échappement, tandis que cette exigence ne s'applique pas aux véhicules déjà autorisés à circuler en Autriche. La Cour estime que la République d'Autriche ne démontre pas que l'objectif visant à réduire le nombre des véhicules non équipés d'un dispositif de réduction des émissions polluantes et du bruit, ne pourrait être atteint par des mesures non discriminatoires moins restrictives.<sup>540</sup>

Toutefois, la Cour peut se montrer plus réceptive aux allégations des Etats lors de l'exercice visant à démontrer que leur réglementation est appropriée et nécessaire pour atteindre un objectif légitime, comme le démontrent les arrêts de cette seconde liste.

Dans l'affaire « Remorques italiennes »<sup>541</sup> la Cour se montre moins intransigente que son avocat général Yves Bot, lorsque ce dernier souligne que les autorités italiennes n'ont pas démontré que l'interdiction d'utiliser des remorques couplées à une moto sur l'ensemble du territoire national est proportionnée au regard de l'objectif de garantir la sécurité routière. Il explique sa position en rappelant que les autorités nationales auraient dû examiner d'autres mesures alternatives moins restrictives qu'une interdiction générale et absolue en ne les écartant qu'après avoir établi leur inadéquation par rapport à l'objectif poursuivi. La Cour, plus clément, allège la charge de la preuve en estimant qu'elle « *ne saurait aller jusqu'à exiger que cet Etat membre démontre de manière positive, qu'aucune autre mesure imaginable ne permet de réaliser ledit objectif dans les mêmes conditions* ».<sup>542</sup> Ne pourrait-on expliquer cette clémence particulière de la Cour par la parenté entre, d'une part, les mesures relatives aux modalités de vente pour lesquelles il existe une présomption de conformité avec l'article 34 TFUE et, d'autre part, les réglementations relatives aux modalités d'utilisation des produits qui ne bénéficient pas d'un tel régime ?

Dans l'hypothèse où la Cour a été convaincue de la proportionnalité de la mesure, la charge de la preuve contraire bascule sur la Commission.

Dans une affaire « Commission contre République française »<sup>543</sup>, le recours en constatation de manquement concerne notamment la réglementation française instaurant une procédure

---

<sup>540</sup> *Ibid*, point 61.

<sup>541</sup> Arrêt du 10 février 2009, « Commission des Communautés européennes contre République italienne », affaire C-110/05, Rec. 2009, p.I-519.

<sup>542</sup> *Ibid*, point 66.

<sup>543</sup> Arrêt 14 décembre 2000, « Commission des Communautés européennes contre République française », affaire 55/99, Rec. 2000, p. I-11499.

d'enregistrement applicable à tous les réactifs médicaux, sans aucune distinction selon la gravité de la maladie qu'ils permettent de détecter et la fiabilité qu'ils doivent garantir pour la santé publique. Après avoir rappelé qu'il appartient à la Commission d'établir l'existence du manquement allégué et d'apporter à la Cour les éléments nécessaires pour le vérifier, le juge souligne concernant la procédure litigieuse, que la Commission n'a guère étayé son grief à l'encontre du décret litigieux permettant de le juger disproportionné et non nécessaire.<sup>544</sup> La formulation employée par l'avocat général est à cet égard plus explicite : « *La procédure française d'enregistrement ne satisferait manifestement pas à cette exigence... (de nécessité). Cependant, en l'absence de tout autre argument de la Commission en sens contraire, nous acceptons les assurances données par la France, selon lesquelles le système mis en place par le décret litigieux ne constitue pas une simple formalité* ». <sup>545</sup>

La présomption de culpabilité produit également ses effets dans le cadre de procédures intentées devant les juridictions nationales.

## 2- La présomption de culpabilité des États membres dans le cadre d'une procédure nationale

La présomption de culpabilité des États est également soulignée par la Cour à l'occasion de certains arrêts préjudiciels en interprétation.<sup>546</sup> Indirectement, la jurisprudence « Cassis de Dijon » consolide ainsi la position des opérateurs économiques face aux États membres qui ne peuvent se contenter d'alléguer de la non-conformité d'un produit importé avec les normes nationales. En effet la CJUE rappelle régulièrement aux juridictions nationales qu'il appartient aux États membres d'apporter au juge saisi, la preuve que leur réglementation satisfait aux conditions d'exemption tirées de la théorie des exigences impératives ou des dérogations de l'article 36 du TFUE.

Elle l'a affirmé de manière particulièrement explicite à l'occasion de l'affaire « Sandoz »,<sup>547</sup> où la seconde question préjudicielle posée à la Cour, vise précisément à savoir si le droit communautaire s'oppose à une réglementation nationale, lorsque l'autorisation de commercialiser est subordonnée à la condition que l'importateur prouve que le produit en

---

<sup>544</sup> *Ibid*, points 27 à 39.

<sup>545</sup> *Ibid*, conclusions, point 37.

<sup>546</sup> Conclusions de l'avocat général Stix-Hackl dans l'arrêt du 11 décembre 2003, « Deutscher Apothekerverband eV contre DocMorris NV et Jacques Waterval », affaire C-322/01, Rec. p. I-14887, point 155.

<sup>547</sup> Arrêt du 14 juillet 1983, « Sandoz », affaire 174/82, Rec. 1983, p.2445.

cause n'est pas nocif pour la santé. La Cour rappelle que l'article 36 comporte une exception d'interprétation stricte à la règle de libre circulation des marchandises. Il s'ensuit qu'il relève de la responsabilité des États membres de vérifier que la mesure envisagée satisfait aux critères de cette disposition.<sup>548</sup>

Ce principe est largement repris et souligné dans la jurisprudence de la Cour et notamment dans une affaire « Commission contre République autrichienne »<sup>549</sup> dans laquelle est mise en cause la réglementation autrichienne interdisant la circulation des poids lourds sur un tronçon autoroutier pour des motifs environnementaux. Dans son appréciation, la cour déclare qu'il « *incombait aux autorités autrichiennes d'examiner attentivement la possibilité de recourir à des mesures moins restrictives de la liberté de circulation et de ne les écarter que si leur caractère inadéquat, au regard de l'objectif poursuivi, était clairement établi* ».<sup>550</sup>

Il convient cependant de relativiser nos précédentes conclusions dans le domaine des réglementations relatives aux modalités de vente, à la suite de l'arrêt « Keck et Mithouard ». La Cour de justice présume en effet que les réglementations nationales relatives aux modalités de vente ne désavantagent pas, sauf en cas de discrimination, les produits importés par rapport aux produits nationaux. En conséquence, les États membres n'ont pas en la matière à justifier le bien-fondé de leur politique. Rappelons que dans le même esprit, la directive 70/50 fait la distinction entre les mesures relatives aux produits et celles relatives aux modalités de commercialisation, ces dernières n'étant assimilées à des MEERQ qu'à la condition que leurs effets restrictifs sur les importations « *dépassent le cadre des effets propres d'une réglementation de commerce* ».

Cette dernière réserve, liée à l'affaire « Keck et Mithouard » doit être elle-même relativisée par les limites de principe que la Cour y a défini et dont elle précise la portée dans des arrêts postérieurs. Rappelons en effet que pour échapper au champ d'application de l'article 30 TCE (article 34 TFUE), « *les dispositions nationales limitant ou interdisant certaines modalités de vente ne doivent pas être de nature à empêcher l'accès au marché des produits en provenance d'un autre membre ni à le gêner davantage qu'elle ne gêne celui des produits*

---

<sup>548</sup> *Ibid*, points 22 et 23.

<sup>549</sup> Arrêt du 15 novembre 2005, « Commission contre Autriche », affaire 320/03, Rec. Rec. 2005, p. I-9871.

<sup>550</sup> *Ibid*, point 88. Voir également les arrêts du 4 juin 1992, « Procédure pénale contre Michel Debus », affaires jointes C-13/91 et C- 113/91, Rec. 1992, p. I-3617, point 18 ; du 28 septembre 2006, « Jan-Erik Anders Ahokainen, Mati Leppik », affaire C-434/04, Rec. 2006, p. I-9171, point 31. ; du 5 juin 2007, affaire C 170/04 « Rosengreen », Rec. 2007, p. I-4071, point 50.



*nationaux* ». <sup>551</sup> Ainsi une réglementation indistinctement applicable aux produits nationaux et aux produits importés peut révéler une forme de discrimination matérielle en ce qu'elle désavantage l'accès au marché de l'État d'importation des seconds par rapport à celui des premiers. <sup>552</sup>

La responsabilité présumée des États membres que nous venons d'illustrer par quelques exemples ne peut être évitée par de simples allégations ou le cynisme souvent révélateurs de mauvaise foi.

## B- Les Etats membres face à leurs responsabilités

Les États membres doivent assumer leurs responsabilités et craindre l'intransigeance de la Cour face à leurs allégations relatives aux difficultés matérielles pouvant justifier les entraves aux échanges.

Cette affirmation peut être illustrée par une affaire « Commission contre République d'Autriche », <sup>553</sup> dans laquelle, rappelons le, est en cause une réglementation nationale visant la protection de la qualité de l'air et imposant aux camions d'un certains tonnage et transportant certaines marchandises, d'emprunter un tronçon autoroutier correspondant à un axe de circulation important entre plusieurs États membres. Après avoir estimé qu'une telle réglementation correspond à un manquement aux obligations émanant des articles 28 et 29 CE (articles 34 et 35 TFUE), la Cour estime, dans son examen des motifs de dérogation et notamment de la protection de l'environnement, que « *le remplacement de la limitation de vitesse variable par une limitation de vitesse permanente à 100 km/heure présente un potentiel de réduction des émissions de dioxyde d'azote qui n'a pas été suffisamment pris en compte par la République d'Autriche* ». <sup>554</sup> A l'argument en défense de l'Autriche consistant à souligner l'inefficacité de cette mesure alternative dans la mesure où les limitations de vitesse ne sont pas respectées, la Cour répond qu'il relève de la responsabilité de l'État de prendre les mesures nécessaires pour faire respecter sur son territoire, la législation nationale. <sup>555</sup>

---

<sup>551</sup> Arrêt du 8 mars 2001, « Gourmet International », Affaire C-405/98, Rec. 2001, p. I-1795, p. 18.

<sup>552</sup> *Ibid*, point 21.

<sup>553</sup> Arrêt du 21 décembre 2011, « Commission des Communautés européennes contre République d'Autriche », affaire C-28/09, Rec. 2011, p. I-13525.

<sup>554</sup> *Ibid*, point 148.

<sup>555</sup> *Ibid*, point 147.

L'affaire « Fraises espagnoles »<sup>556</sup> illustre le réalisme de la Cour dans les situations où se manifeste clairement la mauvaise foi des États membres plus sensibles à des enjeux politiques nationaux qu'au respect de leurs engagements communautaires. Rappelons que le manquement invoqué dans cette affaire concerne la carence du gouvernement français à faire cesser des manifestations, des menaces et des actes de violences commis par des agriculteurs français visant des produits (notamment des fraises espagnoles), leurs transporteurs et les magasins français dans lesquels ils étaient mis en vente. Face aux accusations de la Commission, le gouvernement français prétend avoir mis en œuvre tous les moyens nécessaires et adéquats pour prévenir et réprimer les actions de violence enfreignant la libre circulation des marchandises visées. Il souligne à sa décharge le nombre important de camions transportant des produits agricoles, la multiplicité de leurs destinations, le caractère imprévisible des manifestations d'agriculteurs, leur stratégie de type commando, la difficulté à identifier les auteurs de destructions, et d'autre part son intention d'indemniser les victimes.<sup>557</sup> Toutefois, la responsabilité qui pèse sur les États membres est liée à des obligations de moyen mais aussi de résultat.<sup>558</sup> Ainsi, la recevabilité de l'argument reposant sur la volonté de prévenir des troubles encore plus sérieux à l'ordre public qu'auraient entraînés des mesures de rétorsion plus musclées à l'encontre des agriculteurs, aurait supposé de la part du gouvernement français qu'il rapportât la preuve d'un danger irrésistible.<sup>559</sup>

Si la mauvaise foi mérite largement d'être ainsi combattue,<sup>560</sup> elle n'est guère systématique comme peuvent le révéler des situations de discrimination dite « à rebours ».

## **II- Des États membres victimes de la discrimination à rebours**

La discrimination à rebours constitue un moyen de pression supplémentaire sur les États membres. En effet, selon le principe de la reconnaissance mutuelle, tout produit légalement

---

<sup>556</sup> Arrêt de la Cour du 9 décembre 1997, « Commission des Communautés européennes contre République française », affaire C-265/95, Rec. 1997, p. 5969.

<sup>557</sup> *Ibid*, points 20 à 23

<sup>558</sup> Certains commentateurs préfèrent le concept anglo-saxon de « due diligence ». Voir Vaqué Luis Gonzales, Lothar Ehrling et Cyril Jacquet, Unité XV.D.1, « Application des articles 30 à 36 du traité CE et élimination des restrictions aux échanges », Commission Européenne, Bruxelles, Revue du Marché Unique Européen 1/1999,

<sup>559</sup> Arrêt de la Cour du 9 décembre 1997, « Commission des Communautés européennes contre République française », affaire C-265/95, Rec. 1997, p. 5969, point 57.

<sup>560</sup> La Cour devrait se montrer tout aussi intraitable face au cynisme des États membres tel qu'il se manifeste parfois. En effet si le chantage politique existe, (Nous pensons notamment aux menaces du Royaume-Uni de pratiquer la politique de la chaise vide lorsque la Commission a décrété l'embargo sur la viande de bœuf britannique), le chantage économique peut à l'inverse servir des objectifs politiques. Ainsi en réaction à l'opposition par les Pays-bas à l'intégration de la Roumanie et de la Bulgarie dans l'espace Schengen, le gouvernement de Bucarest a décidé de bloquer l'entrée sur le territoire roumain à un une trentaine de camions hollandais chargés de fleurs, bulbes et semences.

fabriqué et commercialisé dans un Etat membre doit pouvoir être mis sur le marché des autres Etats membres. En conséquence, le maintien d'une réglementation nationale qui ne devrait alors concerner que les produits nationaux risquerait de les soumettre à un régime plus contraignant que les produits importés, générant ainsi pour l'Etat membre d'importation une forme d'auto discrimination. Cet effet induit par les orientations de la Cour a été souligné par la Commission dans sa communication interprétative de l'affaire « Cassis de Dijon » dans les termes suivants : *« Si les Etats membres peuvent, en ce qui concerne leur propre production et en l'absence de dispositions communautaires en la matière, réglementer les conditions de commercialisation des produits, il en est autrement s'il s'agit de produits importés des autres Etats membres »*.<sup>561</sup> Par conséquent, l'importateur bénéficie d'un régime plus favorable que le producteur national (qui est également un exportateur potentiel), comme l'illustrent les exemples suivants.

L'affaire « Cogne »<sup>562</sup> concerne une question préjudicielle visant à apprécier la compatibilité avec le droit communautaire d'une réglementation nationale telle que la législation française sur le prix du livre. Celle-ci aboutit en effet, lors de la vente au détail des livres, à une différence de traitement selon qu'il s'agit de livres mis directement sur le marché dans cet Etat membre ou de livres réimportés après avoir été préalablement exportés dans un autre Etat membre, le prix de vente des premiers étant imposé et celui des seconds restant libre. La Cour souligne clairement que le droit communautaire n'interdit pas la discrimination à rebours. Elle précise en effet que *« l'article 30 a pour objet d'éliminer les entraves à l'importation de marchandises et non d'assurer que les marchandises d'origine nationale bénéficient, dans tous les cas du même traitement que les marchandises importées ou réimportées. Une différence de traitement entre marchandises qui n'est pas susceptible d'entraver l'importation ou de défavoriser la commercialisation de marchandises importées ou réimportées ne relève pas de l'interdiction établie par cet article »*.<sup>563</sup>

Une seconde affaire « Ministère public contre Arthur Mathot »<sup>564</sup> correspond à l'exemple caractéristique d'une réglementation plus sévère vis-à-vis des produits nationaux qu'elle ne l'est vis-à-vis des produits importés. En l'occurrence, le droit belge impose de faire figurer sur

---

<sup>561</sup> Communication de la Commission sur les suites de l'arrêt rendu par la CJCE, le 20 février 1979, dans l'affaire 120/78 (Cassis de Dijon). Journal officiel n° C 256 du 3/10/1980, p. 2,3.

<sup>562</sup> Arrêt du 23 octobre 1986, « Driancourt contre Cogne », affaire 355/85, Recueil 1986, p. 3231.

<sup>563</sup> *Ibid*, point 10.

<sup>564</sup> Arrêt du 18 février 1987, « Ministère public contre Arthur Mathot », affaire 98/86, Rec. 1987, p. 809.

l'emballage du beurre produit en Belgique, le nom du fabricant, du préparateur ou du vendeur. Or cette obligation ne concerne pas le beurre importé des autres Etats membres. Dans son arrêt d'interprétation, la Cour confirme son analyse l'article 30 TCEE (article 34 TFUE) telle qu'elle ressort de l'affaire « Cogne ». Dans la mesure où la réglementation n'est pas susceptible d'entraver les importations ou de défavoriser la commercialisation des marchandises importées, elle se trouve hors du champ d'application de l'article 30 TCEE (Article 34 TFUE).<sup>565</sup> Précisément, une différence de traitement au détriment du produit national ne saurait entraver l'importation du produit importé et par conséquent ne tombe pas sous le coup de l'article 30 du traité (article 34 du TFUE).<sup>566</sup>

Certes, l'harmonisation permet d'éviter les effets de la discrimination à rebours au nom du principe général de non discrimination.<sup>567</sup> Mais encore faut-il que le droit dérivé soit effectivement appliqué afin qu'un Etat membre ne puisse continuer à faire peser des obligations sur les seuls produits nationaux à l'exclusion des produits importés. A cet égard, dans l'hypothèse où les effets d'une directive n'affecterait que les seuls produits nationaux, maintenant ainsi une discrimination à rebours, la Cour juge que les opérateurs économiques ne seraient pas autorisés à demander à être exonérés des obligations émanant du droit dérivé. En sa qualité de gardienne des traités, il revient en effet exclusivement à la Commission de veiller à l'application des directives sur l'ensemble de la Communauté.<sup>568</sup>

La discrimination à rebours de nature fiscale n'est pas davantage prise en compte par la Cour de Justice.

Dans l'affaire « Hans Just »,<sup>569</sup> elle adopte une interprétation stricte de l'article 95 du traité CEE (article 110 TFUE)<sup>570</sup> quant aux personnes pouvant s'en prévaloir. Ainsi, dans l'hypothèse où une imposition nationale est jugée discriminatoire pour des produits importés,

---

<sup>565</sup> *Ibid*, point 7.

Voir également en ce sens, l'arrêt du 23 octobre 1986, « Driancourt contre Cogne », affaire 355/85, Rec. 1986, p. 3231, points 10 et 11.

<sup>566</sup> *Ibid*, point 8.

<sup>567</sup> Selon la jurisprudence de la Cour, un traitement défavorable aux produits nationaux par rapport aux produits importés dans un secteur non harmonisé ne relève pas du champ d'application du droit communautaire (arrêt du 18 février 1987, « Ministère public contre Arthur Mathot », affaire 98/86, Rec. 1987, p. 809, point 9).

<sup>568</sup> *Ibid*, point 11.

<sup>569</sup> Arrêt du 27 février 1980, « Hans Just », Affaire 68/79, Rec. 1980, p. 501, point 15.

<sup>570</sup> Article 110 TFUE : « *Aucun Etat membre ne frappe directement ou indirectement les produits des autres Etats membres d'impositions intérieures, de quelque nature qu'elles soient, supérieures à celles qui frappent directement ou indirectement les produits nationaux similaires. En outre, aucun Etat membre ne frappe les produits des autres Etats d'impositions intérieures de nature à protéger indirectement d'autres productions* ».

la circonstance qu'une partie de la production nationale est également pénalisée par un taux d'imposition plus élevé n'y change rien. L'État membre n'est tenu d'éliminer la marge discriminatoire que vis à vis des importateurs et non pas des producteurs nationaux.

La discrimination à rebours correspond ainsi à un sous produit de la répartition des compétences entre les droits nationaux et le droit communautaire. En conséquence, elle ne doit pas être associée à une discrimination volontaire des Etats membres contre leurs propres nationaux.<sup>571</sup> Il n'en demeure pas moins que la discrimination à rebours exerce une contrainte supplémentaire sur les Etats membres qui ne peuvent arguer de cette situation pour s'opposer à l'importation de marchandises en provenance d'autres Etats membres.<sup>572</sup> Cette situation serait justifiée par le fait que l'article 34 ne vise guère à réguler le commerce mais à supprimer les entraves à l'importation de produits en provenance des autres Etats membres. Pour autant, l'effet de régulation du commerce ne peut être totalement nié, dans la mesure où la discrimination à rebours peut inciter les Etats membres à assouplir leur réglementation afin de ne pas pénaliser les producteurs nationaux.

Demeure la question de savoir si une telle position est en phase avec l'idéal d'un véritable marché intérieur ? Autrement dit, la discrimination à rebours ne correspond-t-elle pas un principe contre nature ?

Cette analyse relative aux conséquences de la discrimination à rebours dans un espace économique intégré concerne également dans une certaine mesure, l'obligation de confiance mutuelle qui s'impose aux États membres.

### **III- Le principe de la confiance mutuelle entre les états membres : logique de l'intégration ou forme d'aveuglement idéologique**

Le principe de la confiance accordée par les États membres dans les procédures institutionnelles correspond à une forme de renoncement à certaines de leurs prérogatives. En effet les règles de police communautaire reposent sur des procédures communes

---

<sup>571</sup> Cyrill Ritter, « Purely internal situations, reverse discrimination, Guimont, Dzodzi and article 2343 ». E.L. Rev. October, Sweet & Maxwell and contributors, p. 691.

<sup>572</sup> Les Etats membres peuvent cependant décider de maintenir une législation plus contraignante pour les producteurs nationaux afin de promouvoir la réputation de qualité des produits nationaux au détriment d'une stratégie basée sur la concurrence par les prix.

institutionnalisées, caractéristiques d'une communauté de droit. C'est pourquoi, le principe de la confiance mutuelle peut être illustré par l'interdiction faite aux États membres de se faire justice en réaction à une politique nationale incompatible avec le droit communautaire (A) ou en réaction à des pratiques contraires au traité ayant pour origine l'action menée par des opérateurs économiques (B).

A- L'interdiction de se faire justice en réaction à une politique nationale incompatible avec le traité ou le droit dérivé

Cette interdiction revêt plusieurs apparences :

Premièrement, un Etat membre n'est pas autorisé à bâtir unilatéralement une stratégie de défense contraire aux principes du marché intérieur en réaction à une politique économique également incompatible avec le traité et qui serait menée par un autre Etat membre.

Ce principe ressort d'une affaire « Commission contre République française »<sup>573</sup> qui concerne un régime restrictif à l'importation de viande ovine reposant sur un prix de seuil et des redevances sur la viande importée. La France justifie son organisation nationale de marché notamment par le souci de protéger l'économie de certaines régions défavorisées où l'élevage ovin occupe une place importante et par la volonté de répondre à un système de subventions des exportations de viande ovine mis en place en Grande Bretagne. La CJCE souligne que c'est aux seules institutions communautaires de prendre les mesures appropriées pour résoudre les problèmes du marché en question. Le fait qu'une solution n'ait pas encore abouti au niveau communautaire n'autorise pas un État membre à maintenir un système incompatible avec les principes de libre circulation des marchandises.<sup>574</sup> La circonstance que l'État membre d'origine des marchandises ait maintenu une organisation de marché elle-même incompatible avec le traité et en conséquence préjudiciable à l'économie du pays d'importation, ne justifie nullement l'adoption unilatérale de mesures correctives ou défensives. Seuls sont possibles les actions et recours prévus par le traité.<sup>575</sup>

---

<sup>573</sup> Arrêt du 25 septembre 1979, « Commission contre République française », affaire 232/78, Rec. 1979, p. 2729.

<sup>574</sup> *Ibid*, point 8.

<sup>575</sup> *Ibid*, point 9.

Deuxièmement, un Etat membre ne peut pas davantage prendre des mesures correctives fondées sur l'article 36 du TFUE ou des mesures de défense pour palier une méconnaissance éventuelle par un autre Etat membre d'une directive, même dans l'hypothèse où celle-ci n'aménagerait aucune procédure de contrôle de son observation ou ne prévoirait aucune sanction en cas de violation de ses dispositions.

L'arrêt préjudiciel « protection des animaux d'élevage »<sup>576</sup> est à cet égard particulièrement éclairant. Rappelons que l'affaire trouve son origine dans le refus par les administrations anglaise et galloise de délivrer une licence pour l'exportation d'ovins vivants vers l'Espagne, au motif que les animaux risquent de subir dans les abattoirs de cet Etat membre un traitement contraire aux méthodes d'abattage imposées par une directive européenne visant notamment à éviter aux animaux des souffrances inutiles. L'invocation des motifs de dérogation de l'article 36 du traité, en l'occurrence de la protection de la vie et de la santé des animaux, n'est en principe plus possible dès lors que des mesures communautaires prévoient l'harmonisation des mesures nécessaires à la réalisation de l'objectif poursuivi par le recours à l'article 36. L'absence de procédure communautaire de contrôle du respect de ses dispositions n'y change rien. La Cour juge suffisante l'obligation émanant des articles 5 premier alinéa et 189 troisième alinéa du traité, de prendre toute mesure propre à garantir la portée et l'efficacité du droit communautaire. Pour le reste, « *les Etats membres doivent se témoigner une confiance mutuelle en ce qui concerne les contrôles sur leur territoire respectif* ».<sup>577</sup>

Cependant, la « disqualification » des revendications des administrations anglaise et galloise fondée sur la simple invocation d'une obligation de confiance mutuelle dans l'exercice du contrôle de l'application des mesures harmonisées nous semble peu convaincante. La crainte de dysfonctionnements, voire de faiblesses ou même de mauvaise foi des administrations nationales seraient-elles nécessairement le fruit d'esprits injustement soupçonneux ? Probablement, la Cour estime suffisants les moyens de réaction en défense fournis aux Etats membres, en cas de violation de ses obligations par un autre Etat membre, notamment par la procédure du recours en constatation en manquement.<sup>578</sup>

---

<sup>576</sup> Arrêt du 23 mai 1996, « The Queen contre Ministry of Agriculture, Fisheries and Food », affaire 5/94, Rec. 1996, p. I-2553.

Voir également en ce sens l'arrêt du 25 janvier 1977, « Bauhuis », affaire 46/76, Rec. 1977, p. 5, point 38.

<sup>577</sup> Arrêt du 23 mai 1996, « The Queen contre Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Hedley Lomas », affaire C-5/94, point 19.

<sup>578</sup> A l'avenir et dans un cas similaire, la Cour pourrait également s'inspirer des principes figurant dans la première partie du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. L'article 13 précise : « *Lorsqu'ils formulent et mettent en œuvre la politique de l'Union dans les domaines de l'agriculture, de la pêche, des transports, du marché intérieur, de la recherche et*

Troisièmement, il est interdit aux Etats membres de se faire justice en réaction à des pratiques contraires au traité ayant pour origine l'action menée par des opérateurs économiques.

Dans l'affaire « Fraises espagnoles », <sup>579</sup> le gouvernement français tente vainement de justifier son comportement auprès de la CJCE en précisant qu'il s'agissait de répondre aux violations du droit communautaire de la part des producteurs espagnols. Cependant, la Cour ne distingue pas ce cas de figure du précédent dans la mesure où il met directement en cause la responsabilité des administrations nationales. Elle considère qu'« *Un État membre ne saurait prendre unilatéralement des mesures de défense destinées à obvier à une méconnaissance par un autre État membre des règles du droit communautaire* ». <sup>580</sup>

Ainsi, le respect obligatoire des procédures institutionnelles s'accompagne d'une obligation de confiance mutuelle que doivent s'accorder les États membres et qui justifierait également le refus du double contrôle des produits lors d'une importation.

B- Le principe de la confiance mutuelle <sup>581</sup> entre les États membres et le refus du double contrôle sur la qualité des produits importés. <sup>582</sup>

Le principe de la confiance mutuelle entre États membres se décline à partir de plusieurs interdictions pour les États membres de se livrer à des doubles contrôles. <sup>583</sup>

Selon une première déclinaison de ce principe, un État membre ne doit pas imposer la réitération sur son sol, de contrôles déjà effectués sur les produits dans l'état d'origine et dont les résultats seraient disponibles. En effet, tout État membre est tenu d'accepter les produits

---

*développement technologique et de l'espace, l'Union et les Etats membres tiennent pleinement compte des exigences du bien-être des animaux en tant qu'êtres sensibles, tout en respectant les dispositions législatives ou administratives et les usages des Etats membres en matière notamment de rites religieux, de traditions culturelles et patrimoines régionaux* ».

<sup>579</sup> Arrêt de la Cour du 9 décembre 1997, « Commission des Communautés européennes contre République française », affaire C-265/95, Rec. 1997, p. 5969.

<sup>580</sup> *Ibid*, point 63.

<sup>581</sup> Ce principe a été clairement posé par la Cour de justice dans l'arrêt du 19 mars 1998 « Compassion in World Farming », affaire C-1/96, Rec. 1998, p. I-1251, dans une affaire concernant le respect par l'Etat d'importation des mesures nécessaires à la protection de la santé des veaux prévues par une directive : « *...Les Etats membres doivent se témoigner une confiance mutuelle en ce qui concerne les contrôles effectués sur leur territoire respectif...* » (point 47) .

<sup>582</sup> Nous concentrerons nos observations sur le terrain de la sécurité des produits alimentaires. A cet égard, la Commission a publié la « Communication interprétative le 4 novembre 2003 (2003/C 265/02) - Faciliter l'accès des produits au marché d'un autre Etat membre : l'application pratique de la reconnaissance mutuelle ». La Commission présente les lignes directrices concernant l'examen de la conformité et de l'application du principe de reconnaissance mutuelle. Elle précise notamment les exigences relatives aux informations que l'Etat membre d'importation est autorisé à requérir lors des opérations d'importation en provenance d'autres Etats membres.



préalablement mis sur le marché d'un autre État membre où ils ont déjà été testés. Il peut toutefois exiger la preuve des contrôles effectués dans l'État d'exportation, mais doit en principe les reconnaître comme équivalents aux siens.

C'est ce qui ressort clairement de l'arrêt « Biologische Producten »,<sup>584</sup> qui trouve son origine dans un litige relatif à la réglementation hollandaise interdisant la libre commercialisation de produits désinfectants. La Cour de justice y « dénonce » la multiplication des analyses techniques et chimiques ou des essais de laboratoire dans la mesure où leurs résultats sont ou peuvent être mis à la disposition de l'État membre d'importation et qu'ils satisfont à ses exigences.

Cette jurisprudence est confirmée dans l'affaire « Procédure pénale contre Jean Harpegnies »,<sup>585</sup> où la Cour de justice est saisie à titre préjudiciel, à propos de la réglementation belge exigeant une autorisation préalable de l'autorité nationale compétente, avant la mise sur le marché d'un produit phytopharmaceutique. La Cour dit pour droit qu'un État est libre de soumettre un produit biocide qui a déjà été agréé dans un autre État membre à une nouvelle procédure d'examen et d'agrément. Toutefois, en vertu du principe de proportionnalité, les autorités nationales de l'État d'importation sont tenues de prendre en compte les examens déjà effectués dans l'État membre de provenance afin d'alléger les contrôles.<sup>586</sup>

L'arrêt « Bouchara »<sup>587</sup> précise la jurisprudence tirée de l'affaire « Biologische Producten » dont elle étend la portée à l'hypothèse où la vérification du niveau d'exigence incombe à l'importateur lui-même. Le cas échéant, « *celui-ci doit pouvoir se dégager de sa responsabilité en produisant un certificat délivré par l'État membre de production ou par un laboratoire reconnu à cet effet par ces autorités ... ou en fournissant d'autres attestations présentant un degré de garantie analogue* ». <sup>588</sup>

Dans un domaine différent mais selon le même principe, un État membre ne peut exiger, pour l'importation et l'immatriculation de véhicules d'occasion sur son territoire, un contrôle

---

<sup>584</sup> Arrêt du 17 décembre 1981, « Biologische Producten », affaire 272/80, Rec. 1981, p. 3277.

<sup>585</sup> Arrêt du 17 septembre 1998 « Procédure pénale contre Jean Harpegnies », affaire C-400/96, Rec. 1998, p. I-5121.

<sup>586</sup> *Ibid*, points 34 à 36.

Voir également l'arrêt du 27 juin 1996, « Brandsma », affaire C-293/94, Rec. 1996, p. I-3159, point 12.

<sup>587</sup> Arrêt du 11 mai 1989, « Bouchara », affaire 25/88, Rec. 1989, p. 1105.

<sup>588</sup> *Ibid*, points 18 et 20.

technique complet qui ne prendrait pas en compte les contrôles techniques effectués dans l'État membre d'origine.<sup>589</sup>

Selon une seconde déclinaison du principe de confiance mutuelle, un État membre ne peut exiger la fourniture de documents ou certificats déjà communiqués lors d'importations antérieures.

Dans l'affaire « De Peijper », <sup>590</sup> les questions préjudicielles sont soulevées dans le cadre de poursuites pénales contre un opérateur néerlandais auquel il est reproché d'avoir importé et livré des médicaments à des pharmacies, en violation du droit national qui exige de l'importateur qu'il dispose de pièces relatives à ces médicaments. Sur ce dernier point, la Cour distingue entre, d'une part, les pièces relatives au médicament en général (appelé « le dossier ») qui sont nécessaires à l'évaluation de son efficacité et son innocuité et, d'autre part, celles relatives au lot concret d'un médicament importé, permettant aux autorités sanitaires de vérifier que ledit lot est conforme aux indications figurant dans « le dossier ». Après avoir jugé que la réglementation nationale en cause constitue une MEERQ en ce qu'elle conduit à réserver à certains opérateurs au détriment des autres, la possibilité de procéder aux importations,<sup>591</sup> la Cour apprécie les possibilités d'une dérogation au titre de l'article 36 du traité. Elle en déduit que si les autorités sanitaires de l'État membre d'importation disposent déjà des pièces nécessaires au contrôle du médicament, à la suite d'une importation antérieure, il est nullement nécessaire d'exiger d'un second opérateur la fourniture des mêmes pièces pour un médicament identique. La même question se pose quant à l'exigence imposée à l'importateur parallèle de fournir les pièces relatives au lot concret d'un médicament, tâche rendue parfois difficile en raison d'une part de la présence d'intermédiaires (en l'occurrence, ledit médicament a été fabriqué par un producteur britannique membre d'un groupe dont le centre d'intérêt est en Suisse, et acheté à un grossiste établi au Royaume-Uni) et de la mauvaise volonté du fabricant et de son représentant dans le pays d'importation. Pour la Cour, les autorités nationales doivent privilégier la collaboration entre elles ou contraindre le fabricant, plutôt que d'attendre passivement la fourniture des preuves par l'importateur. La Cour invite également les autorités de l'État d'importation à examiner si la présomption de non-conformité des médicaments est justifiée tout en s'interrogeant sur le fait de savoir s'il ne

---

<sup>589</sup> Arrêts du 5 juin 2008, « Commission contre Pologne », affaire C-170/07, Rec. 2008, p. I-87, point 44 ; du 20 septembre 2007, « Commission contre Pays-Bas », affaire C-297/05, Rec. 2007, p. I-7467, point 73.

<sup>590</sup> Arrêt du 20 mai 1976 « De Peijper », affaire 104/75», Rec. 1976, p. 613.

<sup>591</sup> *Ibid*, point 13.

faudrait pas établir une présomption de conformité des médicaments avec la réglementation nationale, induisant le renversement de la charge de la preuve au détriment de l'administration.<sup>592</sup>

On ne peut toutefois manquer de s'interroger sur la fiabilité d'un tel système au regard de l'enjeu. A cet égard, on constate qu'après avoir évoqué cette solution, la Cour semble vouloir relativiser l'intérêt qu'elle lui porte, en « *supposant qu'il soit indispensable d'imposer à l'importateur parallèle de prouver cette conformité...* »<sup>593</sup>. Ainsi la Cour semble ne pas vouloir imposer aux Etats membres une solution aussi radicale en raison des risques qu'elle pourrait générer pour la santé publique, d'autant plus qu'en la matière, les transgressions ne sont pas rares.<sup>594</sup> Cette forme d'hésitation ne commande-t-elle pas un degré supérieur de prudence dans le domaine sanitaire ?

D'une manière plus générale, cette exigence d'une confiance mutuelle entre les États membres, illustrée par le refus par les autorités communautaires d'un double contrôle des produits importés, n'a-t-elle pas révélé les imperfections du système en raison de la nature des risques encourus par le consommateur ? On peut penser que le législateur communautaire n'y est pas resté insensible si l'on en juge par le processus de révision de la nouvelle approche auquel correspond le « paquet Ayrat ».<sup>595</sup>

---

<sup>592</sup> Voir également ce sens, dans le domaine du contrôle technique des véhicules, l'arrêt du 20 septembre 2007, « Commission contre Pays-Bas », affaire C-297/05, Rec. 2007, p. 7467.

<sup>593</sup> Affaire 104/75, précitée, point 29.

<sup>594</sup> M.A. Hermitte évoque notamment « *l'existence de risques épidémiques à forte irréversibilité. Peut-on parler de confiance réciproque quand on sait que la Grande-Bretagne a continué d'exporter des farines pour animaux provoquant la maladie de la vache folle, après les avoir interdites sur son territoire, et que de nombreuses entreprises ont continué de vendre à l'exportation des produits dérivés du sang contaminé par le virus du sida après que la vente sur le marché intérieur eût été interdite* ». Voir Hermitte Marie-Angèle, « Droit du marché, territoire et protection », La Communauté européenne et l'environnement – Colloque d'Angers, 1997, La documentation française, p. 361-382.

<sup>595</sup> « *La révision de la nouvelle approche, fondée sur le « paquet Ayrat »* repose principalement sur le règlement 765/2008 du 9 juillet 2008, « *fixant les prescriptions relatives à l'accréditation et à la surveillance du marché pour la commercialisation des produits et abrogeant le règlement 339/93 du Conseil* », et la décision 768/2008 du 9 juillet 2008, relative à un cadre commun pour la commercialisation des produits et abrogeant la décision 94/465/CEE du Conseil. (JOUE - L218 du 13 août 2008).

Concernant le premier objet du règlement, il pose le principe d'un seul système d'accréditation dans l'Union. Il modifie le rôle des Etats dans le domaine de l'accréditation. Chaque Etat membre ne peut désigner qu'un seul organisme d'accréditation (permettant ainsi d'éviter le risque de concurrence), exerçant ses fonctions comme une activité de puissance publique, sans but lucratif (ce qui permet d'écarter les risques d'interférence avec des intérêts économiques, évoqués ci-dessus), et dont les moyens d'action sont garantis par les Etats membres. Par ailleurs, la « European Cooperation for Accreditation » (EA) qui rassemble les organismes nationaux d'accréditation vise à garantir une cohérence et équivalence dans les services fournis. A cet égard, il constitue « *avant tout un accord politique sur le rôle et les principes de l'accréditation en soutien à la libre circulation des produits et des services dans le marché intérieur* » (A. Mattera, article précité, p. 251).

Le règlement clarifie également les directives existant sur le marquage CE. (article 30 du règlement). Il précise que le marquage CE ne peut être apposé que par le fabricant ou son mandataire, qui engage ainsi sa responsabilité quant à la conformité du produit avec la réglementation communautaire.

Concernant la surveillance du marché, le règlement s'applique aux produits couverts par la législation communautaire d'harmonisation. Toutefois, certains produits tels que les produits alimentaires et les aliments qui font l'objet de réglementations très précises ne sont pas couverts par le règlement. Les autres produits relèvent soit de la directive GPSD soit

Logiquement, la position de la Cour est moins nuancée lorsque les risques sont d'une autre nature où d'un niveau inférieur comme dans une affaire « Commission contre République de Finlande »<sup>596</sup>. La Commission y reproche à la Finlande d'exiger d'une personne, ayant sa résidence en Finlande et souhaitant importer un véhicule légalement immatriculé dans un autre Etat membre, qu'elle sollicite la délivrance d'un permis de transfert aux fins de la mise en circulation de ce véhicule avant son immatriculation en Finlande et avant le paiement des taxes sur le véhicule. A l'argument selon lequel l'exigence d'un tel permis est indispensable pour atteindre l'objectif de sécurité routière, dans la mesure où il permet de récolter les informations relatives notamment aux caractéristiques techniques du véhicule et à son propriétaire, la Cour en accord avec son avocat général, souligne que les caractéristiques techniques peuvent être identifiées, dans la mesure où tous les Etats membres disposent d'un système d'immatriculation des véhicules.<sup>597</sup> L'avocat général Paolo Mengozzi compare cette situation à celles dans lesquelles des produits légalement fabriqués et commercialisés dans l'Etat d'exportation doivent être soumis à une procédure de contrôle et d'approbation dans le pays d'importation.<sup>598</sup>

## **Conclusion de la section**

La réalisation et le bon fonctionnement du marché intérieur passe, aux yeux de Cour de justice, par la soumission effective des Etats membres aux règles de libre circulation des marchandises promues par le traité. Cette forme d'allégeance des Etats à l'ordre juridique communautaire revêt plusieurs formes révélant une certaine vulnérabilité. Tout d'abord, celle-ci est illustrée par leur statut de responsables présumés des entraves aux échanges dans la mesure où pèse sur ces derniers la charge de la preuve que les mesures restrictives sont justifiées par une exigence impérative ou par l'un des motifs de l'article 36 du traité. La vulnérabilité des Etats membres provient également de la discrimination à rebours que la Cour refuse d'assimiler à une MEERQ. Elle résulte enfin de la résignation à laquelle sont contraints les Etats de l'Union à s'accorder une confiance mutuelle.

---

des articles 34 à 36 du traité. Dans un objectif de transparence, de nombreuses dispositions prévoient une obligation d'information (des autres Etats membres, de la Commission, du public) relative à l'organisation du système de surveillance et de son exploitation par les autorités nationales (articles 17, 22, 23, 24 du règlement).

<sup>596</sup> Arrêt du 15 mars 2007, « Commission contre République de Finlande », affaire C-54/05, Rec. 2007, p. I-2473.

<sup>597</sup> *Ibid*, point 42.

<sup>598</sup> *Ibid*, conclusions, point 58.

## **Conclusion du chapitre**

L'interprétation jurisprudentielle du droit primaire relatif à l'élimination des obstacles à la libre circulation des marchandises traduit une démarche téléologique parfois qualifiée d'« activiste » dans le processus d'intégration des marchés nationaux. Loin de se cantonner à lutter contre le protectionnisme, l'institution juridictionnelle de l'UE s'est muée en un organe majeur d'une politique d'intégration. En témoigne son interprétation stricte de l'article 36 du traité tant en ce qui concerne les motifs de dérogation dont elle a initialement souligné le caractère limitatif, que leur portée dans la mesure où la volonté protectionniste des Etats membres ne constitue guère une condition de son application. Par ailleurs, l'activisme de la Cour ne se réduit pas à une définition extrêmement large de la notion de MEERQ, il se traduit également par un véritable procès d'intention fait aux Etats membres. Afin d'annihiler les risques liés à des réglementations protectionnistes ou simplement restrictives pour les échanges, la jurisprudence de la Cour place les Etats membres dans une situation particulièrement vulnérable.

Cependant, l'arsenal juridique ainsi déployé n'est pas sans risques car la vulnérabilité des Etats les expose alors à des dommages collatéraux en raison de la difficulté à concilier l'objectif d'un marché unique et la nature complexe du marché intérieur.

## **Chapitre 2- Une conciliation nécessaire mais difficile entre l'objectif d'un marché unique et la nature complexe du marché et des marchandises**

Les difficultés de réalisation d'un marché intégré sont liées à la nature complexe des marchandises dont le commerce n'est pas neutre (Section 1) et à la relation conflictuelle entre, d'une part, des objectifs mercantiles et, d'autre part, des impératifs non économiques. (Section 2)

### **Section 1– Une conciliation difficile en raison d'une interprétation jurisprudentielle extensive de la notion de marchandise**

L'apparente simplicité du principe de libre circulation ne peut totalement dissimuler la nature complexe des marchandises révélée notamment par une jurisprudence encore hésitante. En

effet, l'assimilation d'un bien à une marchandise risque d'en occulter la dimension non marchande dont l'importance relative varie selon la nature de l'objet.<sup>599</sup> La question de la priorité de la libre circulation est ainsi directement conditionnée par l'identification de l'objet à une marchandise.<sup>600</sup> Il serait regrettable que l'introduction d'un bien dans le commerce puisse être assimilée à une opération de blanchiment, dissimulant certains éléments en conflit avec des principes fondamentaux reconnus par les ordres juridiques nationaux dans l'UE.<sup>601</sup>

Dans la mesure où la libre circulation des marchandises obéit à un régime de droit commun, on peut s'interroger quant à l'adaptabilité des réponses de la Cour à la diversité des situations. Sans préjuger d'une réponse définitive, le juge communautaire semble manifester une sensibilité particulière aux conséquences potentielles liées au commerce de certains types de marchandises et tout particulièrement, mais pour des raisons spécifiques à chaque catégorie, des biens culturels (I), des déchets (II) et des produits pharmaceutiques (III).

## I- La reconnaissance de la double nature des biens culturels

Les biens culturels répondent à la définition jurisprudentielle des marchandises qui correspondent à « *tout bien appréciable en argent et susceptible comme tel de former l'objet de transactions commerciales* ». <sup>602</sup>

En conséquence, les objets d'art doivent être considérés comme des marchandises. C'est ce qui ressort de l'affaire « Commission contre République italienne »<sup>603</sup>, à propos d'une réglementation italienne imposant des taxes sur les exportations d'objets d'art tandis que pour

---

<sup>599</sup> Monsieur Damien Ferraille distingue dans les justifications de l'article 36, les motifs non économiques stricto sensu tels que celui de la moralité publique et ceux dont l'interprétation est influencée par le développement des activités économiques, notamment la protection de la santé publique qui suppose la pérennité d'un système de protection de la sécurité sociale. De même les exigences impératives révèlent des interférences avec des considérations économiques. Il en est ainsi par exemple de la protection de l'œuvre cinématographique. « L'accès au marché en droit du marché intérieur », thèse présentée et soutenue le 9 juillet 2009 pour l'obtention du titre de Docteur en droit.

<sup>600</sup> Hermitte Marie-Angèle, « Droit du marché, territoire et protection », La Communauté européenne et l'environnement – Colloque d'Angers, 1997, La documentation française, p. 361-382. L'auteur évoque l'importance d'un travail d'analyse de la marchandise. « *Un boulon est un objet neutre. A moins d'être utilisé dans une centrale nucléaire, il ne comporte guère de risque d'accident et il n'est pas culturellement connoté. Pourtant, dans ce boulon sont captifs un certain nombre d'éléments qui lui sont étrangers : la matière première, des moyens de transport, un système de protection sociale, une technologie de fabrication, l'équilibre de l'emploi dans une région, diverses normes de qualité, ou la gestion des déchets... Voilà qui est déjà plus compliqué que l'apparence ne le laissait supposer* » (p. 363).

<sup>601</sup> Dans l'article précité, l'auteur cite les exemples du charbon importé en Grande-Bretagne, en provenance de Colombie où il est extrait par des enfants esclaves, ou encore de bois tropicaux illicitement coupés et utilisés par des entreprises européennes (p. 364).

<sup>602</sup> Arrêt du 10 décembre 1968, « Commission des Communautés européennes contre République italienne », affaire 7/68, Rec, 1968, p. 617.

<sup>603</sup> *Ibid.*

le gouvernement italien, ces biens doivent échapper aux règles du traité en raison de leur nature spécifique. Ainsi, le principe de libre circulation s'applique à ce type de marchandises dans la mesure où le traité ne prévoit aucune exception à l'interdiction des obstacles tarifaires.

Ajoutons que la culture ne se limite pas aux seuls objets d'art.<sup>604</sup> On peut également se référer aux conclusions de l'avocat général Trstenjak Vérica relatives à l'affaire « Libro »<sup>605</sup> dans laquelle, elle souligne que les livres entrent bien dans le champ d'application matériel de la libre circulation des marchandises, malgré leur double nature de biens économiques et de biens culturels,<sup>606</sup> tandis que la position de la Cour sur ce point bien qu'implicite est sans équivoque. En effet, il est intéressant de noter à cet égard que l'arrêt de la Cour ne rappelle pas cette mise au point, le principe allant dorénavant de soi. Toutefois, le juge en limite la portée au stade de l'application des critères de justification révélant ainsi une extrême sensibilité aux risques induits par le commerce de certains produits.

Une telle conclusion peut également être tirée de l'affaire « Buet »<sup>607</sup> où la Cour est invitée à interpréter l'article 30 du traité CE, (article 34 TFUE) en vue d'apprécier la compatibilité avec cette disposition, d'une interdiction de démarchage relative à la vente de matériel pédagogique. Dans la première partie de son raisonnement, le juge souligne que la réglementation en cause prive l'opérateur d'une méthode de commercialisation grâce à laquelle il réalise la quasi totalité de ses ventes. Elle doit donc être regardée comme un obstacle aux importations, d'autant plus qu'une interdiction portant sur des systèmes de publicité peut également constituer un obstacle aux importations, alors même que les mesures nationales y afférant sont indistinctement applicables aux produits nationaux et aux produits importés.<sup>608</sup> Lors de la seconde partie de sa réflexion, la Cour aborde la question de la nature particulière du produit et des conséquences qu'il convient d'en tirer. A cet égard, elle souligne que l'enseignement n'est pas un produit de consommation courante, avec pour conséquence que l'achat irréfléchi risque de provoquer chez l'acquéreur des effets préjudiciables autres et

---

<sup>604</sup> La culture englobe également le patrimoine, des connaissances et méthodes de travail transmis de génération en génération, et même un certain art de vivre. C'est pourquoi, « *le vin est un produit très singulier. Fruit du travail des hommes, il fait partie de leur patrimoine, de leur culture. C'est d'ailleurs la sauvegarde de la tradition qui a été au cœur des revendications lorsqu'il s'est agi pour eux de s'opposer ... au projet de la Commission européenne visant à reconnaître la fabrication du vin rosé par coupage de vin rouge et de vin blanc* ». François Barque « Le droit communautaire des appellations d'origine et indications géographiques en matière vinicole », RTD eur. 45(4), oct.-déc. 2009.

<sup>605</sup> Arrêt du 30 avril 2009 « Libro », affaire C-531/07, Rec. 2009, p. I-3717.

<sup>606</sup> *Ibid*, point 44.

<sup>607</sup> Arrêt du 16 mai 1989, « Buet e a contre Ministère public », Rec. 1989, p. 1235.

<sup>608</sup> *Ibid*, point 8.

Voir également l'arrêt du 15 décembre 1982, « Oosthoek », affaire 286/81, Rec. 1982, p. 4575.

plus durables qu'une simple perte financière. On ne peut s'empêcher d'être impressionné par les préoccupations du juge communautaire estimant que l'acquisition de matériel inadapté ou de mauvaise qualité peut compromettre l'avenir professionnel de l'acheteur.

Cette sensibilité particulière de la Cour de justice à la double nature des biens culturels s'applique également au secteur particulier des déchets.

## **II- La jurisprudence évolutive relative aux déchets : une assimilation de plus en plus marquée des déchets aux marchandises**

Le critère économique choisi par la CJCE pour définir les « marchandises »<sup>609</sup> peut susciter des interrogations quant à la qualification juridique des déchets et notamment des déchets non recyclables. Le caractère contemporain et évolutif des interprétations jurisprudentielles par le juge communautaire nous semble transparaître dans sa jurisprudence relative aux déchets dont la gestion représente des enjeux très importants et illustre le développement de la fibre environnementale au sein de l'Union européenne.

En effet, l'assimilation des déchets aux marchandises fut d'abord implicite dans une série d'arrêts proches par leur objet.

Dans l'affaire « Huiles usagées »<sup>610</sup> la CJCE juge contraire à l'article 28 du traité CE et à la directive relative à l'élimination de ces produits, une réglementation nationale qui comporte une interdiction implicite d'exporter des huiles usagées à un éliminateur ou à un régénérateur agréé d'un autre Etats membre, aussi bien par l'intermédiaire d'un détenteur que d'un ramasseur agréé. Cette assimilation implicite des huiles usagées aux marchandises est reprise dans l'affaire « ADBHU »<sup>611</sup> dans laquelle la CJCE est sollicitée pour apprécier la validité de la directive elle-même.

---

<sup>609</sup> Rappelons qu'il s'agit de « *tout bien appréciable en argent et susceptible comme tel de former l'objet de transactions commerciales* ». Définition tirée de l'affaire 7/68 (précitée).

<sup>610</sup> Arrêt du 9 février 1984, « Huiles usagées », affaire 295/82, Rec. 1984, p. 575

<sup>611</sup> Arrêt du 7 février 1985, « Procureur de la République contre ADBHU », affaire 240/83, Rec. 1985, p. 531.



La CJCE consacre cette analyse dans l'affaire « Déchets wallons »,<sup>612</sup> dans laquelle est mise en cause la réglementation belge interdisant le dépôt, le déversement et l'entreposage dans la région wallonne de déchets provenant d'un autre État membre ou d'une région autre que la Wallonie. Selon la Cour, les déchets recyclables ne posent aucune difficulté dans la mesure où ils conservent une valeur commerciale intrinsèque.<sup>613</sup> Quant aux déchets non recyclables, le gouvernement belge se fonde précisément sur ce critère pour soutenir que les déchets non recyclables et non réutilisables ne peuvent faire l'objet d'une vente.<sup>614</sup> Ce n'est pas l'avis de l'avocat général Jacobs pour qui des objets de valeur négative (dans le sens où il faut payer pour s'en débarrasser) peuvent donner lieu à des transactions commerciales. La CJCE en accord avec une telle analyse souligne le caractère aléatoire de la distinction entre déchets recyclables et non recyclables. Celle-ci dépend en effet de facteurs incertains et évolutifs tels que le progrès technique ou encore la rentabilité de l'opération liée au coût de la transformation.<sup>615</sup> La CJCE conclut que les déchets recyclables ou non sont des produits soumis à l'article 28 du traité CE (article 34 TFUE). Dans une seconde étape, la Cour justifie cependant la réglementation litigieuse au titre de l'exigence impérative de protection de l'environnement par une surprenante corrélation entre le caractère non discriminatoire de la mesure nationale et la nature particulière des déchets.<sup>616</sup>

L'interprétation extensive de la notion de marchandise, telle qu'elle résulte de la jurisprudence « Déchets wallons » est rappelée dans l'affaire « Stadtgemeinde Frohnleiten » relatif à l'interprétation des articles 23, 25 et 90 du traité CE (articles 28, 30 et 110 TFUE).<sup>617</sup> Les questions posées à la Cour concernent la compatibilité avec le droit communautaire, d'une réglementation autrichienne qui soumet à une taxe, le dépôt de déchets en décharge, mais l'en exonère lorsque les déchets résultent de la sécurisation ou de la réhabilitation de sites contaminés répertoriés dans un atlas officiel, précision étant faite que les sites situés dans d'autres États membres n'y figurent pas. En l'espèce, plusieurs tonnes de déchets ont été régulièrement importées d'Italie en provenance d'un site inscrit dans un programme italien de réhabilitation, mais ont bénéficié par décision ministérielle d'une exonération de la taxe, au motif qu'ils provenaient d'un site répertorié dans l'atlas officiel autrichien. L'interprétation de

---

<sup>612</sup> Arrêt du 9 juillet 1992 « Commission des Communautés européennes contre Royaume de Belgique », affaire 2/90, Rec. 1992, p. 4431.

<sup>613</sup> *Ibid*, point 23.

<sup>614</sup> *Ibid*, point 25.

<sup>615</sup> *Ibid*, point 27.

<sup>616</sup> *Ibid*, point 34.

<sup>617</sup> CJCE 8 novembre 2007, « Stadtgemeinde Frohnleiten Gemeindebetriebe Frohnleiten GmbH contre Bunderminister für Land – und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft », affaire 221/06, Rec. 2007, p. I-2613, points 37 et 38.

la CJCE intervient à titre préjudiciel, à la suite d'un recours intenté devant la juridiction nationale par la société autrichienne gérant la décharge réceptrice des déchets.

Après avoir écarté l'applicabilité des articles 23 et 25 CE (articles 28 et 30 TFUE) dans la mesure où la charge imposée ne correspondait pas au critère d'identification des taxes d'effet équivalent à des droits de douane, à savoir le franchissement de la frontière,<sup>618</sup> le juge communautaire apprécie la conformité de la réglementation à l'aune de l'article 90 CE (article 110 TFUE)<sup>619</sup> dont nous rappelons qu'il s'applique uniquement aux taxes frappant les produits. Tout d'abord, les parties comme la Commission s'entendent pour reconnaître que dès lors que les déchets doivent être considérés comme des marchandises au sens de l'article 28 du traité (article 34 TFUE), ils constituent également des produits au sens de l'article 90 du traité CE (article 110 TFUE).<sup>620</sup>

La démarche de la Cour suit alors une progression en deux étapes. Premièrement, l'argument du gouvernement autrichien selon lequel la taxe litigieuse frappe non pas des produits mais une prestation de service (en l'occurrence le dépôt des déchets, le remblayage ou l'égalisation des terrains au moyen de ceux-ci), ne tient pas. La Cour s'appuie sur une jurisprudence constante selon laquelle l'article 90 CE (article 110 TFUE) doit recevoir une interprétation large, de manière à permettre d'appréhender tous les procédés fiscaux qui porteraient atteinte directement ou indirectement à l'égalité de traitement entre les produits nationaux et les produits importés<sup>621</sup> et pas seulement aux taxes ayant un effet immédiat sur le coût du produit, comme le soutient le gouvernement autrichien défendeur au principal.<sup>622</sup> La Cour complète ainsi une jurisprudence qui étend la notion d'imposition intérieure frappant les produits afin d'y inclure les taxes sur l'utilisation,<sup>623</sup> le transport<sup>624</sup> de produits ou encore sur l'utilisation d'installations.<sup>625</sup>

---

<sup>618</sup> *Ibid*, point 27 : La Cour de justice définit les TEEDD comme « toute charge pécuniaire, fut elle minime, unilatéralement imposée, quelle que soient son appellation et sa technique, et frappant les marchandises en raison du fait qu'elles franchissent la frontière, lorsqu'elle n'est pas un droit de douane proprement dit, constitue une taxe d'effet équivalent au sens des articles 23 CE et 25 CE ». Voir parmi les nombreux exemples, les arrêts du 1 juillet 1969, « Fonds des diamantaires », affaire 2/69, Rec. 1969, p. 211, point 18 ; du 2 avril 1998, « Outokumpu », affaire C-213/96 » Rec. 1998, p. I-1777, point 20 ; du 8 juin 2006, « koornstra », affaire C-517/03, Rec. 2006, p. I-5015, point 15.

<sup>619</sup> En vertu de l'article 90 CE (article 110 TFUE), « aucun Etat membre ne frappe directement ou indirectement les produits des autres Etats membres d'impositions intérieures, de quelque nature qu'elles soient, supérieures à celles qui frappent directement ou indirectement les produits nationaux similaires. En outre, aucun Etat membre ne frappe les produits des autres Etats membres d'impositions intérieures de nature à protéger indirectement d'autres productions ».

<sup>620</sup> Conclusions de l'Avocat général Eleanor Scharpston, point 28.

<sup>621</sup> *Ibid*, point 40

<sup>622</sup> Conclusions de l'Avocat général Eleanor Scharpston, point 30.

<sup>623</sup> Arrêt du 3 mars 1988, « Bergandi », affaire 252/86, Rec. 1988, p. 1343, point 27. La Cour dit pour droit que l'article 90 CE s'applique également aux impositions qui frappent l'utilisation des produits importés lorsque ces derniers sont essentiellement destinés à cette utilisation et ne sont importés qu'en vue de celle-ci (point 27).

Toutefois, et il s'agit là de la seconde phase du raisonnement du juge communautaire, il convient de ne pas occulter la spécificité de l'affaire « Stadtgemeinde Frohnleiten » qui porte non pas sur des produits commerciaux classiques mais sur des déchets, c'est-à-dire des produits arrivant en fin de vie commerciale et ne possédant aucune valeur économique, si ce n'est une valeur négative comme le souligne l'avocat général. Pour autant, la Cour constate dans le courant de la jurisprudence antérieure précitée, que les seules transactions commerciales auxquelles des déchets destinés à être éliminés peuvent donner lieu, sont celles relatives à leur élimination ou à leur mise en décharge. Or, dans la mesure où le montant de la taxe litigieuse est fonction notamment du poids et de la nature des déchets, il est vraisemblable que l'exploitant de la décharge, débiteur de la taxe peut la répercuter sur le coût de la prestation facturée à l'opérateur. La Cour en conclut que la taxe en question frappe indirectement les déchets mis en décharge au sens de l'article 90 CE (article 110 TFUE).<sup>626</sup> La suite du raisonnement conduit la Cour vers le constat de la violation de l'article 90 du traité CE (article 110 TFUE) en raison du caractère discriminatoire de la disposition fiscale litigieuse.<sup>627</sup>

La conclusion à tirer de cette affaire est claire : une imposition ne doit en aucune mesure décourager l'importation de biens en provenance d'autres États membres, même s'il s'agit de déchets.

Grâce à ces raisonnements, la CJCE/CJUE étend considérablement le champ d'application des dispositions du traité visant le bon fonctionnement du marché intérieur, en affirmant notamment que tout objet transporté par delà une frontière pour donner lieu à des transactions commerciales, relève de la règle de libre circulation des marchandises. Pour autant, elle ne sacrifie nullement la protection de l'environnement prenant en compte la double nature des déchets. Ainsi, elle se révèle capable de justifier avec beaucoup de finesse, des décisions qui pourraient se révéler critiquables à partir d'une lecture et d'une interprétation trop simplistes du traité.

---

<sup>624</sup> Arrêt du 16 février 1977, « Schöttle », affaire 20/76, Rec. 1977, p. 247, point 16 : « Par imposition qui frappe indirectement les produits au sens de l'article 95 du traité CEE, il faut également entendre une taxe qui est perçue sur les transports internationaux de marchandises par route, en fonction de la distance parcourue sur le territoire national et le poids des marchandises en cause ».

<sup>625</sup> Arrêt du 17 juillet 1997, affaire C-90/94, Rec. 1997, p. I-4085, point 38 : « ...une taxe frappe les produits et est à charge du destinataire ou de l'expéditeur des marchandises, même si elle est perçue à l'occasion de leur transport ou de l'utilisation de ports de commerce et est payée, dans un premier temps par le navire ou son agent local ».

<sup>626</sup> CJCE 8 novembre 2007, « Stadtgemeinde Frohnleiten Gemeindebetriebe Frohnleiten GmbH contre Bunderminister für Land – und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft », affaire 221/06, Rec. P. I-2613, point 46.

<sup>627</sup> *Ibid*, points 48 à 74

Cette jurisprudence plus conciliante avec les impératifs spécifiques qu'exige la nature particulière de certaines marchandises, se retrouve dans le domaine des stupéfiants et des médicaments.

### **III- Les stupéfiants et les médicaments : des marchandises de nature particulière**

Les médicaments et les stupéfiants n'échappent pas à la large définition jurisprudentielle des marchandises.<sup>628</sup>

Ainsi, le principe de libre circulation s'applique également au secteur pharmaceutique et notamment à celui des médicaments qui font l'objet d'une abondante jurisprudence, compte-tenu de la marge de manœuvre concédée aux Etats membres en matière de santé publique. Toutefois, le juge communautaire doit dans ce cas également prendre en considération la nature spécifique du médicament en raison des risques qu'un mauvais usage peut engendrer pour le malade.

Dans l'affaire « Evans Medical »,<sup>629</sup> la CJCE reste dans la ligne tracée par sa jurisprudence antérieure selon laquelle « *des objets qui sont transportés par-delà une frontière pour donner lieu à des transactions commerciales sont soumis à l'article 30 du traité (article 34 TFUE), quelle que soit la nature de ces transactions* ». Présentant ces caractéristiques, les stupéfiants, susceptibles d'être commercialisés en vertu d'une convention internationale applicable dans tous les États membres, sont soumis à cette disposition.<sup>630</sup>

Toutefois, la nature particulière de ce type de marchandises peut justifier, comme le souligne la Cour dans les affaires « Einberger contre Hauptzollamt Freiburg »<sup>631</sup>, un régime juridique particulier relatif à l'application de droits de douane, dès lors que leur commercialisation sort du circuit légal. Ainsi, les stupéfiants importés illégalement ne sauraient faire naître une dette douanière.

---

<sup>628</sup> En référence au domaine de la santé, on peut également souligner que la notion de marchandise s'étend aux parties du corps humain, au sang et au fœtus.

<sup>629</sup> Arrêt du 28 mars 1995, « The Queen contre Secretary of State for Home Department, ex parte Evans Medical Ltd et Macfarlan Smith Ltd », affaire C-324/93, Rec. 1995, p. I-563.

<sup>630</sup> *Ibid*, point 20.

<sup>631</sup> Arrêt du 26 octobre 1982, « Einberger contre Hauptzollamt Freiburg, affaires » 221/81 et 240/81, Rec. 1982, p. 3699.

Dans l'affaire « Josemans », <sup>632</sup> la même logique conduit la Cour à considérer le commerce du cannabis, comme étant situé en dehors du champ d'application du droit de l'Union. Sans surprise, la question de la libre circulation des stupéfiants conduit à s'interroger sur la situation particulière des Pays-Bas connus pour la tolérance de leur régime pour les vendeurs et les consommateurs des drogues dites « douces ». Cependant cet arrêt récent donne l'occasion de corriger certaines idées reçues.

Concrètement, le litige dans l'affaire au principal oppose le gérant d'un « coffee shop » et la commune de Maastricht, le premier ayant été condamné à fermer temporairement son établissement pour avoir vendu, en infraction avec une réglementation communale visant à lutter contre le tourisme de la drogue, les substances illicites à des clients ne résidant pas aux Pays-Bas. A la question de savoir si le commerce du cannabis entre dans le champ d'application *rationae materiae* du droit communautaire la Cour de justice répond par la négative. Pour parvenir à cette conclusion, l'arrêt précise que la commercialisation des stupéfiants, exception faite d'un commerce étroitement contrôlé en vue d'un usage strictement médical ou scientifique, est interdite dans tous les États membres. <sup>633</sup> Ce régime s'appuie également sur le droit communautaire dérivé et plusieurs conventions internationales. La qualification par les « Pays-Bas » d'un stupéfiant comme étant une « drogue douce », n'a nullement pour effet de l'autoriser, avec pour conséquence que le tenancier d'un coffee shop n'est pas admis à se prévaloir du principe de libre circulation pour contester la réglementation litigieuse. Autrement dit, la politique de tolérance appliquée par les Pays-Bas ne modifie en rien le caractère illicite du trafic de cannabis.

## Conclusion de la section

Dans un souci d'efficacité dans sa lutte contre les MEERQ, la Cour a pris le parti d'une interprétation large de la notion de marchandise, permettant de soumettre à son contrôle des réglementations extrêmement diverses portant notamment sur les biens culturels, sur les déchets ou encore sur les stupéfiants.

---

<sup>632</sup> Arrêt du 16 décembre 2010, « Marc Michel Josemans contre Burgemeester van Maastricht », affaire C-137/09, Rec. 2010, p. I-13019.

<sup>633</sup> *Ibid*, point 36. Voir également les références citées par la Cour : Arrêts du 5 février 1981, « Horvath », affaire 50/80, Rec. 1981, p. 385, point 10 ; du 26 octobre 1982, « Wolf », affaire 221/81, Rec. 1982 p. 3681, point 8 ; du 26 octobre 1982, « Einberger », affaire 240/81, Rec. 1982 p.3699, point 8 ; du 28 février 1984, « Einberger », affaire 294/82, Rec. 1984 p. 1177, point 15 ; du 5 juillet 1988, affaire « Vereniging Happy Family Rustenburgerstraat », affaire 289/86, Rec. 1988, p. 3655, point 17.

Pour autant, il serait inexact de prétendre à une forme d'aveuglement de la Cour qui serait totalement incapable de percevoir la dimension non marchande liée à la nature particulière de certains produits. Les affaires que nous venons d'analyser et de commenter révèlent le caractère particulier des relations conflictuelles entre des objectifs mercantiles et les impératifs non économiques. Elles démontrent que les interprétations de la Cour prennent en compte la complexité réelle et objective du marché caractérisée par la nature très particulière de certaines marchandises.

## **Section 2- Une conciliation difficile en raison de la nature conflictuelle de la relation entre des objectifs mercantiles et certains impératifs non économiques**

La Cour s'est dotée des armes nécessaires pour s'opposer efficacement aux réflexes protectionnistes des Etats membres. Cependant, l'arsenal juridique ainsi déployé n'est pas sans risques car la vulnérabilité des Etats les expose alors à des dommages collatéraux correspondant à une source légitime d'inquiétudes. En effet, la hiérarchisation des valeurs s'inscrit dans un débat sur l'opposition entre, d'une part, les objectifs économiques rattachés au principe de libre circulation des marchandises et, d'autre part, la protection des valeurs non économiques. Deux secteurs particuliers serviront de support à notre réflexion sur la compatibilité entre ces deux impératifs.

Nous nous intéresserons tout particulièrement à la diversité culturelle et plus précisément aux traditions souvent séculaires des Etats membres dans le secteur alimentaire, dont la pérennité pourrait être compromise par une logique purement intégrationniste du marché (I). Le domaine de la santé publique constituera l'autre terrain d'observation, en raison de son importance toute particulière face aux menaces potentielles qu'une libéralisation aveugle des échanges pourrait représenter (II).

Dans les deux domaines la Cour s'efforce de déterminer le point idéal d'équilibre entre les impératifs liés au bon fonctionnement d'un marché parfaitement intégré, d'une part, et certaines valeurs premières, essentiellement non économiques, d'autre part. L'analyse de la jurisprudence de la CJUE révèle que la prudence des juges orientée vers la préservation des

valeurs autres que mercantiles ne permet cependant pas de les considérer en toutes circonstances comme des « valeurs de premier rang ».<sup>634</sup>

## **I- Une conciliation nécessaire entre la réalisation d'un marché unifié et le respect de ses diversités culturelles et biologiques**

L'hétérogénéité du marché européen est-elle compatible avec la notion de Communauté européenne ? Cette question nous oriente vers un premier constat. Le choix initial du terme de Communauté au lieu d'union ou d'association n'est pas anodin<sup>635</sup> dans la mesure où, au-delà d'un rapprochement économique, il permet de souligner le partage de valeurs et une certaine identité révélés dans une grande diversité d'expressions. La devise « Unie dans la diversité », pour la première fois officiellement mentionnée dans le préambule du projet avorté de traité constitutionnel<sup>636</sup> nous rappelle qu'un socle commun de valeurs ne doit pas conduire à l'uniformité. Monsieur Alfonso Mattera utilise la notion « *d'Européanité* » « *expression qui sous-entend un patrimoine de valeurs spirituelles, éthiques, religieuses, culturelles, politiques, sociales qui ont façonné notre mode commun de penser et d'agir, de vivre et de sentir, notre qualité existentielle d'Européens, notre identité européenne* ».<sup>637</sup> Pour autant, ces valeurs communes ne sauraient dissimuler l'incroyable diversité culturelle de l'Union européenne. Or, la culture se nourrit et se manifeste dans tous les aspects de la vie sociale. Inévitablement, les droits nationaux reflètent des cultures nationales s'opposent parfois, avec pour conséquence un risque de division du marché commun. La question est de savoir si la segmentation ne constitue pas la réponse à certains problèmes générés par « l'utopie de son unité ».<sup>638</sup> C'est pourquoi, Il convient d'assurer la conciliation entre, d'une part, la réalisation d'un marché unifié et, d'autre part, la préservation de la diversité culturelle qui constitue l'une des richesses de l'UE (A).

---

<sup>634</sup> Expression empruntée à Mme Marie Angelle Hermitte.

<sup>635</sup> Voir « Commentaire Megret » Le droit de la communauté européenne – Tome 1 : Préambule – Principes – Libre circulation des marchandises – Editions de l'Université de Bruxelles.

<sup>636</sup> Article I-8 du traité constitutionnel.

<sup>637</sup> A. Mattera. « A l'occasion du 30<sup>ème</sup> anniversaire de l'arrêt « Cassis de Dijon », la reconnaissance mutuelle : une valeur historique ancienne, un principe juridique intégrationniste, l'assise politique d'un modèle de société humaniste », Revue du droit de l'UE, 3/2009.

<sup>638</sup> Voir M.A. Hermitte, « Droit du marché, territoire et précaution » article précité p. 377. Voir également Hoffmann : « *The Member States of Community differ widely in their histories, customs and social and cultural values. It was certainly not the object of the community to introduce uniformity in all these matters* », Stoke-on-Trent v. B&Q (1991) 4 All ER 221 at 234.

Voir également Catherine Barnard qui dans le même esprit défend une saine répartition des compétences entre le pouvoir fédéral américain, d'une part, et les Etats, d'autre part. La pérennité d'un système fédéral supposerait le respect de compétences réservées aux Etats membres : « *The general insulation of non discriminatory national laws from attack under the Commerce Clause is important to maintaining the integrity of a federal system* ». Catherine Barnard, « Restricting restrictions : lessons for the EU from the US ? », Cambridge Law Journal, 68(3), November 2009, pp. 588.

L'importance de la diversité culturelle ne doit pas occulter celle de la diversité biologique sur un continent aussi vaste et varié sur les plans géologique, climatologique, zoologique et botanique. Il s'agira dans une seconde étape de vérifier si et dans quelle mesure la jurisprudence de la Cour renforce la priorité des objectifs de rendement et de performance agricoles au détriment de la biodiversité. (B)

A- Une conciliation nécessaire entre la réalisation d'un marché unifié et la préservation de sa diversité culturelle

Nous concentrerons notre analyse sur le secteur des traditions dans le secteur alimentaire, source d'une jurisprudence abondante.

1- Les facteurs jurisprudentiels de risques d'uniformisation et de standardisation des produits, liés à la disparition des traditions nationales et régionales dans le secteur alimentaire.

Les traditions rattachent l'homme à ses racines spatiales et temporelles. A cet égard, l'Europe se caractérise par une extrême diversité culturelle que les Etats ont le souci de sauvegarder en valorisant une méthode de fabrication ou en protégeant une origine géographique ou une dénomination particulière. Quant aux acteurs, la recherche d'authenticité par les consommateurs, le souci de préservation des savoir-faire traditionnels chez les producteurs, caractérisent une époque et une société qui tendent vers l'uniformité.

En ce sens, d'aucuns ont affirmé que le principe de la reconnaissance mutuelle a permis à la Commission de s'éloigner de la voie de l'uniformisation des produits initialement empruntée dans le cadre de l'article 100 TCEE. De manière opportune et heureuse, ledit principe a initialisé l'instrument d'une nouvelle politique de l'exécutif communautaire assurant un niveau d'harmonisation sans le risque de l'uniformisation. En effet, l'impact de l'arrêt « Cassis de Dijon »<sup>639</sup> a été dynamisé par la communication interprétative de la Commission annonçant la nouvelle approche présentée dans « *le livre blanc sur l'achèvement du marché intérieur à l'horizon 92* ».

---

<sup>639</sup> Il est intéressant de noter que le litige à l'origine de l'arrêt « Cassis de Dijon » trouvait précisément son origine dans la différenciation des traditions françaises et allemandes.



Toutefois, les secteurs non harmonisés sont soumis à l'appréciation du juge communautaire dont la jurisprudence témoigne d'une grande vigilance. Elle révèle une nécessaire méfiance vis à vis notamment des usages relatifs aux méthodes de production qui ne trouveraient pas de réelles justifications dans un marché ouvert et évolutif où le consommateur correctement informé doit pouvoir choisir (a). De plus, les habitudes de consommation ne doivent pas servir de prétexte pour compromettre la circulation des marchandises. C'est pourquoi la CJCE/CJUE privilégie l'information d'un consommateur « moyen » ou « idéal » dans un marché évolutif (b). Une telle conception de la réalité n'est pas sans risque pour le maintien des traditions souvent synonymes de qualité des biens de consommation.

#### a- Une vision dynamique et évolutive de la notion de marché

La Cour opte pour une conception extensive de la notion de marchandise appartenant à un marché qui par nature doit pouvoir évoluer. En choisissant une vision dynamique du marché, la Cour adopte un comportement de bâtisseur d'un nouvel espace marchand en écartant les risques de réflexes protectionnistes qui pourraient favoriser le maintien des habitudes de consommation.

On relève ainsi que de nombreux arrêts de la CJCE/CJUE se focalisent sur les caractéristiques du produit pour définir le marché, en négligeant volontairement certaines habitudes ou traditions qui seraient par nature évolutives.

Dans l'affaire « Vin, bière »<sup>640</sup> mettant en cause la législation britannique qui taxait le vin cinq fois plus que la bière, le gouvernement britannique justifie la distinction entre les deux boissons en raison des habitudes sociales liées à la consommation de la bière. Celle-ci serait consommée dans les lieux publics ou en connexion avec le travail, la consommation de vin ayant un caractère plus exceptionnel. Pour la Cour, cependant, cet élément n'est pas déterminant. Les habitudes de consommation, variables dans le temps ne justifient pas leur cristallisation<sup>641</sup>.

---

<sup>640</sup> Arrêt du 27 février 1980, « Commission contre Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord », affaire 170/78, Rec. 1980, p. 417.

<sup>641</sup> *Ibid*, point 13.

Dans un arrêt ultérieur, la CJCE précise que le rapport de concurrence entre deux produits doit s'apprécier non seulement en fonction de l'état actuel du marché mais aussi dans le cadre de son évolution au sein d'un marché intégré. Ainsi les habitudes de consommation, servant à apprécier la substituabilité de deux ou plusieurs produits, sont susceptibles d'évolution dans l'espace et dans le temps et par conséquent, ne doivent pas être considérées comme une donnée immuable aux fins de l'analyse.<sup>642</sup>

L'affaire relative à loi de pureté de la bière en Allemagne<sup>643</sup> est également le révélateur de cette logique. Tout en se référant à l'affaire « Vin, bière » précitée, la CJCE souligne clairement que seules sont en jeu des habitudes de consommation qui par nature doivent pouvoir évoluer.<sup>644</sup>

La détermination du marché est également au cœur de l'affaire « National Dried Fruit Trade Association »,<sup>645</sup> dans laquelle la Cour est invitée à répondre à des questions préjudicielles en appréciation de validité de plusieurs règlements de la Commission, ayant notamment pour objet d'instaurer un prix minimal et un montant compensatoire à l'importation de raisins en provenance de pays tiers. Une association britannique d'importateurs de raisins conteste la validité d'un règlement au motif que les mesures de sauvegarde adoptées en application du dit règlement, englobent différentes variétés de raisins y compris certaines variétés non produites dans la Communauté. Toutefois, la Cour ne les distingue pas. Ces deux variétés de raisins appartiendraient donc au même marché, sauf si les importateurs pouvaient démontrer qu'ils ne sont pas en réalité substituables.<sup>646</sup> C'est précisément ce que les importateurs ont tenté de faire en se référant aux habitudes culinaires dans certaines parties de Grande-Bretagne et d'Irlande. Pour la Cour cependant, le fait que l'utilisation en cuisine de ces deux variétés soit différenciée dans une région déterminée ou même dans un État membre est sans conséquence.

Ainsi les législations nationales ne doivent pas permettre aux États membres de figer leurs habitudes de consommation au profit de productions nationales.

---

<sup>642</sup> Arrêt du 12 juillet 1983, « Commission contre Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord », affaire 170/78, Rec. 1983 p. 2265, points 7 et 8.

<sup>643</sup> Arrêt du 12 mars 1987, « Commission des Communautés européennes contre République fédérale ». d'Allemagne », affaire 178/84, Rec. 1987, p. 1227.

<sup>644</sup> *Ibid*, point 32.

<sup>645</sup> Arrêt du 11 février 1988, « The Queen contre H.M. Commissioners of Customs and Excise, ex parte: The National Dried Fruit Trade Association », affaire 77/86, Rec. 1988, p. 757.

<sup>646</sup> *Ibid*, point 13.

Une telle logique d'évolution vers un marché communautaire de plus en plus intégré et uniforme est également révélée par une conception idéalisée du consommateur européen.<sup>647</sup>

b- Une conception idéalisée du consommateur européen

La conception jurisprudentielle du consommateur dans une forme abstraite contribue à une systématisation favorable à l'uniformisation des biens de consommation. En effet, les réglementations nationales sont appréciées par la Cour, au regard d'un consommateur dont les aptitudes (b.1) et le degré de prudence (b.2) supposés sont « standardisés ».

b-1 La priorité de la libre circulation des marchandises au profit du consommateur moyen normalement éduqué.

Le juge communautaire voit dans le consommateur un individu éduqué, capable à partir d'un étiquetage adéquat et en toute circonstance, d'apprécier les qualités respectives de plusieurs produits portant la même dénomination. D'une manière générale et en dehors du cadre juridique protecteur provenant des réglementations sur les appellations d'origine ou les indications de provenance, la Cour assimile les réglementations privilégiant les méthodes traditionnelles de fabrication à des restrictions déguisées des échanges entre les Etats membres.

De même, elle « condamne » les législations nationales qui réservent un terme générique à des produits fabriqués à partir d'une matière première particulière ou contenant une concentration particulière de certains ingrédients. La Cour juge régulièrement que la

---

<sup>647</sup> Pour autant, la Cour ne se montre pas dans tous les secteurs, insensible au particularisme historique des Etats membres, pouvant justifier une application spécifique du droit communautaire.

Ansı, dans le domaine de la propriété industrielle, le Tribunal estime que les signes susceptibles d'être perçus par le public comme contraire à l'ordre public et aux bonnes moeurs peuvent varier d'un Etat membre à l'autre. C'est ce qui ressort de l'affaire « Couture Tech » ( Arrêt du Tribunal du 20 septembre 2011, « Couture Tech Ltd contre OHMI », T-232/10, Rec. 2011 II 6469), dont l'origine se trouve dans l'action d'un styliste russe ayant fait une demande d'enregistrement du blason de l'ancienne URSS, comme marque communautaire à l'Office pour l'Harmonisation du Marché Intérieur. Suite au refus d'enregistrement de la marque au motif que les symboles choisis allaient être perçus comme étant contraire à l'ordre public et aux bonnes moeurs par une partie substantielle du public vivant dans la partie de l'UE qui a été soumise au régime soviétique, l'intéressé a introduit un recours en annulation devant le Tribunal.

Après avoir constaté que le code pénal hongrois interdit certains symboles de despotisme tels que la faucille, le marteau et l'étoile à cinq branches, le Tribunal estime que les notions d'ordre public et de bonne moeurs doivent être interprétées non seulement par référence aux circonstances communes à l'ensemble des Etats membres de l'UE, mais également aux circonstances particulières aux Etats membres pris individuellement, qui sont susceptibles d'influencer la perception du public situé sur le territoire de ces Etats (points 27 et 34). En conséquence, le recours est rejeté au motif que la violation des règles d'ordre public et de bonnes moeurs dans le seul Etat hongrois justifie le refus d'enregistrement.

protection du consommateur invoquée par les Etats membres pour justifier de telles règles restrictives, peut être assurée par un étiquetage adéquat des produits.

Cette conviction peut être illustrée par l'affaire « Köln contre Mars »<sup>648</sup> dans laquelle la Cour se réfère à « *des consommateurs raisonnablement avisés* ».<sup>649</sup> Ces derniers seraient censés savoir qu'il n'y a pas nécessairement un lien entre la taille des mentions publicitaires figurant sur l'emballage de barres glacées, relatives à l'augmentation de la quantité du produit, d'une part, (en l'occurrence l'emballage portait la mention « + 10% ») et l'importance de cette augmentation, d'autre part. La Cour en conclut que le traité s'oppose à ce qu'une mesure nationale interdise l'importation d'un produit légalement commercialisé dans un autre Etat membre dont la quantité a été augmentée dans le cadre d'une campagne publicitaire consistant à inscrire sur l'emballage la mention précitée, même si la bande mentionnant « +10% » occupe une surface supérieure à ce pourcentage.<sup>650</sup>

Une certaine forme de détournement des procédures peut également favoriser cette tendance à la standardisation des critères utilisés par la Cour dans son rôle d'interprète du droit communautaire. En effet, la vocation de l'article 234 TFUE ne serait pas, selon une certaine doctrine, toujours parfaitement respectée par le juge communautaire qui ne se limiterait pas à la seule interprétation des principes de libre circulation, mais adresserait au juge national une réponse définitive reposant sur des faits dont l'appréciation revient en principe à ce dernier. Cette dérive contribuerait à une interprétation uniforme d'un consommateur moyen tel qu'il est perçu par la CJUE.<sup>651</sup>

Dans la même logique, la CJCE/CJUE demeure vigilante face au risque de chauvinisme culturel et linguistique des États membres. Dans une succession d'arrêts, la Cour précise progressivement sa jurisprudence en tenant compte de l'intervention du législateur communautaire.

---

<sup>648</sup> Arrêt du 6 juillet 1995 « Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln e V. contre Mars GmbH », affaire C-470/93, Rec. 1995, p. I-1923.

<sup>649</sup> *Ibid*, point 24.

<sup>650</sup> *Ibid*, point 25.

<sup>651</sup> Malcom Jarvis, « The Application of EC Law By National Courts – The Free Movement of Goods », Clarendon Press – Oxford, 1998, p. 184 et 185.

L'affaire « Piageme »<sup>652</sup> est relative à l'usage obligatoire d'une langue régionale sur les étiquettes des produits destinés à la vente. Dans la mesure où une directive a pour objectif l'harmonisation de l'étiquetage de manière à supprimer les entraves aux échanges et ne prévoit que l'usage d'une langue « *facilement comprise* » par les consommateurs, la CJCE dit pour droit qu'une réglementation nationale qui impose l'usage exclusif de la langue régionale (la langue « *la plus facilement comprise* ») va au-delà des exigences de la directive et constitue une mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative, contraire au traité.<sup>653</sup>

La Cour précise sa position dans l'affaire C-85/94<sup>654</sup> en affirmant que l'expression « *langue facilement comprise utilisée dans la directive n'équivaut ni à l'expression langue officielle de l'Etat membre* », ni à celle de « *langue de région* » puisque il s'agit d'assurer l'information du consommateur et non d'imposer l'emploi d'une langue spécifique.<sup>655</sup>

Dans l'affaire « Colim NV contre Bigg's »,<sup>656</sup> le juge communautaire précise qu'en l'absence d'harmonisation, les Etats membres peuvent exiger que les mentions soient libellées dans la langue de la région dans laquelle les produits sont vendus ou dans une autre langue aisément compréhensible pour les consommateurs de cette région.<sup>657</sup>

Cette position est corroborée par l'affaire « Yannick Jeffroy et Casino »,<sup>658</sup> dans laquelle la Cour dit pour droit :

*« l'article 30 du traité (article 34 TFUE) et la directive 79/112<sup>659</sup> s'opposent à ce qu'une réglementation nationale impose l'utilisation d'une langue déterminée pour l'étiquetage des denrées alimentaires, sans retenir la possibilité qu'une autre langue facilement comprise par les acheteurs soit utilisée ou que l'information de l'acheteur soit assurée par d'autres mesures ».*<sup>660</sup>

---

<sup>652</sup> Arrêt du 18 juin 1991, « Piageme et autres contre BVBA Peeters », affaire 369/89, Rec. 1991, p. I-2971.

<sup>653</sup> *Ibid*, points 16, 17 et dispositif de l'arrêt.

<sup>654</sup> Arrêt du 12 octobre 1995, « Piageme contre Peeters », affaire C-85/94, Rec. 1995, p. I-2955.

<sup>655</sup> *Ibid*, point 15.

<sup>656</sup> Arrêt du 3 juin 1999, « Colim NV contre Bigg's Continent Noord NV », affaire C-33/97, Rec. 1999, p. I-3175, point 44.

<sup>657</sup> *Ibid*, point 44.

<sup>658</sup> Arrêt du 12 septembre 2000, « Yannick Jeffroy et Casino France SNC », affaire C-366/98, Rec. 2000, p. I-6579, point 28 et dispositif.

<sup>659</sup> Directive 79/112 du Conseil relative au rapprochement des législations des Etats membres concernant l'étiquetage et la présentation des denrées alimentaires ainsi que la publicité faite à leur égard telle que modifiée par la directive 93/102/CE de la Commission, du 16 novembre 1993.

<sup>660</sup> Arrêt du 12 septembre 2000, « Yannick Jeffroy et Casino France SNC », affaire C-366/98, Rec. 2000, p. I-6579, point 28 et dispositif.

Il est intéressant de noter, eu égard à nos propos ultérieurs sur l'importance relative des motifs de dérogation au principe de libre circulation des marchandises, que le droit dérivé manifeste une plus grande prudence lorsque la santé publique est en jeu. En effet, l'article 8 de la directive 92/27/CEE du Conseil, du 31 mars 1992, concernant l'étiquetage et la notice des médicaments à usage humain prévoit expressément l'obligation d'utiliser la ou les langues officielles de l'Etat membre sur le territoire duquel les produits sont commercialisés.<sup>661</sup>

Cette forme d'abstraction du consommateur connaît heureusement des limites. Se pose en effet la question de savoir si le consommateur moyen est celui de l'Etat membre d'importation ou celui de l'ensemble de l'UE. Le choix de la première option exige de la Cour une prise en compte plus proche de la réalité concrète.

Ainsi, dans l'affaire « Adriaan Fietje », <sup>662</sup> la Cour juge qu'il convient d'apprécier le niveau de protection du consommateur, en se basant sur le niveau de compréhension des étiquettes par les consommateurs de l'Etat membre importateur.<sup>663</sup>

De même, dans l'affaire « Graffione contre Ditta Fransa »<sup>664</sup>, la Cour en phase avec son avocat général estime que la nature trompeuse d'une marque pour le consommateur peut varier selon les différences linguistiques, culturelles et sociales.<sup>665</sup>

Logiquement, lorsque l'information concernée est par nature compréhensible à une échelle plus universelle, la Cour retient la seconde option, c'est à dire à la référence au consommateur moyen dans l'ensemble de la communauté.

Ainsi la Cour reconnaît la généralité de la dénomination « Yaourt » pour juger disproportionnée, au regard de la protection du consommateur, une réglementation telle que l'interdiction d'utiliser en France la dénomination « Yaourt » pour la vente de produits surgelés.<sup>666</sup>

---

<sup>661</sup> Arrêt du 12 octobre 1995, « Piageme contre Peeters », affaire C-85/94, Rec. 1995, p. I-2955, point 16.

<sup>662</sup> Arrêt du 16 décembre 1980, « Procédure pénale contre Anton Adriaan Fietje », affaire 27/80, Rec. 1980, p. 3839.

<sup>663</sup> *Ibid.*, point 12.

<sup>664</sup> Arrêt du 26 novembre 1996, « Graffione contre Ditta Fransa », affaire C-313/94, Rec. 1996, p. I-6039.

<sup>665</sup> *Ibid.*, point 22. Conclusions, point 10.

<sup>666</sup> Arrêt du 14 juillet 1988, « Smanor », affaire 298/87, Rec. 1988, p. 4489.

Dans le même esprit, l'interdiction d'utiliser en Allemagne, la marque « clinique » pour un produit cosmétique n'est nullement nécessaire pour satisfaire aux exigences de la protection des consommateurs ou de la santé des personnes. Pour arriver à cette conclusion, la Cour se réfère notamment à la situation des autres États membres, où cette pratique ne semble pas être une source d'erreur pour les consommateurs.<sup>667</sup>

Il convient toutefois de constater que la notion de consommateur moyen n'est pas nécessairement synonyme de déconsidération ou de sous-estimation des valeurs non économiques. Dans l'affaire « Buet »,<sup>668</sup> la Cour juge que l'interdiction de la vente au porte à porte de matériel pédagogique pour l'apprentissage des langues est justifiée par la protection du consommateur identifié comme « *appartenant souvent à une catégorie de personnes... vulnérables* ». <sup>669</sup>

L'émergence de la notion de “consommateur moyen” est également soulignée par la doctrine: “*A common notion of consumer is emerging, envisaging a certain capability on the part of the consumer to discern the quality of the goods and who is not in need of protection. Consumer law exists in part to enable the exercise of informed choice for those capable of doing so.*”<sup>670</sup>

Encore faut-il que le consommateur soit suffisamment clairvoyant ou vigilant pour exploiter l'information qui lui est destinée.<sup>671</sup>

b-2 La priorité de la libre circulation des marchandises au profit du consommateur dont la prudence est posée en postulat.

La vigilance présumée des consommateurs devrait, selon la jurisprudence de la Cour, garantir une information suffisante à partir d'un étiquetage des produits (b.2.1) Toutefois les critères retenus pour déterminer le point d'équilibre entre le principe de libre circulation des marchandises, d'une part, et la préservation des traditions nationales, d'autre part, suffit-elle

---

<sup>667</sup> Arrêt du 2 février 1994, « Clinique », affaire C-315/92, Rec. 1994, p. I-317, points 21 et 22.

<sup>668</sup> Arrêt du 16 mai 1989, « Buet », affaire 382/87, Rec. 1989, p. 1235.

<sup>669</sup> *Ibid*, point 13.

<sup>670</sup> Damien Chalmers, Christos Hadjiemmanuil, Georgio Monti, Adam Tomkins, *European Union Law*, Cambridge University Press 2008, *Ec Consumer Law in Howelles* (ed), *European Business Law*, (Dartmouth, 1996), p. 854.

<sup>671</sup> *Ibid*: “*Consumer law is also there to protect the vulnerable who are by definition, not always reasonably circumspect*”.

pour apaiser les craintes émises sur les risques d'uniformisation culturelle et d'appauvrissement de la qualité de certains produits (b.2.2) ?

b.2.1- Un consommateur standardisé suffisamment protégé.

La CJCE/CJUE apprécie l'étendue du risque d'entrave aux échanges en fonction de l'attente présumée d'un consommateur moyen, normalement informé et raisonnablement attentif (et avisé).<sup>672</sup> Elle est en mesure de le faire chaque fois que les éléments du dossier à sa disposition lui paraissent suffisants pour une telle appréciation. Dans l'hypothèse inverse, le juge communautaire peut renvoyer au juge national le soin de se prononcer sur le caractère trompeur d'une dénomination. Le cas échéant, le droit communautaire ne s'oppose pas, dans l'hypothèse où le juge national éprouverait des difficultés pour apprécier le caractère trompeur d'une indication, à ce qu'il puisse recourir à un sondage d'opinion ou à une expertise destinée à éclairer son jugement.<sup>673</sup>

Cette analyse est partagée par l'avocat général Jacobs lorsqu'il affirme :

*« Si ...le consommateur moyen ... d'un produit particulier sous une indication de provenance géographique simple n'établit aucun lien entre les caractéristiques du produit qui inspirent son achat et l'indication de provenance, alors celle-ci n'influence pas sa décision, il ne peut être raisonnablement considéré comme ayant été induit en erreur, et une interdiction de commercialiser le produit sous cette indication, en apparence pour la protection des consommateurs, constituerait manifestement un moyen disproportionné et non approprié à cette fin ».*<sup>674</sup>

L'une des conséquences de cette analyse conduit la Cour à conclure au caractère disproportionné de nombreuses réglementations nationales relatives à la dénomination de

---

<sup>672</sup> Howells et Wihelmsson, "The emphasis on labelling and information in many of the negative harmonisation cases...clearly presupposes a consumer who really makes efforts to read the information on labels and make use of other information offered. The consumer image of the (ECJ) does not seem to be of the hasty and relatively uncritical consumer who just throws a fast glance at advertisements and other written materials, but rather the (ECJ) supposes a critical and attentive consumer who makes use of all the information offered." Ec Consumer Law in Howelles (ed), European Business Law, (Dartmouth, 1996), 297.

<sup>673</sup> Arrêt du 16 juillet 1998, " Gud Springenheide GmbH et Rudolf Tusky contre Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt-Amt für Lebensmittelüberwachung", affaire C-210/96, Rec. 1998, p. I-465, points 31 à 37.

<sup>674</sup> Conclusions de l'avocat M. Jacobs dans l'arrêt du 7 novembre 2000, « Schutzverband gegen Unwesen in der Wirtschaft ev », affaire C-312/98, Rec.2000, point 60.



produits dont les méthodes de fabrication varient selon les traditions nationales des Etats membres.

Parmi les affaires illustrant ce constat, retenons l'arrêt « foie gras » concernant un recours en constatation de manquement de la Commission contre la France, riche de traditions gastronomiques, en raison d'une réglementation nationale réservant la dénomination « foie gras » à des préparations répondant à certaines conditions relatives à leur qualité et à leur composition. L'argument de l'administration française, fondé sur la nécessité de protéger le consommateur, a été balayé par la CJCE, des mesures d'information étant jugées suffisantes.<sup>675</sup>

Dans de nombreux arrêts, le juge communautaire estime que les risques de confusion qui pourraient résulter de l'ouverture du marché national aux produits des autres Etats membres peuvent être aisément écartés par un étiquetage adéquat des produits.<sup>676</sup>

La volonté de privilégier clairement le libre échange apparaît de manière plus évidente dans l'affaire du vinaigre,<sup>677</sup> dans laquelle la Cour prête pourtant attention à la préoccupation du gouvernement italien de veiller à la protection du consommateur habitué à l'utilisation commerciale du terme « Aceto » pour désigner les seuls vinaigres de vin. Mais encore faut-il que les mesures nationales prises à cette fin soient proportionnées pour conclure qu'un étiquetage approprié suffirait à écarter tout risque de confusion.<sup>678</sup> A cet égard, il est intéressant d'observer la position plus souple de l'avocat général selon qui, l'interdiction d'utiliser le terme Aceto (vinaigre) seul, pour du vinaigre de vin serait justifié. En revanche,

---

<sup>675</sup> Arrêt du 22 octobre 1998, « Commission contre République française », affaire C 184/96, Rec. 1998, p. I-6197, point 22

<sup>676</sup> Arrêt du 2 mars 1987, « Commission des Communautés Européennes contre République Fédérale d'Allemagne », affaire 178/84, Rec. 1987, p. 1227, point 35 : « *Il est certes légitime de vouloir donner aux consommateurs qui attribuent des qualités particulières aux bières fabriquées à partir de matières premières déterminées, la possibilité d'opérer leur choix en fonction de cet élément. Cependant cette possibilité peut être assurée...par l'apposition obligatoire d'un étiquetage adéquat concernant la nature du produit vendu...Un tel procédé permettrait au consommateur de fixer son choix en toute connaissance de cause...* ».

Voir également l'arrêt de la Cour du 26 novembre 1985, « Procédure pénale contre Miro BV », affaire 182/84, Rec.1985 p. 3731, point 25.

<sup>677</sup> Arrêt du 9 décembre 1981, « Commission des Communautés Européennes contre République Italienne », affaire 193/80, Rec.1981, p. 3019.

<sup>678</sup> *Ibid*, point 27.

L'argument fondé sur la loyauté des transactions commerciales n'est guère plus recevable lorsque les produits dont un Etat membre conteste la commercialisation sur son territoire sous une certaine dénomination, sont loyalement et traditionnellement fabriqués et commercialisés sous cette même dénomination dans l'Etat membre d'origine et qu'une information convenable de l'acheteur est assurée. Une phrase extraite de la jurisprudence de la Cour synthétise sa position : « *Dans un régime de marché commun, des intérêts tels que la loyauté des transactions commerciales doivent être assurés dans le respect mutuel des usages loyalement et traditionnellement pratiqués dans les différents Etats membres* ».

l'Italie ne devrait pas être autorisée à limiter l'usage de ce mot dès lors qu'il serait associé à un autre mot indiquant qu'il provient d'une autre substance telle que le cidre.

Toutefois, la Cour s'est parfois montrée plus réceptive aux exigences nationales.

Dans l'affaire « Deserbais »<sup>679</sup>, le juge se pose la question relative à la conformité d'un produit par rapport aux attentes probables du consommateur, mais sans apporter de réponse explicite. Après avoir affirmé qu'un Etat membre ne saurait interdire l'importation et la commercialisation d'un fromage sous une certaine dénomination, au motif que le taux de matière grasse est insuffisant au regard du droit national pour mériter pareille dénomination, dans la mesure où un étiquetage suffit pour informer le consommateur, la Cour s'interroge sur la réponse à apporter dans l'hypothèse où :

*« un produit présenté sous une certaine dénomination, s'écarte tellement du point de vue de sa composition ou de sa fabrication, des marchandises généralement connues sous cette même dénomination dans la Communauté, qu'il ne saurait être considéré comme relevant de la même catégorie ».*<sup>680</sup>

Dans l'affaire « Smanor »<sup>681</sup>, la CJCE est plus explicite en jugeant qu'un étiquetage pourrait ne pas suffire à écarter, dans l'hypothèse d'un traitement particulier du produit, le risque de ne plus représenter les caractéristiques que le consommateur associe traditionnellement au produit.<sup>682</sup>

L'arrêt « foie gras »<sup>683</sup> donne à la Cour l'occasion de rappeler et de préciser les limites de la jurisprudence « Smanor ». Le juge n'y exclut pas, dans l'hypothèse précédemment évoquée, la possibilité pour les Etats membres d'exiger des opérateurs économiques de modifier la dénomination d'une denrée alimentaire :

*« Les services nationaux compétents sont en droit de contrôler les préparations afin de vérifier que les indications portant sur les matières premières utilisées et la méthode de*

---

<sup>679</sup> Arrêt du 22 septembre 1988, « Ministère public contre Gérard Deserbais », affaire 286/86, Rec.1988. p. 4907.

<sup>680</sup> *Ibid*, point 13.

<sup>681</sup> Arrêt du 14 juillet 1988, « Smanor », affaire 298/87, Rec. 1988, p. 4489.

<sup>682</sup> En l'occurrence, le yaourt avait subi un traitement particulier (la surgélation). *Ibid*, point 21.

<sup>683</sup> Arrêt du 22 octobre 1998, « Commission contre République française », affaire C 184/96, Rec. 1998, p. I-6197.

*production mentionnées sur l'étiquetage sont respectées afin de poursuivre les responsables de la commercialisation de denrées alimentaires utilisant des dénominations identiques à celles prévues par la réglementation nationale mais dont le contenu serait tellement différent que l'on pourrait constater l'existence d'une tromperie. Cependant cette possibilité ne vise que la situation dans laquelle une denrée alimentaire en provenance d'un Etat membre et répondant aux règles édictées par cet Etat diffère sensiblement par rapport aux exigences prévues par la législation nationale de l'Etat concerné ».*<sup>684</sup>

Toutefois cette brèche dans la jurisprudence favorable au principe de libre circulation des marchandises doit-elle suffire à apaiser les craintes émises sur les risques d'uniformisation et d'appauvrissement de la qualité de certains produits ?

b.2.2- Les risques d'uniformisation et d'appauvrissement culturels, conséquence d'une jurisprudence partielle.

Logiquement, la conciliation entre le principe de libre circulation des marchandises et la diversité culturelle d'une communauté d'États qui ne cesse de s'étendre passe par un nécessaire compromis dont certains auteurs ont souligné les vertus.<sup>685</sup> Les principes dégagés par la Cour dans l'arrêt « Cassis de Dijon »<sup>686</sup> n'impliqueraient en effet nullement le démantèlement des « lois recettes nationales », dans la mesure où elles pourraient continuer à régir la production nationale. Pour preuve, l'État d'origine pourrait exporter ses produits sans qu'il soit besoin de les mettre en conformité avec les normes du pays d'importation, ce dernier jouissant de la même liberté de conserver ses propres règles de fabrication. Ainsi le consommateur bénéficierait d'une offre élargie aux produits de l'ensemble des pays et des régions de la Communauté.<sup>687</sup>

---

<sup>684</sup> *Ibid*, point 23 et 24.

<sup>685</sup> A. Mattera, « A l'occasion du 30<sup>ème</sup> anniversaire de l'arrêt « Cassis de Dijon », la reconnaissance mutuelle : une valeur historique ancienne, un principe juridique intégrationniste, l'assise politique d'un modèle de société humaniste », Revue du droit de l'UE 3/2009.

<sup>686</sup> Arrêt « Rewe-Zentral AG contre Bundesmonopolverwaltung für Branntwein » du 20 février 1979, affaire 120/78, Rec. 1979, p. 649. Du fameux arrêt « Cassis de Dijon » découle le principe de la reconnaissance mutuelle selon lequel tout produit légalement fabriqué et commercialisé dans un Etat membre doit pouvoir être commercialisé dans n'importe quel autre Etat membre de l'UE, même s'il ne satisfait pas totalement à la réglementation de l'Etat de destination.

<sup>687</sup> Voir l'article précité de Monsieur Alfonso Mattera, Editorial, Revue du Marché de l'Union Européenne, 2 :1998, sp.p. 12 : « L'affirmation et la mise en œuvre du principe de la reconnaissance mutuelle ont permis de sonner le glas d'une conception harmonisatrice qui régnait dans le passé et risquait de transformer la Communauté en une sorte de rouleau compresseur uniformisant et harmonisateur ou, pire encore, en un « Etat-providence » manifestant des prétentions interventionnistes et une activité boulimique qui relevait davantage d'un perfectionnement technique que du souci de servir le citoyen ».

Voir également en ces sens l'article de R. Munoz, « Le principe de reconnaissance mutuelle et l'abrogation de la décision 3052/95, chronique d'une future révolution ? », issu d'une présentation qui a été faite lors de la conférence « Le principe de

Cette vision sublimée de la réalité nous semble excessivement optimiste et justifierait quelques réserves permettant de relativiser les vertus de la jurisprudence « Cassis de Dijon ». Si le principe de libre circulation des marchandises offre au consommateur un éventail élargi de produits, il a pour corollaire une certaine dérégulation nationale du marché et ses conséquences.

Premièrement, dès lors que la protection du consommateur n'est pas légitimée au point de justifier une interdiction de commercialiser des produits ne respectant pas certaines traditions nationales, cela facilite le marketing de produits de moindre qualité que ceux auxquels les consommateurs sont habitués. Malgré l'insistance de la Cour à considérer que l'étiquetage suffit pour protéger le consommateur, on ne peut nier le constat d'une certaine paresse des consommateurs à lire la composition des produits ou tout simplement à se poser des questions d'autant plus nécessaires que les techniques du marketing atteignent des niveaux de sophistication toujours plus remarquables. Considérer uniquement le principe de la reconnaissance mutuelle comme l'instrument d'une nouvelle liberté offerte au consommateur de choisir dans une vaste gamme élargie de produits, l'affranchissant « *des servitudes féodales et des prérogatives régaliennes d'Etats interventionnistes* » motivés par le seul souci de « *préserver des situations de privilèges acquises par la production nationale* »<sup>688</sup> peut apparaître comme un parti pris un peu réducteur. Certes, le protectionnisme est une réalité qu'il convient de combattre, mais il serait regrettable que l'uniformisation réglementaire dont préserve le principe de la reconnaissance mutuelle, ne soit remplacée par une uniformisation de fait résultant de réflexes de consommateurs conditionnés. Naturellement, on peut toujours arguer de la liberté de ces derniers. Une certaine doctrine a ainsi affirmé que le principe de libre circulation des marchandises est de donner la possibilité aux consommateurs de l'Union d'avoir accès à une plus grande diversité de produits, libre à eux de continuer à préférer par la suite leurs produits nationaux.

Nous nous interrogeons cependant sur le bien fondé d'une argumentation aussi simpliste. Le droit en général et les droits nationaux en l'occurrence ne nous apprennent-ils pas que toute

---

reconnaissance mutuelle » organisée par le Centre d'Etudes Internationales et Européennes de Strasbourg le 5 décembre 2008 (précité). L'auteur affirme que le principe de reconnaissance mutuelle est un « *formidable outil pour s'assurer que les habitudes des consommateurs ne soient pas cristallisées* » dans la mesure où chaque Etat entend mettre en avant sa recette nationale.

<sup>688</sup> Mattera Alfonso, « La reconnaissance mutuelle, une valeur historique ancienne, un principe juridique intégrationniste, l'assise politique d'un modèle de société humaniste », Revue du droit de l'Union européenne, n°3, 2009, p. 403.

Voir également du même auteur « arrêt « Foie gras », du 22 octobre 1998 : porteur d'une nouvelle impulsion sur le perfectionnement du marché unique européen » Revue du Marché Unique Européen 4/1998, p. 122.

liberté des agents économiques doit être encadrée. Ainsi, dans la situation d'un marché européen ouvert à la concurrence par les prix, n'est-il pas essentiel de garantir également une concurrence fondée sur la qualité des produits et la réputation qui doit en découler, toutes deux souvent liées à des traditions ancestrales ?<sup>689</sup>

Ajoutons que les obstacles potentiels à la libre circulation des marchandises sont susceptibles d'être érigés prioritairement par les Etats membres dont les exigences sont les plus élevées en matière de qualité. C'est pourquoi l'argument fondé sur les opportunités offertes au consommateur européen de pouvoir choisir les produits correspondant aux cultures et aux traditions les plus diverses ne nous semble pas toujours pertinent. En poussant à l'extrême cette logique, on pourrait s'interroger sur la parfaite légitimité des droits fondés sur les appellations d'origine et les indications de provenance, dont la finalité est la protection des producteurs mais aussi des consommateurs.

La réaction du législateur communautaire à ces questions semble corroborer les affirmations précédentes. En effet, face aux préoccupations sur la baisse de qualité des produits, le Conseil a élaboré une législation communautaire visant à protéger certains produits alimentaires agricoles présentant un lien entre leurs caractéristiques et leur lieu d'origine.<sup>690</sup>

Précisément, l'une des solutions apportées au problème de la qualité et de la diversité des produits peut être recherchée dans la jurisprudence de la Cour relative aux dénominations géographiques que l'on peut désormais inclure dans la notion de propriété industrielle et commerciale figurant dans la liste de l'article 36 du traité.<sup>691</sup> Dans une période antérieure, la

---

<sup>689</sup> Fabio Gencarelli, « La politique de qualité alimentaire dans la PAC réformée », *Revue du droit de l'Union Européenne* 4/2009, p. 634. L'auteur souligne que l'achèvement du marché intérieur et singulièrement la consécration ... du principe de la reconnaissance mutuelle, à savoir l'équivalence entre les législations nationales, risquent de conduire à une certaine banalisation, sinon à un abaissement qualitatif, des denrées alimentaires.

Ferraille Damien, « L'accès au marché en droit du marché intérieur », thèse présentée et soutenue le 9 juillet 2009 pour l'obtention du titre de Docteur en droit. Cet auteur affirme également que « *Si la Communauté est « plus respectueuse des diversités nationales», il semble que cela soit à l'avantage des produits qui circulent d'un Etat membre à l'autre, plutôt qu'à la faveur des règles qui encadrent les marchés sur lesquels ces produits accèdent* ». Thèse précitée, p. 69.

<sup>690</sup> Le règlement (CEE) du Conseil 2081/92 du 14 juillet 1992 – JO L 208, relatif à la protection des indications géographiques et des appellations d'origine des produits agricoles et des denrées alimentaires, prévoit deux types de classifications : les appellations d'origine et les indications géographiques.

<sup>691</sup> Article 36 TFUE : « *Les dispositions des articles 34 et 35 ne font obstacle aux interdictions ou restrictions d'importation, d'exportation ou de transit, justifiées par des raisons de moralité publique, d'ordre public, de sécurité publique, de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou de préservation des végétaux, de protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique ou de protection de la propriété industrielle et commerciale. Toutefois, ces interdictions ou restrictions ne doivent constituer ni un moyen de discrimination arbitraire ni une restriction déguisée dans le commerce entre les Etats membres* ».

Voir les conclusions de l'avocat général M. Damasco Colomer, dans l'arrêt « République fédérale d'Allemagne et Royaume du Danemark contre Commission des Communautés européennes », affaires jointes C-465/02 et 466/02, Rec. 2005, p. I-

protection des indications de provenance et des appellations d'origines étaient rattachée à la notion plus vaste de protection du consommateur.<sup>692</sup> Leur nouveau statut les rapproche des marques avec une différence notoire toutefois, puisque à la différence des ces dernières, les droits rattachés aux premières ne peuvent être épuisés ni cédés.

Précisons encore que la protection juridique accordée aux dénominations géographiques se justifie dans la mesure où l'origine géographique d'un produit peut constituer un critère de l'acte d'achat et de fidélisation de la clientèle. Or, dans une démarche de précurseur puis de soutien du droit communautaire dérivé, la Cour démontre que les traditions peuvent trouver grâce à ses yeux, tant qu'elles ne constituent pas une menace injustifiée pour le commerce intracommunautaire des marchandises.

2- Une reconnaissance jurisprudentielle progressive de l'authenticité des produits et des traditions en phase avec la politique de qualité des produits alimentaires

Dans ce domaine, le juge se révèle un précurseur (a) et un soutien (b) de l'évolution de la législation communautaire.

a- Un juge pragmatique et précurseur de l'évolution du droit communautaire des aliments

Le juge communautaire est l'un des acteurs de l'évolution du droit communautaire qu'il a parfois anticipée et influencée. En effet, la Cour a souligné l'importance des appellations géographiques et des méthodes traditionnelles de fabrication, contribuant ainsi à l'efficacité d'une législation commune, reflet d'une nouvelle politique de qualité des produits agroalimentaires.

Rappelons en effet que le traité ne contient aucune disposition sur les indications géographiques, alors que les droits nationaux ont emprunté différentes voies en vue de les protéger. Certains États membres ont choisi d'appliquer le régime général réprimant la concurrence déloyale tandis que d'autres ont opté pour la mise en place d'un régime juridique

---

9115, points 65 et 66. Voir également l'arrêt du 4 juin 1992, « Delhaize », affaire C-47/90, Rec. 1992, p. I-3669. Voir enfin l'arrêt du 9 juin 1992, « Exportur », affaire C-3/91, Rec.1992, p. I-5529.

<sup>692</sup> Arrêt du 20 février 1975, « Commission contre Allemagne », affaire C-12/74, Rec. 1975, p. 181.

particulier sur les appellations d'origine et les indications de provenance.<sup>693</sup> Ces réglementations nationales ont inévitablement généré des situations conflictuelles avec le principe de libre circulation des marchandises, auquel le traité répond dans l'article 36 par une disposition dérogatoire spéciale relative à la protection de la propriété industrielle et commerciale.<sup>694</sup> Conformément à l'article 36 TFUE, des mesures nationales restrictives des échanges intracommunautaires peuvent être justifiées dans la mesure où elles s'avèrent « nécessaires pour assurer la sauvegarde des droits qui constituent l'objet spécifique des appellations géographiques ».<sup>695</sup>

Le juge n'a toutefois pas attendu l'harmonisation communautaire pour reconnaître explicitement ou implicitement la compatibilité avec le traité, de réglementations nationales visant à assurer la protection d'indications géographiques.<sup>696</sup> Celles-ci sont définies par opposition aux dénominations génériques qui ne peuvent faire l'objet d'une appropriation en raison des risques de cloisonnement du marché.<sup>697</sup> Toutefois, les dénominations ne relevant pas de la propriété industrielle et commerciale peuvent, sous certaines conditions, être justifiées sur le fondement de la règle de raison tirée de l'affaire « Cassis de Dijon » et notamment au nom de la protection des exigences impératives de protection du consommateur ou de loyauté des transactions commerciales. Ce régime d'exception obéit cependant à des règles strictes notamment en matière de protection du consommateur.<sup>698</sup>

---

<sup>693</sup> Voir les conclusions de l'Avocat général Colomer dans l'arrêt du 25 octobre 2005, « Allemagne et Danemark contre Commission », affaires jointes C-465 et 466/02, Rec. 2005, p. I-9115, point 12.

<sup>694</sup> Le législateur communautaire a également tenu compte de la spécificité des droits de propriété industrielle et commerciale dans la directive 70/50 du 22 décembre 1969, portant suppression des mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives à l'importation non visées par d'autres dispositions prises en vertu du traité CEE (article 2 §3, sous s) (JO N° L 13 du 19 janvier 1970, p. 29).

Voir également la directive 79/112/CEE du Conseil, du 18 décembre 1978, relative au rapprochement des législations des Etats membres concernant l'étiquetage et la présentation des denrées alimentaires destinées au consommateur final ainsi que la publicité faite à leur égard (JO n° L 33, du 8 février 1979, p. 1), modifiée par la directive 2000/13/CE du Parlement et du Conseil, du 20 mars 2000, relative au rapprochement des législations des Etats membres concernant l'étiquetage et la présentation des denrées alimentaires ainsi que la publicité faite à leur égard (JO n° L 109, du 6 mai 2000, p.29).

<sup>695</sup> Arrêt du 10 novembre 1992, « Exportur SA contre LOR SA et Confiserie du Tech SA, affaire C-3/91, Rec. 1992, p. I-5529, points 24 et 25.

<sup>696</sup> Fabio Gencarelli, « La politique de qualité alimentaire dans la PAC réformée », Revue du droit de l'Union européenne 4/2009, p. 635. (précité)

<sup>697</sup> La directive 70/50/CEE ayant pour objet l'élimination des MEERQ à l'importation énumère les mesures à considérer comme interdites et mentionne celles qui « réservent aux seuls produits nationaux des dénominations ne constituant pas des appellations d'origine ou des indications de provenance ».

<sup>698</sup> Voir les arrêts du 22 octobre 1998, « Commission contre France », affaire C-184/86, Rec. 1998, p. I-6197, point 24 ; et du 12 septembre 2000, affaire C-366/98, Rec. 2000, p. I-6579, point 21 : « ...Le fait que la composition de boissons alcoolisées à base de pommes, fabriquées et commercialisées légalement dans un Etat membre sous la dénomination « cider » ne soit pas conforme aux exigences de la réglementation d'un autre Etat membre sur la production du cidre n'est pas suffisant en soi pour interdire leur commercialisation dans ce dernier Etat membre sous la dénomination « cidre » au motif que l'utilisation de cette dénomination serait de nature à induire le consommateur en erreur dans cet Etat ».

Des arrêts successifs viennent progressivement affiner les définitions des indications géographiques, les catégoriser et préciser le statut juridique protecteur applicable à certains produits. Dans une démarche pragmatique, la Cour retient plusieurs critères en vue de définir les appellations d'origine et les indications de provenance et dont l'inclusion dans le droit de la propriété industrielle et commerciale autoriserait l'application de l'article 36 du traité.<sup>699</sup>

Premièrement et comme le rappelle la Cour dans l'affaire « Sekt »<sup>700</sup> en se référant à la directive 70/50, « *les appellations d'origine et les indications de provenance désignent, au moins dans tous les cas, un produit provenant d'une zone géographique déterminée* ». <sup>701</sup>

Toutefois, cette zone ne peut qu'exceptionnellement correspondre à l'ensemble d'un territoire national,<sup>702</sup> ce qui semble assez logique compte-tenu du second critère retenu par la CJUE, à savoir l'existence d'un lien entre la dénomination du produit et les qualités que le produit est supposé tirer de sa région de provenance. Ainsi les qualités ou spécificités protégées du

---

<sup>699</sup> Arrêt du 20 février 1975, « Commission contre Allemagne, affaire 12/74, Rec.1975, p. 181: « ...la circonstance que les dénominations « Sekt » et « Weinbrand » ne constituent pas des indications de provenance exclut que les mesures litigieuses que comporte la législation vinicole puissent se justifier en vertu de l'article 36 du traité, pour des raisons de propriété industrielle et commerciale », point 15.

Cette thèse est confirmée par l'arrêt du 4 juin 1992, « Delhaize », affaire C-47/90, Rec. 1992, p. I-3669 : « L'interdiction de la mise du vin en bouteille dans un lieu distinct de celui de son élaboration constitue une mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative ne pouvant être justifiée par des raisons tenant à la protection de la propriété industrielle et commerciale au sens de l'article 36 du traité », point 16.

Voir également les arrêts du 16 mai 2000, « Royaume de Belgique contre Royaume d'Espagne », affaire C-388/95, Rec. 2000, p. I-3123, point 54 ; du 20 mai 2003, « Ravil », affaire C-469/00, Rec. 2003, p. I-5053, point 49 ; du 20 mai 2003, « Consorzio del prosciutto di Parma et Salumificio S. Rita », C-108/01, Rec. 2003, p. I-5121, point 64.

<sup>700</sup> Arrêt du 30 février 1975, « Commission des Communautés européennes contre République fédérale d'Allemagne », affaire 12/74, Rec. 1975, point 18.

<sup>701</sup> *Ibid*, précité, point 7.

Voir également l'arrêt du 12 octobre 1978, « Joh. Eggers Sohn & Co. contre FreieHansestadt Bremen, affaire 13/78, Rec. 1978, p. 1935, point 23.

<sup>702</sup> Voir l'affaires 12/74 précitée, point 8.

Voir également l'arrêt du 5 novembre 2002, « Commission contre Allemagne », affaire C-325/00, Rec. 2002, p. I-9977. L'affaire porte sur la réglementation allemande qui réserve un label de qualité à des produits fabriqués en Allemagne. Dans la mesure où une telle réglementation définit une zone de provenance en fonction de l'étendue du territoire national et s'applique à une catégorie de produits remplissant certaines conditions de qualité, elle ne peut bénéficier de la dérogation relative à la protection de la propriété industrielle et commerciale de l'article 36 du traité (point 27).

Voir enfin l'arrêt du 25 octobre 2005, « Allemagne et Danemark contre Commission », affaires jointes C-465 et 466/02, Rec. 2005, p. I-9115. La Cour y semble plus restrictive et catégorique : « Il est toutefois exclu, en vertu de l'article 2, paragraphe 3, du règlement (CEE) n°2081/92, que l'aire géographique inhérente à une dénomination puisse couvrir un pays dans son intégralité », point 35.

Voir enfin les conclusions de l'avocat Colomer dans l'arrêt du 25 octobre 2005, « Allemagne et Danemark contre Commission », affaires jointes C-465 et 466/02, Rec. 2005, p. I-9115, points 33 à 35, ainsi que l'avis de l'avocat général Jacobs dans l'arrêt du 5 novembre 2002, « Commission des Communautés européennes contre Allemagne », affaire C-325/00, Rec. 2002, p. I-9977, dans lequel ce dernier évoque toutefois une telle possibilité « lorsque l'Etat membre en cause est particulièrement petit (par exemple le grand-duché de Luxembourg) et peut-être lorsque l'enregistrement est sollicité pour l'ensemble d'un Etat membre en ce qui concerne un produit déterminé dont la qualité ou la réputation peut être attribuée à cet Etat membre. »

Précisons que le caractère exceptionnel de l'attribution d'une appellation d'origine ou d'une indication géographique correspondant à un pays est également souligné dans le règlement 2081/92 du Conseil relatif à la protection des indications géographiques et des appellations d'origine des produits agricoles et des denrées alimentaires, JO n° L 208 du 24 juillet 1992, p1-8.



produit doivent être liées à son lieu de provenance, dans la mesure où la spécificité de l'origine géographique détermine la typicité du produit. Cette exigence sera ultérieurement assouplie dans le cadre de l'harmonisation communautaire<sup>703</sup> mais aussi par la Cour elle-même.

Dans l'affaire précitée, est en cause la législation allemande en ce qu'elle réserve les dénominations « Sekt » et « Weinbrand » à la production nationale et la dénomination « Praedikatssekt » à des vins produits en Allemagne à partir d'une proportion minimale déterminée de raisins allemands. Pour la République fédérale, la législation vinicole concernant le Sekt et le Weinbrand relèverait du régime des indications de provenance et pourrait à ce titre échapper à la qualification de MEERQ conformément aux dispositions de la directive 70/50<sup>704</sup>. La CJCE souligne que lesdites dénominations ne remplissent leurs fonctions spécifiques, à savoir assurer la sauvegarde des intérêts des producteurs contre la concurrence déloyale ainsi qu'une information correcte des consommateurs, que si les produits qu'elles désignent possèdent effectivement des qualités et des caractéristiques dues à la localisation géographique de leurs provenances.<sup>705</sup>

Ce principe sera confirmé dans la jurisprudence ultérieure et notamment dans l'affaire « Pistre »<sup>706</sup> dans lequel la Cour précise que la dénomination « montagne » ne peut être considérée comme couvrant une appellation d'origine ou une indication géographique au sens droit communautaire dérivé, selon lequel un lien direct doit exister entre la qualité ou les caractéristiques du produit et son origine géographique spécifique. Elle ne constitue pas davantage une indication de provenance, telle qu'elle a été définie par la CJCE dans sa jurisprudence relative aux articles 30 et suivants du traité (articles 34 et suivants du TFUE) dans laquelle la Cour précise qu'une telle indication est destinée à informer le consommateur que le produit provient d'un lieu, d'une région ou d'un pays déterminé.

Par voie de conséquence, en dehors du cadre juridique réservé aux indications géographiques, le droit à une dénomination de qualité « *ne saurait dépendre que des caractéristiques*

---

<sup>703</sup> Le règlement n°2081/92 (précité) distingue d'une part, les appellations d'origine dont l'attribution suppose effectivement un lien entre le lieu et la qualité, et d'autre part les indications géographiques qui peuvent être justifiées par un lien entre le lieu et la réputation qui lui est attribuée (article 2§2).

<sup>704</sup> Arrêt du 20 février 1975, « Commission des Communautés européennes contre République Fédérale d'Allemagne », affaire 12/74, Recueil 1975, p. 181, point 4.

<sup>705</sup> *Ibid*, point 7.

<sup>706</sup> Arrêt du 7 mai 1997, « Procédure pénale contre Jacques Pistre, Michèle Barthes, Yves Milhau et Kidier Oberti », affaire C-321 à 324/94, Rec. 1997, p. I-2343.

*objectives intrinsèques dont résulte la qualité du produit par rapport au même produit de qualité inférieure, mais non de la localisation géographique de tel ou tel stade de sa production* ». <sup>707</sup>

La Cour est tout aussi explicite dans l'affaire « Delhaize » <sup>708</sup> concernant la réglementation espagnole qui réserve l'attribution d'une « *denominacion de origen calificada* » aux vins embouteillés dans la région de production. Elle précise que dans l'état du droit communautaire, il appartient aux États membres de définir les conditions auxquelles un État membre soumet l'utilisation du nom d'une zone géographique en tant qu'appellation d'origine géographique d'un vin. Toutefois, dans la mesure où ces conditions tombent sous le coup de l'article 34 TCE, <sup>709</sup> elles ne sont justifiées par des raisons tenant à la protection de la propriété industrielle et commerciale au sens de l'article 36 du traité, que si elles sont nécessaires pour remplir leur fonction spécifique. <sup>710</sup> Dans cette affaire, l'obligation de mettre le vin en bouteille dans la région de production devrait donc être indispensable à la conservation des qualités spécifiques du vin, <sup>711</sup> ce qui en l'occurrence n'a pas été démontré. <sup>712</sup> La Cour rappelle ainsi l'importance fondamentale du rapport entre la zone géographique considérée et les caractères revendiqués du produit.

Cette affaire a une suite dans le cadre d'une action en manquement intentée contre le Royaume d'Espagne par le Royaume de Belgique, <sup>713</sup> au motif que la réglementation espagnole en cause dans l'affaire « Delhaize » était toujours en vigueur, en violation de l'article 34 TCE tel qu'il y avait été interprété par la Cour. Dans cette seconde affaire également connue sous le nom de « Rioja II », la Cour rappelle sa position de principe permettant de justifier une réglementation nationale sur le fondement de la propriété industrielle et commerciale, à savoir la nécessité de la mesure pour que l'appellation puisse remplir sa fonction spécifique. <sup>714</sup> La conclusion cependant est différente en l'espèce. Sur la

---

<sup>707</sup> Arrêt du 12 octobre 1978, « Joh. Eggers Sohn & Co. Contre Freie Hansestadt Bremen, affaire 13/78, Rec. 1978, p. 1935, points 24 et 25.

<sup>708</sup> Arrêt du 9 juin 1992, « Delhaize », affaire C-47/90, Rec. 1992, p. I-3669.

<sup>709</sup> Aux termes de l'article 34 paragraphe 1 du TCE, « les restrictions quantitatives à l'exportation et les mesures d'effet équivalent sont interdites entre les États membres ».

<sup>710</sup> Arrêt du 9 juin 1992, « Delhaize », affaire C-47/90, Rec. 1992, p. I-3669, points 16 à 20.

<sup>711</sup> *Ibid*, point 18.

<sup>712</sup> *Ibid*, point 19.

<sup>713</sup> Arrêt du 16 mai 2000, « Royaume de Belgique contre Royaume d'Espagne », affaire C-388/95, Rec. 2000, p. I-3123,

<sup>714</sup> *Ibid*, point 22.

base d'éléments d'appréciation nouveaux, elle conclut à la justification de la mesure litigieuse en ce qu'elle permet de garantir la réputation du vin Rioja.<sup>715</sup>

La Cour juge que cette exigence est également satisfaite dans l'affaire « Ravil »<sup>716</sup> concernant une convention bilatérale rendant applicable en France une condition de râpage et de conditionnement du fromage dans la région de production en Italie pour bénéficier de l'appellation d'origine « Grana Padano ». La convention litigieuse constitue une mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative à l'exportation mais peut être justifiée au titre de la protection de la propriété industrielle et commerciale. En effet, « *le risque pour la qualité et l'authenticité du produit est plus important lorsqu'il a été râpé et emballé en dehors de la région de production que lorsqu'il l'a été à l'intérieur de celle-ci* ».<sup>717</sup> La Cour ajoute que l'appellation d'origine ne bénéficierait pas d'une protection comparable au moyen d'une simple obligation d'un étiquetage approprié visant à informer le consommateur du véritable lieu de râpage et de conditionnement. Ainsi, le risque d'atteinte à la qualité du produit pourrait nuire à la réputation du produit, autre critère d'appréciation lors de l'attribution d'une dénomination géographique.<sup>718</sup>

En effet, la Cour retient comme troisième critère visant à définir les dénominations géographiques, celui de la réputation attachée à la région de production. L'importance qu'il convient d'accorder à la réputation est cependant au cœur d'un débat doctrinal et révèle une évolution dans la jurisprudence de la Cour de Luxembourg.

L'affaire « Sekt »,<sup>719</sup> concerne, rappelons le, un recours en constatation de manquement contre l'Allemagne en raison d'une réglementation nationale vinicole réservant les dénominations « Sekt » et « Weinbrand » à la production nationale. A l'appui de sa thèse, le gouvernement allemand produit des sondages d'opinion visant à démontrer que dans l'esprit du consommateur, les dénominations précitées correspondent à des produits nationaux. La

---

<sup>715</sup> *Ibid*, points 52 et 64 à 78.

<sup>716</sup> Arrêt du 25 mai 2003, « Ravil SARL contre Bellon import SARL et Biraghi SpA », affaire C-469/00, Rec. p. I-5053.

Voir également l'arrêt du 16 mai 2000, « Royaume de Belgique contre Royaume d'Espagne », affaire C-388/95, Rec. 2000, p. I-3123.

<sup>717</sup> *Ibid*, point 61. Voir également l'arrêt du 16 mai 2000, « Belgique contre Espagne », affaire C-388/95, rec. p. I-3669, point 74.

<sup>718</sup> Arrêt du 25 mai 2003, « Ravil SARL contre Bellon import SARL et Biraghi SpA », affaire C-469/00, Rec. p. I-5053, point 65. Voir également l'arrêt du 16 mai 2000, « Royaume de Belgique contre Royaume d'Espagne », affaire C-388/95, Rec. 2000, p. I-3123, points 76 et 77.

<sup>719</sup> Arrêt du 20 février 1975, « Commission des Communautés européennes contre République Fédérale d'Allemagne », affaire 12/74, Rec. 1975, p. 181

Cour maintient cependant que la protection liée à une indication de provenance n'est légitime « *que si le produit qui en fait l'objet possède réellement des caractères susceptibles de l'individualiser du point de vue géographique* ». <sup>720</sup> Ainsi la conviction de l'acheteur passe au second plan, dès lors que celle-ci n'est pas réellement fondée. En l'occurrence, la Cour ne conteste pas dans la première partie de son raisonnement, l'allégation d'une quelconque association des dénominations avec l'origine allemande des vins. Cependant, elle juge infondée et par conséquent fautive, la certitude du consommateur qu'il conviendrait d'une certaine manière d'éduquer. La Cour en conclut que les dénominations litigieuses ne constituent pas des indications de provenance. <sup>721</sup>

La conviction du consommateur est en revanche la clé de la réponse apportée par le juge dans d'autres affaires étudiées où la jurisprudence contribue à la mise en valeur de la spécificité des produits justifiant une dénomination géographique. Une telle approche suppose chez le juge une appréciation selon laquelle :

« *...dans la perception du consommateur, le lien entre la réputation des producteurs et la qualité des produits dépend de sa conviction que les produits vendus sous l'appellation d'origine sont authentiques* ». <sup>722</sup>

Ainsi, la Cour adopte une interprétation favorable aux dénominations géographiques lorsqu'elle justifie la protection des indications de provenance utilisées pour des produits ayant acquis une grande réputation aux yeux du consommateur, ce qui constitue pour le producteur ou le fabricant un atout de fidélisation de sa clientèle, alors même qu'il ne peut être « *démonstré qu'ils doivent une saveur particulière au terroir et qu'ils n'ont pas été produits selon des prescriptions de qualité et des normes de fabrication fixées par un acte de l'autorité publique* » <sup>723</sup>. A défaut, les dénominations géographiques utilisées pour des produits pour lesquels le lien entre une saveur particulière et le terroir ne peut être démontré ne bénéficieraient d'aucune protection. <sup>724</sup> Le juge communautaire vient ainsi préciser le sens

---

<sup>720</sup> *Ibid*, point 12.

<sup>721</sup> *Ibid*, point 12.

<sup>722</sup> Arrêt du 20 mai 2003, affaire « Ravil SARL contre Bellon import SARL et Biraghi SpA », affaire C- 469/00, Rec. 2003, p. I-5053, point 49.

<sup>723</sup> Arrêt du 10 novembre 1992, « Exportur SA contre LOR SA et Confiserie du Tech SA », affaire C-3/91, Rec. 1992, p. I-5529, point 28.

<sup>724</sup> *Ibid*, point 28

de l'affaire « Sekt » et relativiser la portée que lui donne la Commission.<sup>725</sup> La protection plus large des dénominations géographiques découlant de l'interprétation du juge communautaire reste cependant confinée dans des limites visant à éviter une forme d'usurpation de droits au détriment de leurs titulaires « naturels ». C'est pourquoi un État membre ne peut réserver à des produits nationaux des dénominations employées pour désigner des produits d'origine quelconque, ce qui le cas échéant, aurait pour conséquence de priver les entreprises des autres États membres d'utiliser des dénominations génériques.<sup>726</sup>

Encore faut-il que la perception des juges corresponde à la réalité des convictions des consommateurs. Or, il apparaît qu'en dehors du cadre spécifique des appellations géographiques, la Cour conserve une approche plus favorable à l'ouverture des marchés.

Ainsi, l'affaire « Souvenirs d'Irlande »<sup>727</sup> semble révéler une appréciation différente du critère géographique dans sa dimension subjective, selon la qualité intrinsèque du produit à laquelle serait en définitive attaché le consommateur. En effet, l'importance relative du lieu de fabrication d'un produit par rapport au lieu de son acquisition dépend de la dimension culturelle ou, selon les mots de la CJCE de la « qualité substantielle » de l'objet.<sup>728</sup> Dans cette logique, à l'argument de l'Irlande selon lequel, le consommateur attacherait une importance à l'origine réelle du produit, c'est à dire à son lieu de fabrication en raison de sa nature particulière, la CJCE objecte que le lieu d'acquisition constitue le véritable critère de référence. Aux yeux de la Cour, l'origine des souvenirs ne constitue pas une qualité substantielle et intrinsèque du produit auquel le consommateur attacherait de l'importance.<sup>729</sup> En conséquence, il n'y aurait pas tromperie par omission lors de la vente de souvenirs dont on pourrait laisser croire qu'ils ont été fabriqués sur place.

Nous devons avouer ne pas en être totalement convaincus. En l'occurrence, la question est pourtant primordiale. Tout en reconnaissant que la mesure incriminée ne concerne que des

---

<sup>725</sup> Selon la thèse de la Commission, la fonction spécifique d'une dénomination géographique n'est remplie que si le produit désigné possède des qualités et des caractères liés à la localisation géographique de sa provenance et de nature à l'individualiser. En conséquence, là où le produit ne tire pas de saveur particulière du terroir, un étiquetage mentionnant le lieu d'origine du produit suffirait pour écarter tout risque de confusion chez le consommateur.

<sup>726</sup> Affaire C-3/91, « Exportur », précitée, point 29.

<sup>727</sup> Arrêt du 17 juin 1981, « Souvenirs d'Irlande », affaire 113/80, Rec. 1981, p. 1625.

<sup>728</sup> *Ibid*, point 12.

<sup>729</sup> *Ibid*, point 15: « *Le souvenir... est constitué en général par un objet de faible valeur marchande représentant ou comportant un motif ou un emblème rappelant un lieu, une chose, un personnage, un évènement historique évoquant un symbole irlandais, tenant sa valeur du fait que l'acheteur, le plus souvent un touriste l'acquiert sur place; il a en l'espèce une qualité substantielle : la réminiscence, image du lieu visité, qualité qui n'impose pas par elle-même qu'un souvenir tel que défini par les arrêtés irlandais soit fabriqué dans le pays d'origine* ».

produits importés, l'Irlande réfute le caractère discriminatoire de la réglementation au motif que la qualité substantielle des souvenirs proviendrait du lieu de leur fabrication et non pas du lieu de leur acquisition. Dans cette optique, les articles de souvenir de fabrication nationale d'une part, et ceux de fabrication étrangère d'autre part, constitueraient des objets différents.<sup>730</sup> Contrairement à l'affaire « Sekt » dans laquelle la Cour apprécie la conviction du consommateur mais la juge erronée dans le fond, le juge réfute en l'occurrence, l'interprétation du désir du consommateur tel qu'il est présenté par le gouvernement irlandais.

Autant nous partageons l'opinion de la Cour dans la première affaire commentée,<sup>731</sup> autant nous regrettons que la thèse du gouvernement irlandais n'ait pas rencontré l'adhésion du juge communautaire dans la seconde.

L'influence du législateur expliquerait selon la doctrine l'évolution de la jurisprudence que nous venons d'analyser.<sup>732</sup> Dans une logique de réciprocité, il apparaît que les interventions de la Cour de Luxembourg devraient contribuer à la pleine efficacité du droit dérivé.

b- Une jurisprudence en soutien de la nouvelle politique de qualité promue par le législateur communautaire.

La contribution du juge à l'efficacité du droit dérivé suppose qu'il soit en phase avec la volonté du législateur, d'où parfois la nécessité d'une évolution jurisprudentielle en vue de l'accomplissement des objectifs fixés par ce dernier (b1). Toutefois, la jurisprudence s'avère globalement favorable à la valorisation des produits alimentaires visée par la nouvelle législation communautaire (b2).

b.1- Une évolution jurisprudentielle nécessaire en vue de l'accomplissement des objectifs fixés par le législateur communautaire

---

<sup>730</sup> *Ibid*, point 12.

<sup>731</sup> Affaire C-63/91, « Exportur » (précitée).

<sup>732</sup> A ce propos, rappelons la distinction opérée dans la législation communautaire entre les deux signes géographiques communautaires : les appellations d'origine protégées (AOP) et les indications géographiques protégées (IGP). A la différence de l'appellation d'origine, l'indication de provenance remplit « *une fonction de qualité même dans les cas où l'indispensable association ... entre qualité et région d'origine ne peut être prouvée objectivement mais est bien présente dans l'esprit du consommateur* » (Règlement n°2081 et 2082 du Conseil du 14 juillet 1992, JOCE du 24 juillet 1992. Voir également le nouveau règlement (CE) n°509/2006 du Conseil du 20 mars 2006 relatif aux spécialités traditionnelles garanties des produits agricoles et des denrées alimentaires, JO n° L 93 1 du 31 mars 2006).

L'instauration d'une politique communautaire de qualité des produits agricoles ne s'est développée que progressivement. Prenons l'exemple du secteur vitivinicole, dans lequel l'intervention du législateur communautaire est plus ancienne et se caractérise par une prise en compte particulièrement précoce des traditions œnologiques régionales et nationales.<sup>733</sup>

La spécificité du vin, dont la qualité est étroitement liée au terroir n'est sans doute pas étrangère à cette situation. Dès lors, il n'est pas étonnant que l'on ait pu qualifier l'action communautaire en matière vinicole de « *remarquable* ». <sup>734</sup> L'évolution de l'Organisation commune du marché vitivinicole et notamment la réforme liée à la communautarisation de la procédure d'octroi des appellations d'origine et des indications géographiques vinicoles<sup>735</sup> est une illustration de cette volonté des institutions communautaires de promouvoir une politique de qualité efficace. En effet, le système antérieur des VQPRD<sup>736</sup> par opposition aux vins de table n'avait pas permis d'atteindre les objectifs souhaités en raison notamment de la marge de manœuvre concédée par le règlement aux États membres pour l'attribution des indications géographiques.<sup>737</sup> Il devenait alors tentant pour les États membres de « *surclasser* » leur production dans un but purement mercantile.<sup>738</sup>

Une certaine jurisprudence de la CJCE a pu aggraver ces risques de dérives à partir d'un raisonnement théoriquement cohérent mais probablement contraire aux véritables objectifs du législateur.

---

<sup>733</sup> Règlement n°24 du 4 avril 1962 : « *La production vitivinicole constitue un élément important du revenu agricole et l'organisation commune doit tendre à une stabilisation des marchés et des prix par une adaptation des ressources aux besoins, adaptation fondée notamment sur une politique de qualité* ».

Voir également le règlement n°817/70 du 28 avril 1970 : « *Le développement d'une politique de qualité dans le domaine agricole et tout spécialement dans le domaine viticole, ne peut que contribuer à l'amélioration des conditions du marché et par là même, à l'accroissement des débouchés* ».

<sup>734</sup> François Barque, « Le droit communautaire des appellations d'origine et indications géographiques en matière vinicole », RTDE 45 (4), oct.-déc. 2009, p. 744.

<sup>735</sup> Les AOP/IGP ont été instaurées par le règlement n°2081/92 pour les produits non vinicoles. Leur extension aux produits vinicoles en remplacement des VQPRD est intervenu par le règlement n°479/2008.

<sup>736</sup> VRQPD : Vins de qualité produits dans une région déterminée (règlement n°817/70 du 28 avril 1970), (précité).

<sup>737</sup> Les premiers règlements du 4 avril 1962 et du 28 avril 1970 permettaient aux États membres d'établir la liste des VQPRD qui devait être communiquée à la Commission avec une référence aux dispositions nationales régissant leur production et leur élaboration (François Barque, « Le droit communautaire des appellations d'origine et indications géographiques en matière vinicole » (article précité) p. 749 et 750.

<sup>738</sup> Cette réserve de compétence reconnue aux États membres par la Cour de justice aurait compromis l'efficacité escomptée du système des VQPRD (Vins de qualité produits dans une région déterminée) / vins de table. Certains États membres ont classé jusqu'à 95% de leurs vins parmi les VQPRD. Face à de telles dérives, le système des VQPRD a été remplacé par celui des AOP / IGP. Voir François Barque, « le droit communautaire des appellations d'origine et indications géographiques en matière vinicole », RTDE 45 (4), oct.-déc. 2009 p. 750.

Cette affirmation peut être illustrée par l'affaire « Caldaro »<sup>739</sup> portant sur un recours en manquement intenté par la Commission contre l'Italie pour avoir, en violation d'un règlement communautaire, introduit certaines zones viticoles dans une aire de production de vin protégée par une appellation d'origine contrôlée. La Commission reproche notamment à l'Italie de ne pas avoir suffisamment pris en compte l'indispensable homogénéité des éléments naturels qui caractérisent les territoires aptes à produire un vin d'une dénomination déterminée, tels qu'ils sont énumérés dans le règlement. La CJCE juge cependant que les *« conditions traditionnelles de production, ne s'opposent pas à une modification et, notamment, à une extension de l'aire traditionnelle de production, dès lors que les surfaces nouvellement incluses présentant les mêmes caractéristiques que l'aire traditionnelle, soient aptes à produire le même vin et qu'y soient respectés les modes traditionnels d'élaboration, notamment en ce qui concerne l'encépagement, les pratiques culturelles et la vinification »*. Ainsi, en admettant l'extension des surfaces par rapport à une aire traditionnelle de production, la CJCE privilégie la méthode de production et les caractéristiques du terroir du produit au détriment du critère de la zone géographique au sens strict.<sup>740</sup>

Pour autant, il serait inexact de ne pas reconnaître la contribution de la Cour au bon fonctionnement de la politique de qualité promue par la Communauté, tant dans le domaine vitivinicole que dans les autres secteurs agroalimentaires. En effet, l'intérêt précoce du législateur communautaire pour le secteur vitivinicole, que nous venons d'évoquer, ne doit pas dissimuler l'extension tardive de la protection des termes territoriaux aux autres produits agroalimentaires à partir des années 90. Cette époque marque le lancement d'une politique communautaire de valorisation des produits agroalimentaires de qualité.<sup>741</sup>

---

<sup>739</sup> Arrêt du 25 avril 1989, « Commission contre République italienne », affaire 141/87, Rec. 1989, p. 943.

<sup>740</sup> Voir Philippe Maddalon, « La notion de marché dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes », LGDJ 2007 - Bibliothèque de droit public.

<sup>741</sup> Voir le Livre vert sur le futur de l'agriculture européenne (Bol-CE 7/8-1985, points 1.2.1 et suiv. et com (85) 333 final) ainsi que la Communication sur l'achèvement du marché intérieur : législation communautaire des denrées alimentaires (BOL-CE 11-1985, point 2.1.18 et COM (85) 603 final).

Voir également Fabio Gencarelli, « La politique de qualité alimentaire dans la PAC réformée », Revue du droit de l'Union Européenne 4/2009, p. 633-642.

Se référer à l'arrêt du 25 mai 2003, « Ravil SARL contre Bellon import SARL et Biraghi SpA », affaire C-469/00, Rec. 2003, p. I-5053, dans lequel la Cour souligne la tendance générale à la mise en valeur de la qualité des produits dans le cadre de la PAC, d'abord dans le secteur des vins de qualité, (par l'adoption du règlement CEE n°823/87 du Conseil, du 16 mars 1987, abrogé et remplacé par le règlement CE n° 1493/1999 du Conseil du 17 mai 1999), puis dans celui d'autres produits agricoles (par l'adoption du règlement n°2081/92).

Voir également les conclusions de l'avocat général Damaso Ruiz-Jarabo Colomer dans l'arrêt du 25 octobre 2005, « République fédérale d'Allemagne, Royaume du Danemark contre Commission des Communautés européennes », affaires C-465 et 466/02, Rec. 2005, p. I-9115, évoquant la tendance de la réglementation européenne à mettre en valeur la qualité des produits dans le cadre de la PAC (point 82).



b.2- La confirmation d'une jurisprudence favorable à la valorisation des produits agroalimentaires visés par la nouvelle législation communautaire

La Cour avait souligné l'importance des appellations géographiques et des méthodes traditionnelles de fabrication, contribuant ainsi au développement d'une législation commune, reflet d'une nouvelle politique de qualité des produits agroalimentaires. La contribution de la Cour à la mise en œuvre de cette politique passe désormais par un contrôle juridictionnel rigoureux des conditions d'attribution des dénominations géographiques protégées conformes au droit communautaire dérivé.

b.2.1- Une protection étendue des signes géographiques consacrés par le droit dérivé.

Les interprétations de la Cour relatives aux définitions des notions protégées tendent à assurer l'étendue de la protection des appellations d'origine consacrée par le droit dérivé.

Au cœur des litiges relatifs aux dénominations géographiques soumis à un régime protecteur, se pose la question du caractère générique des produits.<sup>742</sup>

Avant l'harmonisation communautaire réalisée par le règlement n°2081/92, la jurisprudence de la CJCE/CJUE ne donnait aucune définition de ce qu'il convenait d'entendre par « dénomination générique ».<sup>743</sup> Toutefois, les nombreux exemples tirés de ses analyses permettent d'en préciser le sens,<sup>744</sup> bien que la tâche ne soit pas aisée. Pour preuve, les

---

<sup>742</sup> Aux termes de l'article 3, paragraphe 1, premier alinéa, du règlement n°2081/92 (Règlement n° 2081/92 du Conseil relatif à la protection des indications géographiques et des appellations d'origine des produits agricoles et des denrées alimentaires, JO n° L 208 du 24 juillet 1992, p1-8), les « dénominations devenues génériques » ne peuvent être enregistrées. L'article 3 paragraphe 1, deuxième, troisième et quatrième alinéas du règlement définit ce qu'il faut entendre par « dénomination générique ».

<sup>743</sup> Conclusion de l'avocat général, M. Damaso Colomer, dans l'arrêt du 25 octobre 2005, « Allemagne et Danemark contre Commission », affaires jointes C-465 et 466/02, Rec. 2005, p. I-9115, point 132. Pour l'avocat général, la notion de dénomination générique appliquée aux aliments suppose d'y inclure celles « qui font partie du patrimoine culturel et gastronomique général et qui peuvent, en principe, être utilisées par n'importe quel producteur ».

<sup>744</sup> Ont été considérées comme génériques : le vinaigre (arrêt du 9 décembre 1981, « Commission des Communautés Européennes contre République Italienne », affaire 193/80, Rec. 1981, p. 3019) ; le genièvre (arrêt du 26 novembre 1985, « Procédure pénale contre Miro BV », affaire 182/84, Rec. 1985, p. 3731) ; la bière (arrêt du 12 mars 1987, « Commission des Communautés Européennes contre République Fédérale d'Allemagne », affaire 178/84, Rec. 1987, p. 1227) ; les pâtes alimentaires, (arrêts du 14 juillet 1988, « 3 Glocken et Kritzinger contre USL Centro-Sud et Provincia autonoma de Bolzano », affaire 407/85, Rec. 1988, p. 4233 ; le yaourt (arrêt du 14 juillet 1988, « Procédure de redressement judiciaire contre Smanor SA » affaire 298/87, Rec. 1988, p.4489) ; le fromage « Edam » (arrêt du 22 septembre 1988 « Ministère public contre Gérard Deserbais », affaire 286/86, Rec. p. 4907) ; les fromages (arrêts du 11 octobre 1990, « Commission contre République italienne », C-210/89, Rec. 1990, p. I-3697 ; la charcuterie (arrêt du 13 novembre 1990 « Procédure pénale contre Bonfait BV », C-269/89, Rec. 1990, p. I-4169) ; le pain (arrêts du 19 février 1981, « Procédure pénale contre Fabriek voor Hoogwaardige Voedingsprodukten Kelderman BV », affaire 130/80, Rec. 1981, p. 527 ; du 14 juillet 1994, « Procédure pénale contre J.J.J. Van der Veldt », affaire C-17/93, Rec. 1994, p. I-3537 ; du 13 mars 1997, « Tommaso Morellato contre Unita sanitaria Locale (USL) n.11 di Pordenone », C-358/95, Rec. 1997, p. I-1431).

rebondissements associés aux arrêts relatifs à la reconnaissance de l'enregistrement de la dénomination « Féta » en tant qu'appellation d'origine protégée, illustrent la complexité et la sensibilité de la question. Un premier règlement autorisant l'enregistrement de la dénomination « Féta » a été annulé par la CJCE.<sup>745</sup> Après une consultation des Etats membres et un avis du Comité scientifique<sup>746</sup> unanimement favorable au caractère non générique de la dénomination « Féta », la Commission a adopté un nouveau règlement permettant son enregistrement, ce dernier règlement ayant lui-même fait l'objet d'un recours en annulation devant la CJCE.

Dans cette dernière affaire<sup>747</sup>, les parties requérantes et notamment la République fédérale d'Allemagne, prétendent que « Féta » serait une dénomination générique au sens du règlement communautaire de référence.<sup>748</sup> La Cour cependant, dans une démarche téléologique, relativise la portée des arguments favorables à la banalisation du terme litigieux. Elle précise que la zone de provenance doit présenter des facteurs naturels homogènes qui la délimitent par rapport aux zones limitrophes,<sup>749</sup> situation vérifiée en l'espèce.<sup>750</sup> Elle fait notamment référence aux facteurs naturels incluant les caractéristiques géomorphologiques, climatiques, botaniques, ainsi que les facteurs humains.

C'est pourquoi le juge communautaire constate que l'importation en Grèce de fromages sous la dénomination « Féta », fabriqués à partir de lait de vache et selon des méthodes autres que les méthodes traditionnelles grecques ne devrait plus exister depuis la nouvelle

---

<sup>745</sup> Règlement (CE) n°1107/96 annulé par l'arrêt du 16 mars 1999, 16 mars 1999, « Royaume du Danemark, République fédérale d'Allemagne et République française contre Commission », affaires jointes C-289/96, C293/96 et 299/96, Rec. 1999, p. I- 1541.

<sup>746</sup> La Commission a institué un comité dit « comité scientifique » ayant pour mission d'examiner, sur demande de la Commission, les problèmes techniques notamment dans le contexte de l'application du règlement (CEE) n°2081/92 du Conseil, du 14 juillet 1992, relatif à la protection des indications géographiques et des appellations d'origine des produits agricoles et des denrées alimentaires (JO L 208, p. 1).

<sup>747</sup> Arrêt du 25 octobre 2005, « République fédérale d'Allemagne, Royaume du Danemark contre Commission des Communautés européennes », affaires jointes C-465/02 et 466/02, Rec. 2005, p. I-9115.

<sup>748</sup> Article 3 du règlement 2081/92 – JO L208 : « *Au terme du présent règlement, on entend par dénomination devenue générique, le nom d'un produit agricole ou d'une denrée alimentaire qui, bien que se rapportant au lieu ou à la région où ce produit agricole ou cette denrée alimentaire a été initialement produit ou commercialisé, est devenu le nom commun d'un produit agricole ou d'une denrée alimentaire. Pour déterminer si un nom est devenu générique, il est tenu compte de tous les facteurs et notamment de la situation existante dans l'Etat membre où le nom a son origine et dans les zones de consommation, de la situation dans d'autres Etats membres, des législations nationales ou communautaires pertinentes.* »

Pour l'avocat général M. Damaso Colomer, « *Est générique ce qui est commun à plusieurs espèces, y compris les caractéristiques que partagent une même classe ou famille, définissant leur nature ou leurs qualités* » (conclusions, point 130).

<sup>749</sup> Arrêt du 25 octobre 2005, « République fédérale d'Allemagne, Royaume du Danemark contre Commission des Communautés européennes », affaires jointes C-465/02 et 466/02, Rec. 2005, p. I-9115, point 50.

Voir également l'arrêt du 20 février 1975, « Commission des Communautés européennes contre République Fédérale d'Allemagne », affaire 12/74, Rec. 1975, p. 181, point 8.

<sup>750</sup> Arrêt du 25 octobre 2005, « République fédérale d'Allemagne, Royaume du Danemark contre Commission des Communautés européennes », affaires jointes C-465/02 et 466/02, Rec. 2005, p. I-9115, points 56 à 67.

réglementation nationale. Quant à l'existence d'une production de « Féta » dans d'autres Etats membres, elle ne permet pas de contester le fait d'une concentration de la production en Grèce. De plus, la Cour constate la connotation géographique (ne devrait-on pas dire « hellénique » ?) et non générique, dans l'esprit des consommateurs grecs. Si cette affirmation n'est pas vérifiée au Danemark et en Allemagne<sup>751</sup>, il n'en demeure pas moins que le lien entre la Grèce et le produit est volontairement suggéré au consommateur, au moyen d'étiquettes renvoyant aux traditions et à la civilisation grecques.<sup>752</sup> Un autre argument présenté par l'avocat général M. Damaso Colomer, non repris par la Cour nous semble également particulièrement pertinent. Les fromages vendus sous cette dénomination dans d'autres Etats membres se différencient sensiblement de la Féta grecque, par le type de lait et les procédés de fabrication.<sup>753</sup>

Citons également l'affaire « Dante Bigi »<sup>754</sup> où l'avocat général Léger se pose la question préalable de savoir si le terme « Parmesan » doit être considéré comme la traduction de la dénomination composée « Parmigiano Reggiano », objet de l'enregistrement, ou du terme italien « Parmeggiano », pris d'une manière isolée, et de déterminer s'il est devenu un terme générique. Le raisonnement de l'avocat général s'appuie sur une approche transversale visant à démontrer que le mot « parmesan » « *exprime la réalité historique, culturelle, juridique et économique* » de la dénomination enregistrée (à savoir « Parmegiano Reggiano » et au produit correspondant). Au terme d'une analyse multidisciplinaire, l'avocat général aboutit à la conclusion selon laquelle la demande d'enregistrement de ces deux produits n'a pas été envisagée parce qu'elle aurait injustement signifié qu'il s'agit de deux produits différents, alors qu'il vient en réalité d'une seule et même région d'Italie. C'est pourquoi les dénominations « Parmesan » et « Parmegiano Reggiano » sont équivalentes, avec pour conséquence que la dénomination « Parmesan » ne peut, conformément au règlement, devenir générique.<sup>755</sup>

Si les interprétations du juge communautaire (appuyées par les conclusions de ses avocats généraux) consolident ainsi l'édifice législatif quant à la définition des notions protégées, elles assurent également une protection efficace des droits reconnus à leurs bénéficiaires.

---

<sup>751</sup> La Cour fait référence au Danemark (point 86) tandis que l'avocat général mentionne également l'Allemagne et la France (point 153 des conclusions).

<sup>752</sup> affaires jointes C-465/02 et 466/02, point 87.

<sup>753</sup> Conclusions, point 158.

<sup>754</sup> Arrêt du 25 juin 2002 « Procédure pénale contre Dante Bigi », affaire C-66/00, Rec. 2002, p. I-5917.

<sup>755</sup> *Ibid*, conclusions, points 45 à 55.

b.2.2- Une jurisprudence favorable à l'efficacité du régime protecteur des dénominations géographiques

L'étendue de la protection reconnue aux bénéficiaires d'une dénomination géographique est garantie à la fois par une qualification extensive des infractions à la législation communautaire applicable (b.2.2.1) et par le caractère restrictif du régime dérogatoire (b.2.2.2) qu'elle prévoit.

b.2.2.1- Une qualification extensive des infractions, favorable à une protection efficace des dénominations enregistrées

La Cour se montre particulièrement sensible aux risques relevés par le législateur communautaire. Ainsi, les appellations d'origines protégées (AOP) et les dénominations enregistrées sont protégées notamment contre toute usurpation, imitation ou évocation.<sup>756</sup> La Cour juge que cette dernière notion recouvre les situations dans lesquelles « *le terme utilisé pour désigner un produit incorpore une partie d'une dénomination protégée, en sorte que le consommateur, en présence du nom du produit, est amené à avoir à l'esprit, comme image de référence, la marchandise bénéficiant de l'appellation* »,<sup>757</sup> alors même qu'il n'y a aucun risque de confusion entre les produits concernés<sup>758</sup>. De plus, la mention de l'origine véritable du produit est sans conséquence sur cette qualification d'AOP.<sup>759</sup>

Ainsi dans l'affaire du « Parmesan »<sup>760</sup> opposant la Commission et la RFA dans son refus de sanctionner sur son territoire, la commercialisation sous la dénomination « Parmesan », de fromages ne répondant pas aux exigences de l'AOP « Parmigiano Reggiano », la Cour constate une similitude phonétique et visuelle entre les deux dénominations désignant des produits présentant une apparence analogue.<sup>761</sup> Le juge conclut sinon à un risque de confusion

---

<sup>756</sup> Règlement 2081/92 ( du Conseil relatif à la protection des indications géographiques et des appellations d'origine des produits agricoles et des denrées alimentaires, JO n° L 208 du 24 juillet 1992, p1-8 ) article 13 §1, sous b. Le règlement n°2081/92 étend la protection des dénominations protégées contre toute « *usurpation, imitation ou évocation, même si l'origine du produit est indiquée ou si la dénomination protégée est traduite ou accompagnée d'une expression telle que « genre », type » « méthode, « façon », « imitation » ou d'une expression similaire* ».

<sup>757</sup> Arrêts du 4 mars 1999, « Consorzio per la tutela del formaggio Gorgonzola », affaire C-87/97, Rec. 1999, p. I-1301, point 25 ; du 26 février 2008, « Commission des Communautés européennes contre République Fédérale d'Allemagne », affaire C-132/05, Rec. p. I957, point 44.

<sup>758</sup> *Ibid*, point 26.

<sup>759</sup> *Ibid*, point 43.

<sup>760</sup> Arrêt 26 février 2008, « Commission des Communautés européennes contre République Fédérale d'Allemagne », affaire C-132/05, Rec. p. I957.

<sup>761</sup> *Ibid*, point 46.

dans l'esprit du consommateur, du moins à une évocation (au sens du règlement 2081/92) du fromage bénéficiant de l'AOP en présence d'un fromage à pâte dure présenté sous la dénomination « Parmesan ».

L'efficacité de la protection des dénominations enregistrées provient également de l'interprétation restrictive du régime dérogatoire prévu par le règlement n°2081/92.<sup>762</sup>

#### b.2.2.2- Une interprétation restrictive du régime dérogatoire

L'affirmation d'une interprétation restrictive du régime dérogatoire repose sur l'arrêt « Dante Bigi »<sup>763</sup> dans lequel la Cour est saisie à titre préjudiciel à la suite d'un litige entre les producteurs de fromage portant l'AOP « Parmegiano Reggiano » et un producteur italien auquel il est reproché d'avoir frauduleusement utilisé ladite APO communautaire, alors même que les produits litigieux sont exclusivement destinés à l'exportation, tandis que les fromages vendus sur le marché italien respectent le cahier des charges de l'AOP. Pour échapper aux sanctions encourues, le prévenu invoque le régime dérogatoire prévu à l'article 13§2 du règlement C-1322/05, permettant aux « *entreprises qui ont légalement commercialisé les produits en cause* » de bénéficier temporairement des régimes nationaux permettant l'utilisation des dénominations enregistrées au titre dudit règlement. La question centrale vise en conséquence à identifier « l'entreprise » bénéficiaire du régime dérogatoire. L'avocat général M. Philippe Léger retient deux interprétations possibles. Selon une première interprétation restrictive, les entreprises indiquées à l'article 13§2 du règlement viseraient uniquement les opérateurs établis dans les autres Etats membres qui maintiennent leur régime national permettant d'utiliser des dénominations enregistrées pour désigner des produits comparables. Conformément à une seconde interprétation, « l'entreprise » correspondrait à tous les producteurs quel que soit leur lieu d'établissement.<sup>764</sup> La Cour retient la thèse

---

Voir également en ce sens l'arrêt du 4 mars 1999, « Consorzio per la tutela del formaggio Gorgonzola », affaire C-87/97, Rec. 1999, p. I-1301, point 27 : « *Il y a évocation d'une dénomination protégée lorsque le terme utilisé pour le désigner se termine par les deux mêmes syllabes que cette dénomination et comporte le même nombre de syllabes que celle-ci, d'où il résulte une parenté phonétique et optique manifeste entre les deux termes* ».

<sup>762</sup> Aux termes de l'article 13 §2 du règlement n°2081/92 : « *Par dérogation au paragraphe 1 points a) et b), les Etats membres peuvent maintenir les régimes nationaux permettant l'utilisation des dénominations enregistrées au titre de l'article 17 pendant une période limitée à cinq ans au maximum après la date de la publication de l'enregistrement, à condition que :*

- *Les produits aient été commercialisés légalement sous ces dénominations durant au moins cinq ans avant la date de publication du présent règlement,*
- *Les entreprises aient légalement commercialisé les produits en cause en utilisant de façon continue les dénominations pendant la période visée au premier tiret,*
- *l'étiquetage fasse clairement apparaître l'origine véritable du produit ».*

<sup>763</sup> Arrêt du 25 juin 2002 « Procédure pénale contre Dante Bigi », affaire C-66/00, Rec. 2002, p. I-5917.

<sup>764</sup> *Ibid.*, points 65 et 66 des conclusions de l'arrêt précité.

défendue par son avocat général selon laquelle, seule l'interprétation restrictive respecte les objectifs du règlement de protection du consommateur et de loyauté des transactions commerciales<sup>765</sup>. En conséquence, les entreprises établies sur le territoire d'enregistrement, en l'occurrence l'Italie, sont exclues du champ d'application du régime dérogatoire.<sup>766</sup> A cet égard, la démonstration de l'avocat général illustrée par des exemples concrets est particulièrement éclairante. Ainsi, la commercialisation dans un Etat membre autre que l'Italie, d'un fromage sous l'étiquette « Parmesan » et portant la mention « fabriquée à Parme », pourrait laisser croire au consommateur que le même type de fromage portant la mention « fabriqué au Royaume-Uni » est différent alors qu'aucun des deux produits ne seraient conformes à l'AOP. En outre, une telle situation générerait une situation de concurrence déloyale au détriment des producteurs britanniques. Il est donc logique aux yeux du juge communautaire, de limiter le régime dérogatoire au bénéfice des opérateurs établis dans les Etats membres autres que l'Italie. Cette interprétation du règlement ne s'apparente-t-elle pas à une autre forme de discrimination à rebours évoquée précédemment dans notre exposé ?

## **Conclusion du paragraphe A**

La Cour s'est naturellement dotée des moyens nécessaires de l'efficacité dans la lutte contre le réflexe protectionniste des Etats membres mais sans pour autant sacrifier systématiquement les traditions nationales. Dans son rôle d'interprète du droit communautaire et de juge de l'appréciation des manquements des Etats membres, elle s'est efforcée d'accompagner et parfois anticiper l'évolution du droit mais dans un esprit de compromis nécessaire entre les exigences du marché intérieur et la préservation de la diversité culturelle qui caractérise l'Union européenne. Ainsi dans la confrontation entre le principe de libre circulation des produits alimentaires et la nécessité de préserver la qualité liée au terroir, au savoir-faire et aux traditions, la jurisprudence de la Cour repose sur des bases juridiques claires et solides, dont le point d'équilibre est constitué par le régime des appellations géographiques. A cet égard, nous avons souligné et illustré le caractère de la jurisprudence, à la fois précurseur et promoteur de la récente réglementation communautaire sur la protection des dénominations géographiques.

---

<sup>765</sup> Arrêt du 25 juin 2002 « Procédure pénale contre Dante Bigi », affaire C-66/00, Rec. 2002, p. I-5917, points 31 et 32. Voir également la démonstration de l'avocat Général Léger, points 71 à 79.

<sup>766</sup> Conclusions de l'arrêt précité, point 65.

Un esprit critique ne saurait cependant se limiter à ce constat positif. Nous avons observé qu'une certaine doctrine tend à sublimer les conséquences du principe de la reconnaissance mutuelle, dans la mesure où il favorisait une ouverture des marchés nationaux pleine de promesse pour le consommateur. Cependant, peut-on en occulter les conséquences à plus long terme, telles que l'uniformisation ou standardisation des produits. Nous avons à ce titre relevé que la Cour promeut une vision dynamique et évolutive du marché pour condamner des réglementations nationales qui auraient pour conséquence de figer des habitudes de consommation au profit d'une production nationale. On pourra s'étonner toutefois, que dans le même temps, la Cour refuse formellement une évolution de la liste des motifs de dérogations de l'article 36 du traité. Autrement dit, certaines valeurs non économiques telles que la protection du consommateur ou de la culture devraient évoluer avec leur temps dès lors qu'il s'agit de promouvoir le libre échange. En revanche, la liste des valeurs non économiques inscrites dans le traité en fonction des préoccupations d'une époque pour limiter certains effets de l'intégration des marchés serait gravée dans le marbre sans possibilité d'évolution.

Puis, nous avons tenté de démontrer que la conception abstraite et idéalisée des consommateurs par les juges de Luxembourg contribue à imposer une vision uniforme du marché éloignée de la réalité concrète.

Si la diversité culturelle mérite, de notre point de vue, une attention particulière, il en va de même de la bio-diversité dont la préservation est également menacée par une vision purement économique du marché intérieur.

B- Une conciliation nécessaire entre la réalisation d'un marché unifié et la préservation de sa diversité biologique

Nous avons préalablement insisté sur la vaste étendue couverte par la notion de marchandise. Précisons que l'interprétation qu'en donne la Cour est également susceptible d'englober les espèces végétales et animales en voie d'extinction.<sup>767</sup> Certes, la diversité biologique ne figure pas expressément dans les traités parmi les objectifs de politique européenne. Toutefois, elle fait partie intégrante de celui de la protection de l'environnement qui correspond quant à lui, à

---

<sup>767</sup> Claire Vial, « Protection de l'environnement et libre circulation des marchandises », Collection Droit de l'Union européenne - Dirigée par Fabrice Picod, Bruylant 2000.p. 9.

l'un des objectifs visés par le droit primaire.<sup>768</sup> Le Conseil s'est clairement exprimé en ce sens en affirmant que « *la protection de l'environnement est l'un des objectifs de la Communauté conformément à l'article 130 R du traité,*<sup>769</sup> *qui couvre la protection de la nature et de la diversité biologique* ». <sup>770</sup> Logiquement, l'Union s'est engagée dans cette voie par son adhésion à la Convention des Nations unies sur la diversité biologique lors de la conférence organisée à Rio de Janeiro du 3 au 14 juin 1992. Plus récemment le Conseil de l'UE a approuvé le traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture, sujet de réflexion dans l'affaire « Kokopelli contre Baumaux ». <sup>771</sup> Ce dernier arrêt semble pourtant marquer les limites que la Cour n'entend pas dépasser en matière de protection de la diversité biologique.

Le litige au principal oppose une association à but non lucratif à une entreprise semencière, dans le cadre d'une action en concurrence déloyale dont est accusée la première pour avoir vendu des semences de variétés potagères et florales anciennes ne figurant ni sur le catalogue français ni sur le catalogue commun des variétés des espèces de légumes. Or le régime prévu par le droit communautaire dérivé vise à sélectionner dans un catalogue commun, les variétés des espèces de légumes admises à la commercialisation.

En l'occurrence, la validité des directives en cause pose question en raison des contraintes de production et de commercialisation des semences qu'elles imposent. En effet, l'admission des semences dans les catalogues officiels est conditionnée par leurs caractères distinct, stable et suffisamment homogène afin d'améliorer la productivité de l'agriculture européenne. Le juge communautaire est interrogé à titre préjudiciel par la Cour d'appel de Nancy sur la validité des directives relatives à la commercialisation de semences au regard notamment des principes de proportionnalité et de libre circulation des marchandises.

Dans sa réponse et concernant le premier point, la Cour commence par rappeler que le principe de proportionnalité fait partie des principes généraux du droit de l'Union. En conséquence, les actes des institutions communautaires ne doivent pas aller au delà de ce qui

---

<sup>768</sup> Conformément à l'article 191§1 TFUE, la politique de l'Union dans le domaine de l'environnement contribue à la poursuite des objectifs suivants : La préservation, la protection et l'amélioration de la qualité de l'environnement ...et l'utilisation rationnelle des ressources naturelles.

<sup>769</sup> Article 191 TFUE.

<sup>770</sup> Décision du Conseil du 25 octobre 1993 concernant la conclusion de la convention sur la diversité biologique, JO 1993, L 309, p. 3, quatrième considérant.

<sup>771</sup> Arrêt du 12 juillet 2012, « Association Kokopelli contre Graines Baumaux SAS », affaire C-59/11.



est nécessaire pour atteindre les objectifs légitimes poursuivis par la réglementation en cause.<sup>772</sup> Toutefois, en raison des larges pouvoirs dont dispose le législateur communautaire en matière de politique agricole commune, la légalité des mesures n'est affectée que dans l'hypothèse où le caractère disproportionné est manifeste.<sup>773</sup> Il appartient donc au législateur de l'Union de s'assurer que les mesures qu'il adopte sont appropriées et de nature à justifier « *des conséquences économiques négatives même considérables pour certains opérateurs économiques* ». <sup>774</sup>

Précisément, la proportionnalité de la mesure doit être appréciée au regard de deux objectifs : l'amélioration de la productivité, d'une part, et la conservation des ressources génétiques, d'autre part.

Concernant le premier objectif, la Cour constate qu'un régime d'admission unifié et centré sur les exigences de distinction, de stabilité et d'homogénéité contribue à l'amélioration de la productivité.<sup>775</sup> En outre, la réglementation en cause est de nature à assurer la libre circulation des semences de légumes dans l'Union grâce à l'harmonisation du régime d'admission. Ce dernier garantit en effet que les semences mises sur le marché dans n'importe quel État membre répondent à des exigences communes.<sup>776</sup> L'avocat général Juliane Kokott se révèle à cet égard plus prolixe. Elle s'intéresse au point de vue du consommateur ou de l'utilisateur qui peut, grâce au régime communautaire d'admission, compter sur la fiabilité du produit. Ce système lui assure donc une certaine capacité de rendement, sans devoir attendre le temps de la récolte.<sup>777</sup> A titre accessoire, Madame Kokott souligne également que le régime en cause contribue à la protection de l'environnement en ce que la productivité agricole à laquelle il contribue, permet de limiter les surfaces exploitées.

En ce qui concerne le second objectif, la Cour de justice relève que le régime dérogatoire d'admission prévu par la réglementation communautaire qui s'applique aux semences de races primitives et aux variétés locales régionales de conservation<sup>778</sup> est de nature à préserver les ressources génétiques des plantes.<sup>779</sup>

---

<sup>772</sup> *Ibid*, point 38.

<sup>773</sup> *Ibid*, point 39.

<sup>774</sup> *Ibid*, point 40.

<sup>775</sup> *Ibid*, point 45.

<sup>776</sup> *Ibid*, point 47.

<sup>777</sup> Conclusions, points 64 à 68.

<sup>778</sup> La directive 2009/145/CE « prévoit certaines dérogations applicables aux espèces de légumes couvertes par la directive (relative aux légumes) dans le contexte de la conservation in situ et de l'utilisation durable des ressources phylogénétiques ».

Dans une seconde étape, le juge communautaire conteste le caractère disproportionné de la l'interdiction de commercialiser les semences, argument invoqué par le requérant au principal. Les principes d'admission prévus par la directive, à savoir le caractère distinct, la stabilité et l'homogénéité de la variété, ainsi que l'obligation d'inscription aux catalogues officiels sont analysés dans le sens où ils sont nécessaires pour garantir l'objectif d'une productivité fiable et de qualité en terme de rendement.<sup>780</sup> Selon le juge en effet, une mesure alternative telle que l'étiquetage de semences ne garantirait en rien leur élimination du circuit de distribution avec pour conséquences, au mieux une productivité moindre, au pire des effets nuisibles.<sup>781</sup>

A ce stade du raisonnement, les thèses défendues respectivement par le juge communautaire et par l'avocat général Madame Juliane Kokott divergent.

Après avoir démontré l'efficacité et la nécessité de l'interdiction de commercialisation des semences non admises au regard des objectifs d'amélioration de la productivité et de protection des utilisateurs, l'avocat général se penche sur l'examen fondamental de son caractère adéquat, c'est à dire de la mise en balance des avantages et des inconvénients de la réglementation. Il s'agit de vérifier si l'équilibre des intérêts en présence est préservé. Dans cet exercice et à la différence du juge communautaire, l'avocat général refuse de privilégier la loi du nombre. Certes la majorité des agriculteurs recherche prioritairement la productivité des semences. Ce constat ne doit pas pour autant occulter la situation des opérateurs économiques (producteurs, négociants, semenciers, agriculteurs) ni celle des utilisateurs et des consommateurs dont l'intérêt est ailleurs. En effet, ces derniers ne peuvent en raison de l'interdiction de commercialisation des semences non admises, cultiver les variétés ne remplissant pas les critères d'admission.<sup>782</sup>

---

*grâce à la culture et à la commercialisation : a) pour l'admission, aux catalogues nationaux des variétés des espèces de légumes tels que prévus par la directive..., des races primitives et variétés traditionnellement cultivées dans des localités et régions spécifiques et menacées d'érosion génétique, ci-après les variétés de conservation....*

Conformément à l'article 4 de la directive relative aux dérogations :

- 1) « Pour être admise en tant que variété de conservation, une race primitive ou une variété ... doit présenter un intérêt pour la conservation des ressources phylogénétiques.
- 2) Par dérogation à l'article 1<sup>er</sup> paragraphe 2, de la directive, 2003/91/CE, les Etats membres peuvent adopter des dispositions nationales en ce qui concerne les critères de distinction, de stabilité et d'homogénéité des variétés de conservation ».

<sup>779</sup> Arrêt du 12 juillet 2012, « Association Kokopelli contre Graines Baumaux SAS », affaire C-59/11, point 69.

<sup>780</sup> *Ibid*, points 50 à 69.

<sup>781</sup> *Ibid*, point 59.

<sup>782</sup> Conclusions, points 80 à 84.

L'appauvrissement de la biodiversité constitue aux yeux de l'avocat général un autre effet pervers de la réglementation communautaire litigieuse. En effet, la solution alternative de la conservation des variétés non admises dans des banques de semences et de mises en culture géographiquement limitées ne favoriserait guère la diversité biologique. Quant à l'argument fondé sur le régime d'admission dérogatoire, concernant respectivement les variétés de conservation et celles « *créées pour répondre à des conditions de culture particulière* », l'avocat général souligne son caractère restrictif. Concernant la première catégorie, les limites du régime d'exception concernent les variétés « éligibles » mais aussi les régions dans lesquelles elles peuvent être cultivées et commercialisées.<sup>783</sup> Concernant la seconde catégorie, les critères d'admission sont si exigeants que seules quelques rares variétés anciennes peuvent en bénéficier. Cette analyse oriente l'avocat général Kokott vers le constat d'un déséquilibre entre les objectifs de productivité et de protection des agriculteurs, d'une part, et celui de la biodiversité, d'autre part. Si le caractère disproportionné n'est pas manifeste<sup>784</sup> à cet égard, en raison du régime d'admission dérogatoire, il le demeure au regard des intérêts économiques et des consommateurs, dans la mesure où une exploitation économique des semences non admises est largement compromise.<sup>785</sup>

Notre conviction est assez proche de celle de l'avocat général Kokott. Peut-on raisonnablement considérer que la productivité serait menacée par des mesures alternatives telles que l'étiquetage de semences non admises ? Il nous est permis d'en douter. Précisons à cet égard, qu'à la différence par exemple des produits alimentaires destinés aux consommateurs, les semences sont destinées principalement à des professionnels parfaitement formés. Dans un grand nombre d'États membres, les nouvelles générations d'agriculteurs présentent majoritairement des profils de techniciens qualifiés, voire d'ingénieurs. La profession est par ailleurs suffisamment organisée pour assurer à ses membres, la quantité et la fiabilité des informations nécessaires à la bonne gestion de leurs exploitations. On peut donc penser que les risques d'erreurs liées à l'utilisation des semences peuvent être facilement réduits par un étiquetage clair et complet. Comme le souligne l'avocat général, une autorisation d'utiliser des semences non admises ne priverait en rien la liberté des agriculteurs

---

<sup>783</sup> Les articles 12 et 14 de la directive 2009/145/CE prévoient que les semences des variétés de conservation ne peuvent être commercialisées en dehors de leur région d'origine qu'à titre exceptionnel.

<sup>784</sup> Selon l'avocat général, « *il ne peut être constaté que les avantages du système d'admission des variétés apparaissent manifestement disproportionnés au regard de la protection de la diversité génétique* » (point 100).

<sup>785</sup> Conclusions, points 101 et 103.

de sélectionner les variétés les plus performantes en terme de rendement.<sup>786</sup> C'est pourquoi, de notre point de vue, la complexité alléguée par le juge communautaire dans le domaine agricole<sup>787</sup> ne justifie plus de pareilles mesures liberticides pour certains opérateurs économiques. La liberté pour un agriculteur de choisir les variétés de culture ne serait-elle pas cohérente avec celle, effective, de ne plus exploiter ses terres.<sup>788</sup>

Notre critique de l'arrêt de la Cour ne s'arrête pas au constat du caractère disproportionné de la mesure au regard de l'objectif de productivité. Elle vise également son incohérence avec l'objectif de préserver la biodiversité génétique végétale. Nous avons précédemment rappelé les arguments de l'avocat général Kokott constatant le caractère excessivement restrictif du régime dérogatoire. Ajoutons à l'appui de cette thèse qu'en vertu de l'article 15 de la directive, les variétés dites de conservation ne peuvent être commercialisées qu'en quantités extrêmement limitées.<sup>789</sup> Or, nous supposons comme l'affirme le requérant dans l'affaire au principal, que le patrimoine génétique des plantes peut évoluer différemment en fonction des conditions environnementales auxquelles ces dernières s'adaptent.<sup>790</sup> A cet égard, l'avocat général explique également que l'exploitation économique des variétés non admises contribuerait à une plus grande diversité biologique.<sup>791</sup> Une partie de la doctrine s'est également exprimée en ce sens.<sup>792</sup>

De ces conclusions procède logiquement l'examen de la réglementation litigieuse au regard du principe de libre circulation qui s'impose également aux institutions de l'Union. Sur ce terrain, il convient de reconnaître que la réponse de la Cour est anormalement succincte. Elle se contente en effet de rappeler, par une référence à sa démonstration précitée du caractère

---

<sup>786</sup> Conclusions, point 90 : « ... Compte tenu des variétés admises, il ne faut pas non plus s'attendre à ce qu'une concurrence d'éviction sensible soit exercée par des variétés non admises ». Au point 91, l'avocat général fait également référence au droit des obtentions végétales comme moyen suffisant pour le secteur semencier professionnel de se protéger contre des variétés non admises.

<sup>787</sup> Arrêt du 12 juillet 2012, « Association Kokopelli contre Graines Baumaux SAS », affaire C-59/11, point 59 : la Cour souligne la complexité des choix et des évaluations que le législateur communautaire doit opérer.

<sup>788</sup> Conclusions, point 92.

<sup>789</sup> Article 15 de la directive 2009/145/CE : « Chaque Etat membre veille à ce que, pour chaque variété de consommation, la quantité de semences commercialisée annuellement n'excède pas la quantité nécessaire pour produire des légumes sur le nombre d'hectares fixé à l'annexe I pour les différentes espèces. »

<sup>790</sup> Conclusions, point 45.

<sup>791</sup> *Ibid*, point 86.

<sup>792</sup> « Les variétés végétales... ne sont pas des produits transnationaux, mais au contraire des organismes vivants dépendant fortement d'un contexte pédo-climatique. Le pommier originaire du Caucase s'est diversifié et adapté en autant de types que de régions. Il y a donc intérêt à continuer de manger préférentiellement des fruits autochtones et même si possible des variétés anciennes, qui sinon, disparaissent au profit des rares variétés standards qui se prêtent à la culture dans la plus grande partie des climats ». Marie-Angèle Hermitte, « Droit du marché, territoire et protection », La Communauté européenne et l'environnement – Colloque d'Angers, 1997, La documentation française, p. 370.

proportionné de la réglementation litigieuse, que le régime d'admission contribue à améliorer la productivité des cultures de légumes en assurant leur libre circulation.<sup>793</sup>

A notre avis, la conviction du caractère proportionné de la législation communautaire n'exonère pas le juge d'une obligation d'examiner cette dernière en respectant les étapes fixées par sa jurisprudence classique. En effet, après avoir rappelé l'application de l'article 34 TFUE aux mesures émanant des institutions communautaires, il eut été utile dans un objectif de clarté et de cohérence, d'ajouter que conformément à la jurisprudence classique, la réglementation en cause constituait, sous réserve de dérogation, une MEERQ en ce qu'elle entravait les échanges des semences de variétés anciennes. La seconde étape du raisonnement aurait dû, selon nos considérations précédentes, orienter la décision de la Cour dans le sens d'une décision défavorable à la réhabilitation de la réglementation en cause.

L'arrêt « Kakopelli contre Baumaux » nous éloigne ainsi des convictions qu'une jurisprudence antérieure avait pourtant confortées, malgré les mises en garde d'une certaine doctrine. En effet, la thèse selon laquelle la biodiversité serait menacée par l'interprétation des articles 28 suivant du traité CE (article 34 et suivants du TFUE) a été avancée à propos de l'affaire « Apple and Pear Development Council »<sup>794</sup> relative à une réglementation britannique ayant constitué un Conseil de développement du secteur des pommes et des poires, en vue notamment de promouvoir des variétés typiques indigènes à l'Angleterre et au Pays de Galle.<sup>795</sup> Pour justifier la condamnation de cette campagne publicitaire, la Cour de justice établit un parallèle avec l'affaire « Buy Irish campaign »<sup>796</sup> dans lequel la République d'Irlande est mise en cause pour son incitation au chauvinisme économique grâce à une campagne de promotion des produits irlandais sur son territoire. Dans ce dernier arrêt, la Cour juge que de tels actes organisés par un gouvernement national, bien que dépourvus de force contraignante, peuvent être de nature à influencer sur le comportement des commerçants et des consommateurs et par voie de conséquence affecter le niveau des échanges.<sup>797</sup> Cependant, il nous semble que les deux affaires mises en parallèle ne peuvent être confondues pour la

---

<sup>793</sup> Arrêt du 12 juillet 2012, « Association Kokopelli contre Graines Baumaux SAS », affaire C-59/11, point 81.

<sup>794</sup> Arrêt du 13 décembre 1983, « Apple and Pear Development Council contre K.J. Lewis Ltd et autres », affaire 222/82, Rec. 1983, p. 4083.

<sup>795</sup> Marie-Angèle Hermitte, « Droit du marché, territoire et protection », La Communauté européenne et l'environnement – Colloque d'Angers, 1997, La documentation française, 1997, p. 369.

<sup>796</sup> Arrêt du 13 décembre 1983, « Apple and Pear Development Council contre K.J. Lewis Ltd et autres », affaire 222/82, précitée, point 17.

Voir l'arrêt du 24 novembre 1982, « Commission des Communautés européennes contre Irlande », affaire 249/81, Rec. 1982, p. 4005.

<sup>797</sup> *Ibid.*, points 28 et 29.

raison que dans le premier arrêt, la CJCE circonscrit clairement les mesures permises dans le cadre d'une promotion des produits nationaux. Ainsi, un organisme tel que le Conseil de développement du secteur des pommes et des poires devrait s'abstenir de toute publicité visant à décourager l'achat de produits des autres Etats membres, de même qu'il ne devrait pas promouvoir des produits en raison de leur seule origine nationale.<sup>798</sup> En revanche, l'article 30 du traité CE (article 34 TFUE) ne s'oppose guère à une publicité basée sur des qualités spécifiques de produits, même si ces variétés sont typiques d'une région ou d'un État membre.<sup>799</sup> Ainsi, et contrairement à l'interprétation doctrinale précitée,<sup>800</sup> il nous apparaît que cette décision va dans le sens de la préservation de la diversité génétique des pommes même s'il devait s'agir d'une variété exclusivement locale, régionale ou nationale. La CJCE tempère ainsi la position de la Commission qui manifeste une opposition sans nuance aux campagnes de promotion de certaines variétés qui pourraient avoir comme effet d'exclure d'autres variétés en provenance des autres États membres.

L'affaire dite des « abeilles de Laeso »<sup>801</sup> va également dans le sens de la priorité de la préservation d'une espèce endémique par rapport au principe de libre circulation des marchandises. La question préjudicielle doit permettre à la juridiction danoise d'apprécier la conformité avec le droit communautaire, d'une réglementation nationale interdisant la détention et donc l'introduction sur une île danoise, d'espèces d'abeilles autres qu'une espèce endémique déterminée. La Cour conclut à la justification de la réglementation litigieuse au titre de l'article 36 du traité dans la mesure où elle vise à protéger la vie de ces abeilles.<sup>802</sup>

Dans cette affaire, la sensibilité particulière de la Cour au problème de la biodiversité transparaît à travers plusieurs constats.

Premièrement, l'argumentation de la Cour se focalise sur l'objectif de protection de la biodiversité, alors que la justification de la mesure repose sur le motif de protection de la santé et de la vie des animaux. Or, la conjonction de la question de la biodiversité et du motif de protection des animaux n'allait guère de soi. Il semble, conformément à l'opinion du

---

<sup>798</sup> Arrêt du 13 décembre 1983, « Apple and Pear Development Council contre K.J. Lewis Ltd et autres », affaire 222/82, Rec. 1983, p. 4083, point 18.

<sup>799</sup> *Ibid*, point 19.

<sup>800</sup> Marie-Angèle Hermitte, « Droit du marché, territoire et protection », La Communauté européenne et l'environnement – Colloque d'Angers, 1997, La documentation française, 1997, p. 369.

<sup>801</sup> Arrêt du 3 décembre 1998, « Procédure pénale contre Ditley Bluhme », affaire C 67/97, Rec. 1998 p. I-8033

<sup>802</sup> *Ibid*, point 33.

gouvernement norvégien que l'objectif de protection de l'environnement eut été un motif plus logique et ce pour plusieurs raisons.<sup>803</sup>

Tout d'abord, le motif de protection de la santé et de la vie animaux de l'article 36 du traité renvoie logiquement vers des considérations relatives à la souffrance animale ou à la survie d'animaux identifiés plutôt qu'à la protection d'une espèce. Cette remarque semble également confirmée par la jurisprudence antérieure, telle que l'affaire « Compassion in world farming ».<sup>804</sup> Ensuite, la Cour elle-même ne semble pas très convaincue par son choix si l'on en juge par la manière dont elle conduit l'examen du caractère proportionné de la réglementation danoise au regard de l'objectif de protection de l'espèce. En effet, toute son argumentation se concentre clairement et exclusivement sur l'efficacité de la méthode de conservation de la biodiversité, consistant en la création de zones telles que prévues par le droit communautaire dérivé de l'environnement.<sup>805</sup>

Deuxièmement, la Cour opte pour une conception extrêmement large de la notion de biodiversité.<sup>806</sup> En effet, le juge ne semble pas vouloir fonder sa décision sur des considérations précises sur le plan scientifique qui seraient l'objet de débats en raison de la nature et de la complexité du sujet. Pour la Cour, l'interdiction d'introduire sur ce territoire les espèces visées peut se justifier par le simple souci de préserver l'espèce indépendamment de toute autre raison.

---

<sup>803</sup> *Ibid*, point 27 : « ... le gouvernement norvégien estime que la réglementation danoise est justifiée au titre de la protection de l'environnement », point 27. En revanche, l'avocat général Fennelly est d'un avis contraire : « L'intérêt général en matière de protection de la santé et de la vie des animaux et de préservation des végétaux est aussi desservi lorsque des espèces ou autres sous-groupes d'une population animale disparaissent progressivement ou subissent des modifications irrévocables du fait d'une reproduction incontrôlée, que lorsque les membres actuellement vivants de cette espèce ou d'un autre sous-groupe meurent ou subissent des maladies ou des dommages de manière plus immédiate ».

<sup>804</sup> Arrêt du CJCE, 19 mars 1998, « The Queen / Minister of Agriculture and food, ex parte compassion in world farming », Rec. 1998, p. I-1251. L'arrêt concerne une réglementation britannique restreignant l'exportation de veaux vivants en vue de les soustraire aux méthodes d'élevage en cages à veaux utilisées dans d'autres Etats membres.

<sup>805</sup> Arrêt du 3 décembre 1998, « Procédure pénale contre Ditley Bluhme », affaire C 67/97, Rec. 1998 p. I-8033, points 35 à 37.

Cette même association des motifs de justification est réaffirmée dans l'arrêt du 4 décembre 2008, « Commission des Communautés européennes contre Royaume des Pays-Bas », (affaire C-249/07, Rec. 2008, p. I-174 Rec. p. 1193), avec pour conséquence la possibilité de réhabiliter des mesures discriminatoires. En l'espèce, la procédure d'autorisation imposée par les Pays-Bas pour l'ensemencement des huîtres et des moules favorisait les coquillages d'origine nationale par rapport à ceux provenant des autres Etats membres..

Voir également Rigaux Anne, « Nouvel épisode de la difficile qualification des mesures d'effet équivalent : Le sort des abeilles brunes de Laeso », Europe, Editions du Juris Classeur, Mars 1999, p. 8.

<sup>806</sup> Arrêt du 3 décembre 1998, « Procédure pénale contre Ditley Bluhme », affaire C 67/97, Rec. 1998 p. I-8033, point 34 : « il est indifférent que l'objet de la protection soit une sous-espèce à part, une race distincte au sein d'une espèce quelconque ou une simple souche locale, dès lors qu'il s'agit de populations présentant des caractéristiques les distinguant des autres et jugées par conséquent dignes de protection soit pour les mettre à l'abri d'un éventuel danger d'extinction, soit en l'absence même d'un tel risque, pour un intérêt scientifique ou autre à la préservation de la population pure à l'endroit concerné ».

Si la Cour de Justice admet ainsi la préservation de la biodiversité comme but ultime, elle n'en sera que plus sensible à l'intérêt de conserver des espèces présentant un intérêt économique.

C'est ce qui ressort de l'affaire « Féta »,<sup>807</sup> où, rappelons le, la Cour est saisie par la République fédérale d'Allemagne et le Royaume du Danemark, d'un recours en annulation d'un règlement de la Commission relatif à l'enregistrement de la dénomination « féta » comme appellation d'origine. Dans son analyse sur la conformité de cet enregistrement avec le règlement relatif à la protection des indications géographiques et des appellations d'origine,<sup>808</sup> la Cour souligne les liens entre la typicité d'un produit et la spécificité d'un environnement dont l'exploitation n'est possible que grâce au maintien « *de races ovines et caprines autochtones de petite taille, très sobres et résistantes, aptes à survivre dans un environnement peu généreux d'un point de vue quantitatif ...* ». <sup>809</sup> Dans son raisonnement, l'avocat général M. Damaso Colomer constate également que « *les brebis et les chèvres de Thrace et de Thessalie sont très semblables, présentant en revanche des différences notables avec les brebis et les chèvres écossaises, françaises ou castillanes* ». <sup>810</sup>

Pour autant et comme semble le confirmer la jurisprudence la plus récente, ces observations ne doivent pas laisser croire à une sensibilité sans limites à la question de la préservation de la biodiversité. De l'arrêt « Kokopelli contre Baumaux »<sup>811</sup>, il semble logique en effet de tirer la conclusion suivante : Dès lors que le législateur communautaire a fixé le point d'équilibre entre le principe de libre circulation des marchandises et la protection de la diversité biologique, la Cour de justice ne s'aventure pas dans des appréciations trop complexes,<sup>812</sup> et privilégie le compromis « raisonnable » entre les deux impératifs.<sup>813</sup>

---

<sup>807</sup> Arrêt du 25 octobre 2005, affaires jointes C-465/02 et C-466/02, Rec. 2005, p. I-915.

<sup>808</sup> Règlement (CEE) n°2081/92 du Conseil, du 14 juillet 1992, relatif à la protection des indications géographiques et des appellations d'origine des produits agricoles et des denrées alimentaires (JO L 208, p. 1).

<sup>809</sup> Arrêt du 25 octobre 2005, affaires jointes C-465/02 et C-466/02, Rec. 2005, p. I-915., point 36.

<sup>810</sup> *Ibid*, conclusions, points 198.

<sup>811</sup> Arrêt du 12 juillet 2012, « Association Kokopelli contre Graines Baumaux SAS », affaire C-59/11, (non encore publié).

<sup>812</sup> La Cour souligne au point 59 que « ... eu égard au large pouvoir d'appréciation dont dispose le législateur de l'Union dans le domaine de la politique agricole commune impliquant des choix de nature économique dans lesquels il est appelé à effectuer des appréciations et des évaluations complexes, ce législateur pouvait légitimement considérer que d'autres mesures, telles que l'étiquetage, ne permettraient pas de parvenir au même résultat que celui auquel aboutit une réglementation, telle que celle en cause, qui établit un régime d'autorisation préalable des semences de variétés de légumes et que celle-ci était, dès lors, appropriée au regard des objectifs que ledit législateur entend poursuivre ».

<sup>813</sup> Ce compromis raisonnable correspond également au choix de la Cour dans l'affaire dite des « bouteilles danoises » dans laquelle elle reconnaît le caractère indispensable mais suffisant du système de consigne obligatoire par rapport à l'objectif de protection de l'environnement.



La protection de la santé publique représente un autre enjeu et un terrain de confrontation révélateur de la difficulté pour le juge communautaire à déterminer le point d'équilibre entre les valeurs du marché et les préoccupations non économiques.

## **II- Le domaine de la santé publique comme illustration d'un arbitrage fluctuant entre la théorie du moindre risque sanitaire et les principes du libéralisme économique**

Jusqu'à la réforme du Traité de Rome par l'Acte unique, les domaines de compétence et d'action de la Communauté se focalisaient sur les objectifs économiques (les quatre grandes libertés et les politiques communes). Le contrepois nécessaire trouvait ses sources dans l'article 36 et les exceptions d'origine jurisprudentielle ou exigences impératives. Mais ces valeurs opposables au principe de libre circulation des marchandises ont-elles le même poids dans la balance des intérêts en jeu ? Une analyse de la jurisprudence de la Cour laisse transparaître une hiérarchisation des valeurs et une sensibilité accrue aux risques, lorsque sont en jeu des intérêts essentiels de nature non économique et notamment la santé publique.<sup>814</sup>

La prudence dont le juge communautaire fait preuve en ce domaine témoigne de sa réticence à engager sa responsabilité sur des sujets aussi sensibles. En effet et bien que la lutte contre le protectionnisme reste une priorité, la Cour refuse toute prise de risque insuffisamment maîtrisé pour la santé ou la vie des personnes. A cet égard, la prudence de la Cour se révèle tant au niveau du régime dérogatoire à l'interdiction des MEERQ qu'au stade même de la définition des MEERQ.

Nous développerons successivement ces trois points :

A- Une lutte permanente contre le protectionnisme.

B- Le régime dérogatoire de l'interdiction des MEERQ encadré par le principe de précaution

---

<sup>814</sup> Voir Marie-Angèle Hermitte, « Droit du marché, territoire et protection », La Communauté européenne et l'environnement – Colloque d'Angers, 1997, La documentation française.

A contrario, on peut constater la rareté des justifications fondées sur les motifs d'ordre public et de sécurité publique. Voir Malcom Jarvis, « The Application of EC Law by National Courts – The Free Movement of Goods », p. 243.

## C- La définition des MEERQ à l'épreuve de la réalité de risques sanitaires

### A- Une lutte permanente contre le protectionnisme.

Quelle que soit l'échelle des valeurs que les États membres opposent au principe de libre circulation des marchandises, l'analyse des décisions de la Cour traduit une constance dans sa lutte contre les obstacles au commerce inter étatique. Toutefois, la jurisprudence témoigne d'une méfiance vis-à-vis des mesures étatiques destinées à protéger les intérêts économiques des consommateurs ou des entreprises.

Le souci naturel des États membres de promouvoir le développement de leur économie et les intérêts de leurs ressortissants auxquels ils doivent naturellement rendre des comptes, s'oppose parfois à leurs engagements de respecter les obligations issues du traité. Dans cet exercice, le réflexe protectionniste des États membres est facilement décelé par la Cour, même lorsque leurs actions semblent teintées de bonne foi.

A cet égard, la Cour ne manque pas de rappeler sa volonté de prévenir et de lutter contre le protectionnisme déguisé. La sévérité qu'elle manifeste, face aux motivations avouées de protection d'intérêts économiques nationaux, est à cet égard sans équivoque.<sup>815</sup>

Dans les cas de protectionnisme non avoué, la Cour procède à une analyse plus approfondie permettant d'apprécier la nécessité et la proportionnalité des mesures nationales. Dans le secteur alimentaire, de nombreux arrêts ont mis en évidence l'effet disproportionné des réglementations nationales par rapport à l'objectif officiellement poursuivi. A ces occasions, le principe de la reconnaissance mutuelle joue pleinement son rôle d'ouverture des marchés nationaux.

A cet égard, plusieurs affaires à commencer par l'une des plus célèbres d'entre elles, l'arrêt « Cassis de Dijon »<sup>816</sup>, surprennent par le caractère fantaisiste des arguments visant à justifier les mesures nationales révélant ainsi un protectionnisme déguisé. Dans l'arrêt 120/78,

---

<sup>815</sup> Dans l'arrêt du 19 décembre 1961, « Commission contre République italienne », (affaire 7/61, Rec. 1961, p. 635), la Cour souligne que les motivations fondées sur la protection d'intérêts économiques non justifiées par une mesure de sauvegarde prévue à l'article 226 du traité CEE ne sauraient justifier une exception à la clause de « standstill » dont elle rappelle le caractère absolu.

<sup>816</sup> Arrêt « Rewe-Zentral AG contre Bundesmonopolverwaltung für Branntwein » du 20 février 1979, affaire 120/78, Rec. 1979, p. 649.

l'invocation par le gouvernement allemand de la santé publique pour justifier l'exigence d'une teneur minimale en alcool ne manque pas d'étonner. La prolifération des boissons faiblement alcoolisées favoriserait l'accoutumance. La Cour n'a aucun mal à justifier l'incohérence de cet argument au regard, d'une part, de la réglementation nationale relative à la vente d'alcool et, d'autre part, des habitudes de consommation.<sup>817</sup> Quant à la protection du consommateur, elle peut être garantie par un étiquetage adéquat sur l'emballage du produit.<sup>818</sup> La Cour conclut en soulignant clairement l'effet protectionniste de la réglementation allemande.<sup>819</sup>

L'affaire « Vinaigre »<sup>820</sup> illustre également ce qui peut paraître aux yeux de la Cour comme une manifestation de la mauvaise foi des États membres. Elle rejette l'argument de protection de la santé publique invoqué par le gouvernement italien pour justifier la réglementation nationale interdisant l'importation et la commercialisation des vinaigres autres que le vinaigre de vin. Il n'est pas contesté que ces produits sont dépourvus de substances nocives et normalement consommés dans les autres États membres. De ce fait, ils doivent être considérés comme non préjudiciables à la santé.<sup>821</sup>

L'affaire « Produits carnés »<sup>822</sup> complète cette série d'exemples. Comme le souligne l'avocat général Darmon, la Cour répond à la question de savoir dans quelle mesure le souci de protection de la santé peut être invoqué à l'égard de certains produits, non en tant qu'ils seraient nocifs, mais en raison de leur moindre qualité.<sup>823</sup> En l'occurrence, la réglementation allemande interdit l'importation et la commercialisation de produits à base de viande comportant certains ingrédients non carnés provenant d'autres États membres. La Cour conclut à l'irrecevabilité de l'argument de protection de la santé publique. Selon elle, le souci de garantir un apport suffisant de protéines ne peut convaincre dans un État membre où le consommateur dispose d'un choix d'aliments aussi variés<sup>824</sup>. Le protectionnisme déguisé apparaît clairement à la lecture du rapport d'audience. Celui-ci fait état de la conviction de la Commission que la réglementation contient une discrimination déguisée contre les spécialités

---

<sup>817</sup> *Ibid*, point 11.

<sup>818</sup> *Ibid*, point 13.

<sup>819</sup> *Ibid*, point 14.

<sup>820</sup> Arrêt du 9 décembre 1981, « Commission contre République italienne », affaire 193/80, Rec. 1981, p. 3019.

<sup>821</sup> *Ibid*, point 22.

<sup>822</sup> Arrêt du 2 février 1989, « Commission contre République fédérale d'Allemagne », affaire 274/87, Rec. 1989, p. 229.

<sup>823</sup> *Ibid*, conclusions : point 16.

<sup>824</sup> Arrêt du 2 février 1989, « Commission contre République fédérale d'Allemagne », affaire 274/87, Rec. 1989, p. 229, point 10.

étrangères car les dérogations à l'interdiction frappant les produits non carnés sont octroyées surtout pour des produits traditionnellement fabriqués en Allemagne. Quant à l'objectif de protection du consommateur, la Cour rappelle la légitimité à vouloir donner aux consommateurs la possibilité d'opérer leurs choix en fonction des critères qu'ils jugent importants, mais soutient dans le même temps l'existence de solutions alternatives moins restrictives pour les échanges<sup>825</sup>

Le principe selon lequel un État membre ne saurait invoquer des raisons de santé publique pour interdire l'importation d'un produit au motif que celui-ci aurait une valeur nutritive inférieure à celle d'un autre produit se trouvant déjà sur le marché national, a été repris dans d'autres affaires similaires. L'argument de protection de la santé publique n'est donc pas recevable dès lors que le choix alimentaire des consommateurs est suffisamment large pour répondre à leurs besoins nutritionnels.<sup>826</sup>

L'affaire « Debus »<sup>827</sup> que nous avons précédemment commentée révèle également une forme de protectionnisme dissimulé. Rappelons que la question principale vise à déterminer si les articles 30 et 36 du traité (article 34 et 36 du TFUE) doivent être interprétés dans le sens où ils s'opposent à une réglementation nationale interdisant la vente de bières importées d'un autre État membre où elles sont légalement commercialisées, au motif qu'elle contiennent une quantité d'anhydride sulfureux supérieure au seuil autorisé. En effet, la réglementation italienne limite la quantité de SO<sub>2</sub> à 20 mg par litre, tandis que la réglementation française tolère 100 mg par litre. Or une bière française, la « 3615 Pêcheur-la bière amoureuse » en contient 36 mg par litre et tombe de ce fait sous le coup de l'interdiction de la loi italienne. Interrogée à titre préjudiciel à la suite d'une action pénale contre un importateur italien de la bière française, la Cour de justice constate que le droit dérivé (en l'occurrence la directive 64/54 du 5 novembre 1963) ne s'oppose guère à ce qu'une réglementation nationale fixe des quantités minimales. Elle ajoute qu'en vertu du principe de proportionnalité, les autorités nationales doivent démontrer que les interdictions frappant l'importation de produits non conformes à la législation en vigueur doivent être nécessaires pour assurer la sauvegarde de la santé publique. En l'espèce, la CJCE considère que cette démonstration fait défaut dans la mesure où la quantité n'anhydride sulfureux présente dans la bière importée ne présente pas

---

<sup>825</sup> *Ibid*, point 13.

<sup>826</sup> Voir l'arrêt du 23 février 1988, « Commission contre République française », affaire 216/84, Rec. 1988, p. 793, point 15.

<sup>827</sup> Arrêt du 4 juin 1992, « Procédure pénale contre Michel Debus », affaires C-13/91 et 113/91, Rec. 1992, p. 3617.

« de risque sérieux de dépassement des limites de la dose journalière maximale » admises par les instances internationales (FAO et OMS). Cependant, le raisonnement de la Cour est déroutant en ce qu'il se fonde sur une consommation moyenne par habitant. Cette analyse surprenante dissimule la véritable raison du rejet par la CJCE de la mesure de sauvegarde et qui repose probablement sur ses caractères discriminatoire<sup>828</sup> et protectionniste. La Cour fait en effet observer que la législation italienne admet l'utilisation de l'anhydride sulfureux dans des proportions beaucoup plus importantes pour le vin.<sup>829</sup>

Le caractère protectionniste apparaît plus clairement encore lorsque la mesure est formellement discriminatoire vis-à-vis des produits nationaux similaires comme dans l'affaire « Vermouth ».<sup>830</sup> La question préjudicielle se rapporte à un litige relatif à l'interdiction d'importer sur le territoire allemand du Vermouth titrant moins de seize degrés d'alcool. En Allemagne, la réglementation n'impose pas de teneur minimale mais exige que le produit importé soit autorisé à la consommation dans le pays d'exportation. Or la réglementation italienne interdit la commercialisation en Italie du Vermouth dont la teneur en alcool est inférieure à seize degrés, mais ne s'oppose pas à sa production s'il est destiné à l'exportation dans un pays où il est autorisé. L'argument de protection du consommateur allemand (au motif qu'il serait habitué à acheter le produit en Italie et serait dès lors trompé dans la mesure où il s'attend à trouver en Allemagne le même produit importé d'Italie, que celui qu'il y achète directement) n'est pas acceptable dans la mesure où l'exigence impérative de protection du consommateur requiert l'absence de discrimination. Or cette condition n'est pas respectée dans la mesure où l'interdiction de produire du vermouth inférieur à seize degrés ne concerne pas les produits allemands, la discrimination s'appréciant vis-à-vis de la législation de l'État membre où la commercialisation est effectuée et non de celle de l'État membre d'exportation.<sup>831</sup>

Cet arrêt marque également une extension de la portée du principe de la reconnaissance mutuelle dans le sens où un produit, simplement fabriqué légalement dans un État membre où

---

<sup>828</sup> Point 25.

<sup>829</sup> Nous avons précédemment souligné le caractère déroutant du raisonnement de la Cour (voir p. 101 et 102 de notre thèse) : Ainsi la consommation moyenne d'un Italien buvant une bière contenant « 36,8 mg par litre serait en moyenne de 5,5 mg par jour » (point 25). Comme le fait remarquer une certaine doctrine « on pourrait dire qu'en divisant la quantité d'héroïne introduite en France chaque année par une population de 55 millions d'habitants la dose ingérée par personne en moyenne est très faible et ne justifie pas une interdiction ».

<sup>830</sup> Arrêt du 20 avril 1983, « Schutzverband gegen unwesen in der Wirtschaft contre Weinvertriebs-GmbH, Rec. 1983, p. 1917.

<sup>831</sup> *Ibid*, points 9 et 11.

il n'est pas légalement commercialisé, doit pouvoir être commercialisé dans les autres États membres où la mise dans le commerce des produits nationaux similaires n'est pas interdite.

Cependant, si la Cour se méfie du protectionnisme déguisé, elle ne néglige pas les préoccupations sérieuses des États membres relatives à des valeurs premières relevant principalement de leur responsabilité. Il serait en effet erroné de considérer le principe de reconnaissance mutuelle comme étant d'application automatique. Une logique de précaution permet en effet à la Cour d'en contrebalancer les effets.

#### B- Le régime dérogatoire de l'interdiction des MEERQ encadré par le principe de précaution

Il semble logique qu'en présence d'un risque notamment pour la santé publique, le principe de précaution vienne renforcer la faculté pour les États membres de s'opposer à l'importation de marchandises en provenance d'autres États membres. Ainsi, l'approche purement économique semble délaissée au profit de la logique sanitaire dans les circonstances où les risques pour la santé et la vie des personnes ne peuvent être évalués avec suffisamment de certitude. Cette analyse est soulignée dans son principe par la Cour lorsqu'elle déclare que la protection de la santé et celle de l'environnement constituent des objectifs essentiels de l'Union.<sup>832</sup> Ces propos rassurent en ce qu'ils relativisent la priorité de l'objectif d'intégration. Ainsi « *La libre circulation des marchandises ne saurait être assimilée au droit de vendre à ses partenaires n'importe quoi, fabriqué dans n'importe quelles conditions. La réussite de l'intégration économique suppose une confiance réciproque et une vision commune du développement et du bien être de l'homme* ». <sup>833</sup> D'une certaine manière, le principe de précaution fait ainsi contrepoids au principe de la reconnaissance mutuelle

Une analyse sectorielle de la jurisprudence de la Cour où sont mises en avant la protection de la santé publique et celle de la vie des personnes révèle la sensibilité de la Cour à la gravité et à l'incertitude des risques encourus par le consommateur ou le patient. Cette juste considération pour la santé publique se manifeste par une référence formelle ou seulement

---

<sup>832</sup> Arrêts du 10 novembre 1994, « Lucien Ortscheit GmbH contre Eurim-Pharm Arzneimittel GmbH », C-320/93, Rec. 1994, p. I-5243, point 16 ; du 11 juillet 2000, « kemikalieinspektionen contre Toolex Alpha AB », affaire C-473/98, Rec. 2000, p. I-5681, point 38 ; du 21 décembre 2011, « Commission contre République d'Autriche », affaire C-28/09, Rec. 2011, p. I-13525, point 120.

<sup>833</sup> L'autorité européenne de sécurité des aliments et la mise en œuvre du principe de précaution *in* Revue de droit rural n°327, novembre 2004, p. 568.

implicite au principe de précaution (1) dont il nous apparaît toutefois que les applications jurisprudentielles empreintes de contradictions méritent quelques critiques (2).

### 1- Des références plus ou moins explicites au principe de précaution

Notre analyse porte sur des affaires dans lesquelles sont en cause des réglementations nationales et communautaires dans le secteur des produits alimentaires et des médicaments.

Concernant les premiers, on constate que la politique de rendement promue depuis les origines de la PAC et mise en œuvre grâce notamment à l'utilisation massive d'intrants et autres pesticides n'a pas eu que des effets bénéfiques si l'on en juge par l'attention croissante portée par les consommateurs sur la qualité sanitaire de leur alimentation.<sup>834</sup> La présence dans leurs assiettes de résidus chimiques ou microbiologiques pourrait être à l'origine du développement de maladies graves dans les pays développés et tout particulièrement en Europe. L'industrie agroalimentaire est également pointée du doigt en raison de l'usage massif des additifs (colorants, conservateurs...). Cette prise de conscience des risques encourus, variable selon les Etats membres, se traduit par des réglementations plus ou moins restrictives de l'usage des contaminants d'une part et des additifs d'autre part.<sup>835</sup>

Le principe de libre circulation des marchandises s'applique également au secteur pharmaceutique qui fait l'objet d'une abondante jurisprudence, compte-tenu de la marge de manœuvre concédée aux États membres en matière de santé publique. Toutefois, le juge communautaire doit dans ce cas également prendre en considération la nature spécifique du médicament en raison des risques qu'un mauvais usage peut engendrer pour le malade. Dans sa réflexion, le juge s'inspire, sans nécessairement les nommer, des principes de précaution et de prévention pour apprécier la conformité des droits nationaux avec l'interdiction des obstacles aux échanges intracommunautaires.

---

<sup>834</sup> La prise de conscience des problèmes occasionnés par une politique agricole productiviste suffira-t-elle à confirmer un changement de cap plus favorable à la protection de l'environnement ? : « *Les principes de précaution et d'action préventive, de correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement et du pollueur-payeur sont ... politiquement et même techniquement difficiles à appliquer aux productions agricoles* ». Gadbin Daniel, « Environnement et développement rural : aspects juridiques et institutionnels en droit communautaire » in « La Communauté européenne et l'environnement », Colloque d'Angers, La Documentation française – 1997.

<sup>835</sup> Les produits contaminants visent des substances parasites, c'est à dire « *des matières non ajoutées à dessein aux produits alimentaires pour y développer leur fonction de façon permanente et qui sont nuisibles pour la santé des consommateurs* ». Quant aux additifs, ils sont ajoutés à des fins d'amélioration du produit. Voir Fausto Capelli « La libre circulation des produits alimentaires à l'intérieur du marché unique européen », Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne, n° 372, novembre 1993, p. 794.

La prudence du juge communautaire face à la dangerosité potentielle des produits que l'état de la science ne permet pas d'évaluer avec certitude ou nécessitant des précautions d'usage particulières se manifeste par des références implicites au principe de précaution (a) ou par son application extensive (b).

#### a- Une reconnaissance implicite du principe de précaution

Le juge s'inspire, sans nécessairement le nommer, du principe de précaution en situation d'incertitude quant aux risques encourus.

Avant d'illustrer cette affirmation par des exemples précis, rappelons que la Cour reconnaît « *qu'il appartient aux États membres à défaut d'harmonisation et dans la mesure où des incertitudes subsistent dans l'état actuel de la recherche scientifique de décider du niveau auquel ils entendent assurer la protection de la santé et de la vie des personnes* », sous réserve de prendre en compte les exigences de libre circulation des marchandises et le respect du principe de proportionnalité.<sup>836</sup> La latitude concédée aux États membres afin d'invoquer l'incertitude scientifique n'est pas sans rappeler le principe de précaution.<sup>837</sup>

Les références implicites à ce principe sont nombreuses dans les arrêts relatifs à des mesures visant à protéger la santé publique dans les domaines alimentaires et pharmaceutiques, comme le démontrent les exemples suivants.

Dans l'affaire « Nisine », <sup>838</sup> relative au premier de ces domaines, la Cour répond à une question préjudicielle soulevée dans le cadre de poursuites engagées par l'administration néerlandaise contre un fabricant néerlandais de fromages pour détention en vue de la revente, d'un stock de fromage contenant un additif (la nisine), interdit par la législation nationale.

---

<sup>836</sup> Arrêts du 14 juillet 1983, « Procédure pénale contre Sandoz BV », affaire 174/82, Rec. 1983, p. 3883 ; du 12 mars 1987, « Commission contre République fédérale d'Allemagne », affaire 178/84, Rec. 1987, p. 3283, point 44 ; du 11 septembre 2008, « Commission contre Allemagne », affaire C-141/07, Rec. 2008, p. I-6935.

<sup>837</sup> Alberto Alemano, « Le principe de précaution en droit communautaire – Stratégie de gestion des risques ou risque d'atteinte au Marché intérieur ? Revue du droit de l'Union Européenne 4/2001, p. 910. Voir également Y.S. , « Obligation de dépistage de l'ESB et libre circulation des marchandises », Revue de droit rural n° 396, octobre 2011, Chronique de jurisprudence 2010 de la Cour de justice de l'UE sous la direction de D. Gadbin, pages 17 et 18. Dans son commentaire relatif à l'arrêt du 25 février 2010, « Muller Fleisch GmbH », affaire C-562/08, concernant des mesures de dépistage de l'ESB adoptées par l'Allemagne et qui visaient un niveau de protection plus élevé que celui de la législation communautaire, l'auteur affirme que « *bien qu'il n'y soit fait aucunement référence explicite, la logique de protection sur laquelle est construite la protection sanitaire dans le cadre de l'Union n'est manifestement pas étrangère à la position adoptée par la Cour dans cette affaire* ».

<sup>838</sup> Arrêt du 5 février 1981, « Officier van justitie contre Koninklijke Kaasfabriek Eysen BV », affaire 53/80, Rec. 1981, p. 409.



Après avoir présenté celle-ci comme une MEERQ interdite à l'importation<sup>839</sup>, la prudence de la Cour est justifiée par de nombreuses références à caractère scientifique. Tout d'abord, elle constate les lacunes de la science sur la question de la dose maximale de nisine qu'une personne peut absorber quotidiennement sans risques pour sa santé. Puis, elle souligne la diversité des habitudes alimentaires et l'utilisation variable selon les États de la nisine utilisée dans les autres produits de consommation.<sup>840</sup> A défaut d'harmonisation européenne, l'absence d'uniformité des législations serait donc justifiée par la diversité des situations.<sup>841</sup> Pour ces raisons, et bien que l'interdiction ne concerne que les produits destinés au territoire national, la réglementation ne constitue ni une discrimination arbitraire ni une restriction déguisée au sens de l'article 36.

L'affaire « Melkunie »<sup>842</sup> trouve son origine dans une action intentée contre un importateur néerlandais pour détention de produits laitiers impropres à la consommation humaine, selon les normes microbiologiques en vigueur aux Pays-Bas alors même qu'ils sont légalement commercialisés dans l'État membre d'exportation. Après avoir constaté la nature de MEERQ interdite par l'article 30 TCE (article 28 TFUE) dans la lignée de la jurisprudence « Dassonville », la Cour juge que la réglementation litigieuse est nécessaire pour assurer une protection efficace de la santé publique conformément aux conditions de dérogation de l'article 36. La Cour reste insensible à l'argument de la société importatrice soulignant l'équivalence des règles sanitaires du pays d'exportation. Pour la Cour, chaque État membre a le droit « *d'édicter et d'appliquer sa propre réglementation protectrice de la santé publique* ».<sup>843</sup> La finalité de la réglementation litigieuse est ici clairement soulignée. Dans cette logique, la Cour applique, sans le citer, le principe de précaution face à des risques que la recherche scientifique ne permet pas de fixer avec certitude.<sup>844</sup>

L'affaire « Heijn »<sup>845</sup> constitue un cas relativement proche du précédant dans la mesure où elle concerne une entreprise néerlandaise poursuivie pour avoir détenu en stock une certaine quantité de pommes contaminées par des pesticides au delà des normes en vigueur aux Pays-Bas. La Cour se montre ici plus précise dans son argumentation qui repose sur des éléments

---

<sup>839</sup> *Ibid*, point 11.

<sup>840</sup> *Ibid*, point 14.

<sup>841</sup> *Ibid*, point 15.

<sup>842</sup> Arrêt du 6 juin 1984, « Procédure pénale contre CMC Melkunie BV », affaire 97/83, Rec. 1984, p. 2367.

<sup>843</sup> *Ibid*, point 14.

<sup>844</sup> *Ibid*, point 18.

<sup>845</sup> Arrêt du 19 septembre 1984, « Procédure pénale contre Albert Heijn BV », Affaire 94/83, Rec. 1984, p. 3263.

scientifiques. Elle souligne en effet la réalité des risques pour la santé en raison du caractère imprévisible et incontrôlable des quantités de résidus ingérés par les consommateurs,<sup>846</sup> mais aussi des facteurs externes aléatoires tels que les conditions climatologiques, la composition de l'alimentation habituelle et l'état de santé de la population.<sup>847</sup>

L'affaire « Mirepoix »<sup>848</sup> trouve également son origine dans une procédure pénale liée à l'importation, en vue de la revente sur le territoire français, d'oignons ayant fait l'objet aux Pays-Bas, d'un traitement au moyen d'un pesticide régulateur de croissance dont la présence de résidus ne peut être exclue sur les produits mis dans le commerce. L'utilisation de cette substance chimique est donc interdite en France sauf dérogation expresse du Ministère de l'agriculture. Aux yeux du gouvernement français, soutenu par le gouvernement allemand, les risques générés par la présence de résidus toxiques pour la santé justifient une décision semblable à celle retenue par la Cour dans l'affaire « Heijn ».<sup>849</sup> La Cour reprend en effet l'argumentation développée dans l'affaire précédente.<sup>850</sup>

La prudence de la CJCE/CJUE se manifeste également dans le secteur pharmaceutique par le constat des limites de la science médicale face à la complexité des processus pathologiques.

En la matière, la Cour n'hésite pas à stigmatiser les carences de la science justifiant ainsi un haut niveau de précaution, tout en restant dans les limites du raisonnable.

Dans l'affaire « Royal Pharmaceutical society of Great Britain »,<sup>851</sup> la Cour est invitée à se prononcer sur l'interprétation des articles 30 et suivants (articles 34 et suivants TFUE) afin de permettre au juge anglais d'apprécier la conformité d'une règle déontologique interdisant aux pharmaciens de remplacer un produit nommément indiqué dans l'ordonnance par un autre produit ayant les mêmes effets thérapeutiques. Dans sa conclusion de conformité de la règle nationale avec le droit communautaire au nom de la protection de la santé publique, la prudence de la Cour est manifeste dans la mesure notamment où elle se distingue sur ce plan de la position de la Commission. En effet, l'interdiction de remplacer les médicaments inscrits

---

<sup>846</sup> *Ibid*, point 15.

<sup>847</sup> *Ibid*, point 16.

<sup>848</sup> Arrêt du 13 mars 1986, « Ministère public contre Albert Mirepoix », affaire 54/85, Rec. 1986, p. 1067.

<sup>849</sup> Affaire 94/83 précitée.

<sup>850</sup> Arrêt du 13 mars 1986, « Ministère public contre Albert Mirepoix », affaire 54/85, Rec. 1986, p. 1067, points 14 et 15.

<sup>851</sup> Arrêt du 18 mai 1989, « The Queen contre Royal Pharmaceutical society of Great Britain, ex parte Association of Pharmaceutical importers », affaires 266 et 267/87, Rec. 1989, p. 1295.

sur l'ordonnance s'applique également à des médicaments génériques ayant obtenu une autorisation de mise sur le marché et fabriqués par la même société. Dans son argumentation, la CJCE dans un souci de prudence souligne les phénomènes psychosomatiques pouvant motiver la prescription par le médecin d'un médicament déterminé.<sup>852</sup>

Pour autant, le rôle du pharmacien n'est nullement déconsidéré par la Cour. Il s'agit plutôt de recadrer les professions médicales de manière à respecter le rôle complémentaire alloué à chacun des intervenants dans le processus de soin, et ce dans l'intérêt des patients. Pour preuve, la Cour souligne le rôle particulier d'information et de conseil, expliquant le monopole de la distribution des médicaments au public dans la plupart des États membres.

Cette analyse trouve un écho dans la jurisprudence relative à l'interprétation et à l'application des articles 43 et 48 CE relatif à la liberté d'établissement.

Dans l'affaire « Apothekerkammer des Saarlandes »<sup>853</sup> la Cour doit répondre à la question de la conformité avec les articles précités, d'une réglementation nationale qui empêche des personnes n'ayant pas la qualité de pharmaciens de détenir et d'exploiter des pharmacies. Plus précisément, le litige au principal concerne une autorisation accordée à une société de capitaux (Doc Morris) établie aux Pays-Bas d'exploiter en Allemagne une succursale pour la vente par correspondance de médicaments, sous réserve qu'un pharmacien dirige personnellement et sous sa responsabilité la pharmacie en question. Or en vertu de la législation allemande, l'autorisation d'exploiter une pharmacie ne peut être octroyée qu'à des pharmaciens ou à certaines formes de sociétés dont l'ensemble des associés ont la qualité de pharmacien, ce qui exclut la société Doc Morris. Dans la première étape de son raisonnement, la Cour souligne le caractère restrictif de la règle d'exclusion des non-pharmaciens, dans la mesure où elle prive les autres opérateurs économiques de l'accès à cette activité dans l'Etat concerné.<sup>854</sup> Cependant de telles restrictions peuvent être justifiées par des raisons impérieuses d'intérêt général, telle que la protection de la santé publique dans la mesure où la réglementation litigieuse ne présente pas de caractère discriminatoire fondé sur la nationalité et se situe dans les limites de la proportionnalité. L'argumentation de la Cour vise à démontrer que ces conditions sont en l'occurrence remplies.

---

<sup>852</sup> *Ibid*, point 22.

<sup>853</sup> Arrêt du 19 mai 2009, « Apothekerkammer des Saarlandes e.a. », affaires C-171/07 et 172/07, JO C 140, du 23 juin 2007, p. 11.

<sup>854</sup> *Ibid*, point 24.

Premièrement, l'incertitude liée à l'existence ou à la gravité d'un risque suffit à justifier des mesures préventives sans avoir à attendre que la réalité de ce risque soit pleinement démontrée, conformément au principe de précaution. Précisément, la nature et la gravité des risques encourus par le patient découlent naturellement du caractère particulier des médicaments.<sup>855</sup>

Deuxièmement, la Cour souligne que les mesures nationales restrictives peuvent également s'inscrire dans une politique de bonne gestion des systèmes de sécurité sociale. La Cour tente alors de démontrer que l'indépendance du pharmacien est une condition pour la réalisation de ces deux objectifs sanitaire et économique. Ainsi, il convient de distinguer plusieurs catégories d'exploitants d'officine et notamment les personnes physiques ayant la qualité de pharmacien, d'une part, et les non pharmaciens qui emploient des pharmaciens salariés, d'autre part. En effet, ces derniers risquent, selon la Cour de justice, d'être plus sensibles aux pressions exercées par les grossistes et leur employeur dans une optique exclusive de profits, au risque d'affecter les modalités de distribution des médicaments. A l'inverse, les pharmaciens indépendants seraient imprégnés par d'autres valeurs et engageraient leur responsabilité. Il s'agirait là « *d'éléments modérateurs* » pour reprendre l'expression des juges.

L'argumentation de la Cour peut surprendre dans la mesure où elle évalue et relativise la conscience morale du pharmacien. Ainsi le pharmacien indépendant serait bridé par sa conscience et sa responsabilité personnelle dans le cas où il violerait les règles légales ou déontologiques, tandis que le pharmacien salarié pourrait être contraint par d'éventuelles pressions de son employeur. En tout état de cause, les patients se féliciteront d'une telle marque de prudence de la Cour en matière de régulation des professions médicales.

La prudence de la Cour reste cependant bornée par le principe de proportionnalité.

Ainsi dans l'affaire « Ker-Optica »,<sup>856</sup> la Cour est interrogée sur la conformité avec les dispositions du traité sur la libre circulation des marchandises, d'une réglementation nationale (en l'occurrence hongroise) interdisant la vente en ligne des lentilles de contact. Plus précisément, la réglementation prévoit que la commercialisation de ce produit ne peut avoir

---

<sup>855</sup> *Ibid*, points 30 à 33.

<sup>856</sup> Arrêt du 2 décembre 2010, « Ker-Optica bt », aff. C-108/09, Rec. p. I-12213.

lieu que dans un magasin spécialisé dans la vente de dispositifs médicaux, ou par livraison à domicile.

Après avoir conclu, aux termes de la première étape de son raisonnement, que la mesure litigieuse constitue une MEERQ, elle l'examine sous l'angle du motif de justification que constitue la protection de la santé publique. Estimant que le port de lentilles peut, dans des cas particuliers provoquer des lésions de l'œil, la Cour juge que la réglementation en cause est propre à garantir la réalisation de cet objectif de santé publique.

Toutefois elle conclut au caractère disproportionné de la mesure. Concernant l'exigence de la présence physique du client aux fins d'un examen préalable de ses yeux par un opticien, la Cour souligne que celui-ci peut être effectué par des médecins ophtalmologistes en dehors du magasin. De plus, rien n'indique que l'opticien pratique systématiquement un examen particulier lors de la vente de lentilles dans son magasin. Enfin, de tels conseils aux clients peuvent être adressés, via internet, au moyen des éléments interactifs du site concerné. Si un État membre peut exiger que la délivrance des lentilles soit confiée à un opticien, elle ne se justifie en principe que lors de la première livraison de lentilles. La protection de la santé publique peut ensuite être assurée grâce à la mise à disposition du client, par l'opérateur vendant sur internet, d'un opticien qualifié susceptible de fournir à distance des informations et des conseils individualisés en matière d'utilisation et d'entretien des lentilles de contact.<sup>857</sup>

L'analyse de la jurisprudence laisse ainsi apparaître que dans une logique de précaution et de prévention, la Cour fait preuve de prudence et par voie de conséquence d'une certaine clémence vis à vis des réglementations ayant clairement pour objectif de protéger la santé et la vie des personnes contre les dangers les plus sérieux. Logiquement, ses décisions sont plus nuancées dans l'hypothèse inverse. En résumé, la CJUE se livre à une analyse comparative des enjeux en présence, révélant une prudence graduée en fonction des risques sanitaires pouvant conduire à une application extensive du principe de précaution.

#### b- Une application extensive du principe de précaution

---

<sup>857</sup> Arrêt du 2 décembre 2010, « Ker-Optica bt », aff. C-108/09, Rec. p. I-12213, points 74 à 78.

A titre liminaire rappelons que si le principe de prévention a fait son apparition en droit communautaire avec l'Acte unique européen, il faut attendre le traité de Maastricht pour que soit inscrit dans le droit primaire le principe de précaution dans le domaine de l'environnement.<sup>858</sup> Puisque l'article 130 R TCE incluait la protection de la santé des personnes parmi les objectifs de la politique de la Communauté dans le domaine de l'environnement, on peut affirmer que la protection de l'environnement englobe expressément la santé des personnes. De là à extrapoler par une référence directe au principe de précaution comme fondement de la politique environnementale de la Communauté dans le cadre d'un recours visant des mesures sanitaires d'urgences prises par la Commission, il n'y a qu'un pas que la Cour n'a pas hésité à franchir. Ainsi le champ d'application du principe de précaution peut être étendu à partir d'une disposition du droit primaire étrangère à l'objet du litige.

Ce constat est tiré de deux affaires portant sur des recours en annulation de décisions adoptées par la Commission, face aux risques générés par la maladie dite « de la vache folle ».<sup>859</sup>

L'affaire « de la vache folle »<sup>860</sup> s'inscrit dans le contexte de la crise sanitaire de l'encéphalite spongiforme bovine. Face à cette situation, les institutions communautaires ont réagi par une série de mesures d'urgence et notamment une décision imposant un embargo contre l'importation dans les autres États membres de la Communauté, de la viande bovine importée du Royaume-Uni. Dans l'une de ces affaires,<sup>861</sup> le Royaume-Uni demande l'annulation d'une décision de la Commission interdisant de façon transitoire l'expédition des bovins et de la viande bovine et de tout produit obtenu à partir de celle-ci à partir du Royaume-Uni vers les autres États membres ainsi que l'exportation vers les pays tiers. Parmi les différents motifs invoqués par la partie requérante, figure la violation du principe de proportionnalité. Celui-ci figurant parmi les principes généraux du droit communautaire « exige que les actes des

---

<sup>858</sup> Article 130R §2 : « La politique de la Communauté dans le domaine de l'environnement ... est fondée sur les principes de précaution et d'action préventive, sur le principe de correction par priorité à la source, des atteintes à l'environnement et sur le principe du pollueur-payeur. Les exigences en matière de protection de l'environnement doivent être intégrées dans la définition et la mise en œuvre des autres politiques de la Communauté ».

<sup>859</sup> « L'encéphalite spongiforme bovine (ESB) détectée pour la première fois au Royaume-Uni en 1986 se caractérise par une dégénérescence du cerveau. Elle fait partie d'un groupe de maladies appelées encéphalopathies spongiformes transmissibles et affectent tant l'être humain que diverses espèces animales dont les bovins ». (Arrêt du 5 mai 1998, « Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord contre Commission », affaire C-180/96, point 4).

<sup>860</sup> Arrêt du 5 mai 1998, « Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord contre Commission », affaire C-180/96, Rec. p. I-2265.

<sup>861</sup> La décision 96/239/CE prescrivant l'interdiction d'exportation de bovins et viande bovine du territoire du Royaume-Uni vers les autres États membres a également fait l'objet d'un recours en référé visant à obtenir un sursis pour son application (Ordonnance du 12 juillet 1996, « Royaume-Uni contre Commission », affaire 180/96, Rec. 1996, p. I-3903) et d'un renvoi préjudiciel en interprétation des mesures d'embargo (arrêt du 5 mai 1998, « National's Farmer Union », affaire 157/96, Rec. 1998, p. 2211).

*institutions communautaires ne dépassent pas les limites de ce qui est approprié et nécessaire à la réalisation des objectifs en cause, étant entendu que, lorsqu'un choix s'offre entre plusieurs mesures appropriées, il convient de recourir à la moins contraignante et que les inconvénients ne doivent pas être démesurés par rapport aux buts visés».*<sup>862</sup>

En l'occurrence, la Cour commence par poser le principe de précaution mais sans le nommer expressément : « ... il doit être admis que lorsque des incertitudes scientifiques subsistent quant à l'existence ou à la portée de risques pour la santé des personnes, les institutions peuvent prendre des mesures de protection sans avoir à attendre que la réalité et la gravité de ces risques soient pleinement démontrées... ». <sup>863</sup>

Ce n'est que dans la seconde partie d'un surprenant raisonnement que la Cour renvoie à la référence expresse du principe de précaution de l'article 130R, paragraphe 1 du traité CE, référence qui serait justifiée par le fait que la protection de la santé relève des objectifs de la Communauté dans le domaine de l'environnement. Or cette politique visant un niveau de protection élevée, se fonde notamment sur les principes de précaution et d'action préventive tandis que les exigences en matière de protection de l'environnement doivent être intégrées dans les autres politiques de la Communauté. <sup>864</sup>

On retrouve dans les explications de la Cour tous les éléments justifiant l'application au domaine de la santé, du principe de précaution tel que la doctrine a pu le définir<sup>865</sup> dans le sens où il permet aux autorités de prendre des mesures de protection en l'absence de certitude scientifique quant à l'existence et à la gravité des risques, alors que le principe de prévention permet de réagir face à un danger identifié. <sup>866</sup>

---

<sup>862</sup> Affaire C-180/96, précitée, point 96. Voir également les arrêts du 13 novembre 1990, « The Queen contre Minister of Agriculture, Fisheries and Food et Secretary of State for Health, exparte: Fedesa e.a », affaire C-331/88, Rec. 1990, p. I-4023, point 13, et du 5 octobre 1994, « Antonio Crispoltoni contre Fattoria Autonoma Tabacchi et Giuseppe Natale et Antonio Pontillo contre Donatab Srl », affaire C-133/93, Rec. 1994, p. I-4863, point 41.

<sup>863</sup> Affaire C-180/96, précitée, point 99.

<sup>864</sup> *Ibid*, point 100.

<sup>865</sup> Luis Gonzales Vaqué, Lothar Ehring et Cyril Jacquet, Unité XV.D.1, « Application des articles 30 à 36 du traité CE et élimination des restrictions aux échanges », Commission Européenne, Bruxelles, Revue du Marché Unique Européen 1/1999, p. 79 à 128.

Alberto Alemanno, « Le principe de précaution en droit communautaire – Stratégie de gestion des risques ou risque d'atteinte au Marché intérieur ? », Revue du droit de l'Union Européenne 4/2001, p. 929 : « Si la précaution est relative à des risques potentiels, la prévention vise des risques avérés ... La précaution peut être conçue comme le prolongement de méthodes de prévention appliquées aux risques incertains ».

<sup>866</sup> Affaire C-180/96 précitée, point 99.

Cette jurisprudence conduit la Commission à définir la précaution « comme un principe d'application générale qui doit être notamment pris en compte dans les domaines de la protection de l'environnement et de la santé humaine ou végétale », (Communication de la Commission sur le recours au principe de précaution du 2 février 2000).

Concernant le premier élément d'incertitude, à savoir la survenance d'un dommage, les interrogations peuvent concerner l'identification des agents pathogènes pour des troubles constatés, ou inversement les conséquences potentielles d'un produit connu (par exemple les conséquences de la consommation de viande de bovins atteints d'encéphalite spongiforme bovine <sup>867</sup>).

L'urgence de l'action et le caractère transitoire (c'est à dire dans l'attente de la confirmation scientifique des risques allégués) de la décision attaquée sont également soulignés par la Cour pour apprécier le rapport de proportionnalité.<sup>868</sup>

Ainsi, dans les situations à risques la Cour manifeste généralement la plus grande prudence révélée par une application plus ou moins explicite du principe de précaution. Aussi rassurante que puisse apparaître cette orientation jurisprudentielle, les interprétations de la Cour ne sont pas à l'abri de critiques.

## 2- Une jurisprudence empreinte de contradictions

La prudence de la CJCE/CJUE est-elle compatible avec la vigilance et l'intransigeance dont elle fait preuve dans l'analyse des mesures nationales au regard des exigences du marché intérieur ?

Il nous semble qu'une réponse positive à cette question peut être apportée concernant l'affaire du lait UHT.<sup>869</sup> La Cour juge en effet disproportionnés le régime imposé par les autorités britanniques de licences de distribution et l'obligation de conditionnement sur place du lait UHT importé, dans la mesure où il correspond à une interdiction totale d'importation. La production de certificats par les États exportateurs et la collaboration entre les autorités nationales suffiraient à garantir le respect des normes sanitaires du pays importateur. Toutefois, consciente de la rémanence d'un risque potentiel, la Cour suggère également aux

---

<sup>867</sup> Affaire C-180/96 (précitée), point 98 : A l'époque de la décision attaquée, il existait une grande incertitude quant aux risques présentés par les animaux vivants.

La Cour souligne également les risques liés à la consommation de bovins nés après que des mesures de protection aient été adoptées par le Royaume-Uni, en raison de l'incertitude scientifique quant aux modes de transmission de l'ESB, associée à l'absence de traçabilité.

<sup>868</sup> Affaire C-180/96, précitée, point 101, affaire C-157/96, précitée, point 65.

<sup>869</sup> Arrêt du 8 février 1983, « Commission contre Royaume-Uni », affaire 124/81, Rec. 1983, p. 203.



autorités britanniques de procéder par sondages, manifestant ainsi son souci de trouver un bon équilibre des priorités.<sup>870</sup>

Nous sommes plus réservés quant à l'appréciation portée par le juge dans une seconde affaire « Trichloréthylène »,<sup>871</sup> dans laquelle le souci de l'équilibre entre les enjeux de santé publique, d'une part, et ceux du marché intérieur, d'autre part, est au cœur de la démonstration de la Cour. En l'occurrence, la réglementation suédoise contient une interdiction de principe de l'usage du trichloréthylène à des fins professionnelles, assortie d'un système de dérogation individuelle. La première étape du raisonnement de la Cour l'amène à la conclusion que la notion de MEERQ s'applique tant au régime d'interdiction qu'à l'obligation de demander une exemption. L'examen des conditions d'application de l'article 36 révèle la prudence de la Cour qui conclut au caractère proportionné de l'interdiction de principe, en raison des difficultés de détermination, en l'état de la recherche médicale, du seuil critique à partir duquel l'exposition au trichloréthylène constitue un risque sérieux pour la santé humaine. Le souci d'équilibre entre les priorités liées au fonctionnement du marché intérieur, d'une part, et de la protection de la santé des personnes, d'autre part, apparaît dans la seconde partie de l'exposé de la Cour relatif au régime dérogatoire prévu par la réglementation nationale. En effet, la Cour ne voit aucune contradiction à admettre le caractère suprême du motif de protection de la santé humaine pour justifier la mesure d'interdiction de principe, alors que dans le même temps elle admet qu'un État membre puisse accorder des dérogations individuelles d'utilisation justifiées pour des motifs économiques. En effet, « *le souci d'éviter une désorganisation de l'entreprise, faute de solution de rechange, peut être justifié pour autant que l'exposition au trichloréthylène ne soit pas inacceptable* ». <sup>872</sup> On peut toutefois s'étonner que l'on puisse à la fois évoquer les incertitudes scientifiques pour justifier l'interdiction de principe et dans le même temps considérer qu'un État membre puisse, pour des raisons économiques, estimer acceptables les risques liés à l'utilisation de ces mêmes produits. Sous cet angle, l'approche de la Cour ressemble à un exercice d'équilibriste.

---

<sup>870</sup> *Ibid*, point 31.

<sup>871</sup> Arrêt du 11 juillet 2000, « kemikalieinspektionen contre Toolex Alpha AB », affaire C-473/98, Rec. 2000, p. I-5681.

<sup>872</sup> *Ibid*, point 48.

## **Conclusion du paragraphe II**

L'approche de la Cour révèle une véritable sensibilité face aux risques sanitaires non maîtrisés. Le principe de précaution sert en effet d'argument ou transparait en filigrane dans l'argumentation développée par le juge, dans la perspective d'une éventuelle application du régime dérogatoire.

## **Conclusion de la Section**

La réalisation du marché unique n'est pas neutre. Elle constitue naturellement un gage de croissance économique qu'aucun réflexe protectionniste national ne doit à priori compromettre. La contribution de la CJUE est à cet égard essentielle dans la traque et le démantèlement des réglementations pouvant être assimilées à des MEERQ. Pour autant, la jurisprudence doit également être mesurée afin d'établir un point d'équilibre satisfaisant entre, d'une part, le principe de libre circulation des marchandises et, d'autre part, les objectifs non économiques tels que la préservation de la diversité culturelle mais également de la biodiversité dans l'Union ou encore la protection de la santé et de la vie des personnes.

A cet égard, nous avons observé que loin d'être totalement insensible à la défense des patrimoines culturel et biologique des Etats membres, le bilan observé ne doit pas dissimuler un certain passif révélant un parti pris inquiétant contribuant à l'uniformisation des modes de consommation liée à une forme de standardisation des produits. La pérennité des traditions, souvent gage de qualité, pourrait en effet être menacée par une application systématique du principe de la reconnaissance mutuelle.

Il est en revanche d'autres secteurs tels que celui de la santé publique que l'on peut qualifier de privilégiés, dans la mesure où la marge de manœuvre des Etats membres semble davantage préservée par la Cour. La jurisprudence révèle ainsi l'existence d'une hiérarchisation des valeurs plus favorable à des motifs de justification tels que la santé publique.

## **Conclusion du Chapitre**

La construction du marché intérieur dans l'esprit du traité exige d'en respecter également la dimension non marchande même si cette idée semble paradoxale. La difficulté de l'exercice tient notamment à la complexité de la notion de marchandise, dont la définition jurisprudentielle offre à la Cour un large champ d'investigations et d'appréciations. Toutefois, la particularité de certaines marchandises telles que les biens culturels, les déchets ou les stupéfiants, justifie aux yeux de la Cour, un régime moins favorable à leur libre circulation.

Dans le même esprit, la jurisprudence de la Cour révèle une sensibilité plus ou moins marquée aux motifs de justification des entraves aux échanges intra communautaires. La graduation ainsi observée révèle un compromis que nous jugeons à certains égards critiquables entre les enjeux mercantiles, d'une part, et certains motifs de dérogation (diversités sociologique et biologique), d'autre part. En revanche, la nature spécifique de certaines valeurs non économiques (notamment la santé publique et la vie des personnes) explique l'extrême prudence de la Cour dans ses arbitrages défavorables au libre échange.

## **Conclusion de la première partie**

Le protectionnisme économique reste pour la Cour, notamment en ces temps de crise,<sup>873</sup> une cible prioritaire mais non exclusive de son action. Au delà d'une mission défensive du marché intérieur, la jurisprudence communautaire traduit une volonté de conquête au service d'une véritable politique d'intégration. Le caractère activiste de la jurisprudence justifié par une efficacité toute relative de l'intégration positive durant une première étape de sa construction s'exprime dans l'interprétation extensive de l'article 34 du traité et parallèlement dans l'interprétation restrictive de son régime d'exception.

En conséquence, le risque d'une dérive « idéologique » dans la jurisprudence de la Cour était à craindre, au détriment de valeurs dont les auteurs du traité avait dans une première phase laissé la responsabilité aux États membres. Toutefois et globalement, les décisions de la Cour révèlent une échelle des valeurs non économiques, apte à des degrés divers, à faire contrepoids au principe de la libre circulation des marchandises.

---

<sup>873</sup> Voir les propos du Ministre du Redressement productif cité en introduction de notre thèse.

Ce premier constat de l'influence exercée par les juges de Luxembourg sur l'évolution du marché intérieur serait incomplet sans l'observation en retour, de la sensibilité de la Cour à l'évolution du marché, permettant d'expliquer les nombreux soubresauts de sa jurisprudence. La seconde partie de notre thèse vise précisément à rechercher une cohérence jurisprudentielle gage de clarté et de sécurité juridique.

## **Seconde Partie – La recherche laborieuse d'une cohérence jurisprudentielle pour concilier le marché intérieur et les nouvelles politiques de l'UE**

La seconde partie de notre thèse tend à démontrer que l'évolution de la jurisprudence de la CJUE résiste difficilement aux critiques malgré la volonté manifeste des juges de s'adapter au contexte de l'évolution des politiques de l'Union. En effet, dans son rôle d'acteur clé de la réalisation des objectifs du traité, et tout particulièrement de celui du bon fonctionnement du marché intérieur, la Cour a été confrontée à la complexité de la mission provenant notamment du caractère inachevé de l'Union et de la répartition des pouvoirs entre les institutions communautaires et les Etats membres, la conduisant parfois à sacrifier l'orthodoxie et la constance au pragmatisme.

Toutefois, au delà des hésitations ou revirements avoués, il convient de rechercher dans les analyses de la Cour une certaine cohérence, dont le constat nous semble toutefois présenter des limites en raison de l'insécurité juridique générée par une relative instabilité jurisprudentielle. C'est pourquoi, nous proposons un critère unifiant dans la définition des MEERQ qui permettrait à la Cour de consolider sa jurisprudence de manière cohérente tout en garantissant une saine répartition des compétences entre les Etats membres et l'UE.

Nous aborderons successivement les deux points suivants :

Titre I- Une jurisprudence soucieuse d'adaptation à l'évolution du système des politiques de l'Union

Titre II- Les clés d'une jurisprudence cohérente et légitime

## **Titre I- Une jurisprudence soucieuse d'adaptation à l'évolution du système des politiques de l'Union**

L'observation de la jurisprudence de la Cour de justice révèle les difficultés à définir un critère stable permettant d'identifier les obstacles aux échanges inter-étatiques. Les réalités économiques, sociales, politiques se reflètent dans les politiques de l' UE. Elles constituent autant de défis qui se traduisent dans la diversité des cas d'espèce soumis à l'appréciation du juge communautaire. Celui-ci doit alors faire preuve d'adaptabilité et de pragmatisme, tant au niveau de l'identification des MEERQ qu'à celui de l'examen des motifs de dérogation à leur interdiction.

Notre analyse respectera les deux étapes suivantes :

Chapitre 1- Une jurisprudence pragmatique illustrée, en amont, par une interprétation évolutive du champ d'application des articles 34 et 36 TFUE

Chapitre 2- Une jurisprudence pragmatique illustrée, en aval, par une interprétation évolutive des conditions et des motifs de dérogation à l'interdiction des entraves aux échanges : L'exemple du principe de précaution

### **Chapitre 1- Une jurisprudence pragmatique illustrée, en amont, par une interprétation évolutive du champ d'application des articles 34 et 36 TFUE**

Il s'agit dans ce chapitre de constater et d'illustrer le réalisme dont fait preuve la Cour dans son rôle d'interprète du droit communautaire ou de juge des éventuels violations des Etats membres au droit du marché intérieur.

Nous tentons également de démontrer que le pragmatisme dont fait ainsi preuve le juge, a pour corrolaire une certaine fragilité de ses raisonnements.

Cette affirmation concerne, premièrement, la théorie des exigences impératives telle que la Cour de justice l'applique et la fait évoluer (Section 1). Le même constat porte sur la jurisprudence « Keck et Mithouard » dont le bien fondé et la pérennité ont donné lieu à des

commentaires doctrinaux contradictoires et sur laquelle nous porterons notre propre regard. En effet, la réactivité et le réalisme de la CJCE/CJUE peuvent être également illustrés par la définition des entraves aux échanges résultant de l'arrêt « Keck et Mithouard » dont la pérennité est sujette à débat (Section 2).

## **Section 1- Le pragmatisme de la CJCE/CJUE illustré par la théorie des exigences impérative et son évolution**

L'observateur constate que les débats doctrinaux sur le fondement juridique de la théorie des exigences impératives et sur celui de leur champ d'application, loin de s'éteindre, sont attisés par des évolutions récentes de la jurisprudence dont le sens et la portée demeurent incertains.

Deux questions essentielles serviront de cadre à notre réflexion.

Premièrement, comment concilier l'interprétation traditionnelle de l'article 36 du traité et l'extension par la Cour de justice, des motifs de justification à des mesures nationales qui entravent les échanges intracommunautaires ? La réponse à cette question passe par l'identification du fondement juridique de la théorie des exigences impératives telle qu'elle est appliquée par la Cour de justice. (I)

Deuxièmement, face aux nombreuses diversions observées lors de l'application de la jurisprudence « cassis de Dijon », il serait opportun de définir une fois pour toute le régime juridique et plus précisément le champ d'application de la théorie des exigences impératives. A cet égard, la jurisprudence étudiée semble attester d'un rapprochement des régimes juridiques relatifs aux motifs de justification tirés de l'article 36 et de celui des exigences impératives. (II).

### **I- Le fondement juridique de la théorie des exigences impératives : Le choix de la cohérence ou de l'efficacité**

Comment concilier l'affirmation du caractère exhaustif de la liste des exceptions énumérées à l'article 36 TFUE avec la reconnaissance et l'application jurisprudentielles de la théorie des exigences impératives ? La Cour de justice distingue en effet les deux catégories de

justifications en considérant que les exigences impératives ne s'ajoutent pas aux motifs de l'article 36 qui doit rester d'interprétation stricte.<sup>874</sup>

Il semblerait que la Cour ait répondu à cette question, animée par un souci de cohérence (A) ou simplement d'efficacité (B).

#### A- Le choix de la cohérence

Le choix de la cohérence peut être illustré par l'affirmation selon laquelle la théorie des exigences impératives serait fondée sur l'article 34 du TFUE.

En effet, ce fondement de la théorie des exigences impératives permet, en cohérence avec la jurisprudence antérieure de la Cour de ne pas élargir le champ restrictif des exceptions de l'article 36 du traité. En revanche, il ouvre des perspectives d'extension à de nouvelles exigences.

Selon cette conception, les exigences impératives constituent un critère de qualification des mesures nationales dans le sens où il permet d'en apprécier la légalité. En effet, ce n'est qu'en l'absence de justification par une exigence impérative qu'une mesure nationale devient une MEERQ. Dans cette logique, l'examen des mesures nationales à l'aune des exigences impératives doit en principe précéder la qualification de MEERQ, tandis que l'application des motifs de l'article 36 du traité intervient au stade ultime en vue d'examiner si la mesure, déjà considérée comme une MEERQ, peut bénéficier d'une éventuelle dérogation à l'interdiction.<sup>875</sup>

Cette thèse résiste difficilement à la critique pour les raisons suivantes :

---

<sup>874</sup> Arrêt du 25 janvier 1977, «W.J.G. Bauhuis contre Etat Néerlandais », affaire 46/76, Rec. 1977, p. 5, points 12 et 13. Voir également les arrêts du 25 septembre 1979, « Commission des Communautés européennes contre République française », affaire 232/78, Rec. 1979, p. 2729 ; du 17 juin 1981, « Commission des Communautés européennes contre République d'Irlande », affaire 113/80, Rec. 1981, p. 1625 ; du 9 décembre 1997 « Commission des Communautés européennes contre République française », affaire C-265/95, Rec. 1997, p. I-6959.

<sup>875</sup> Arrêts du 12 juillet 1979, « Commission des Communautés européennes contre République fédérale d'Allemagne », affaire 153/78, Rec. 1979, p. 2555, point 5 ; du 8 novembre 1979, « Firma Denkavit Futtermittel GmbH contre den Minister für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten des Landes Nordrhein-Westfalen » », affaire 251/78, Rec. 1979, p. 3369, point 14 : « *l'article 36 du traité n'a pas pour objet de réserver certaines matières à la compétence exclusive des Etats membres mais admet seulement que les législations nationales fassent exception au principe de la libre circulation dans la mesure où cela est et demeure justifié pour atteindre les objectifs visés par cette disposition* ».

Joël Molinier, Nathalie De Grove-Valdeyron, « Droit du marché intérieur européen », LGDJ, *Système Droit*, 3<sup>ème</sup> édition, p. 67 : « *Un premier courant jurisprudentiel souligne que les mesures justifiées par des exigences impératives ne sont pas considérées comme étant d'effet équivalent. Si elles n'entrent pas dans le cadre de la jurisprudence Cassis de Dijon, elles sont d'effet équivalent mais elles peuvent encore être admises* ».

La première tient au contexte historique. Les frontières de l'article 36 du traité ne s'expliqueraient-elles pas simplement par le fait qu'à l'époque de la signature du traité de Rome, la préservation de l'environnement ou la protection du consommateur étaient éloignées des préoccupations des européens ?

La seconde repose sur le constat d'une certaine convergence des champs d'application de l'article 36 et des exigences impératives, même si l'interprétation retenue par la Cour s'explique par la volonté probable de la Cour de ne pas étendre les possibilités d'exception aux mesures discriminatoires.<sup>876</sup> Cette forme d'ubiquité de certains motifs concernant la protection d'objectifs d'intérêt public figurant à la fois dans l'article 36 et dans la catégorie des exigences impératives souligne le caractère artificiel de la distinction.<sup>877</sup>

Ajoutons que les deux catégories de justifications des MEERQ ne peuvent être invoquées qu'en l'absence d'une harmonisation complète et doivent respecter le principe de proportionnalité.<sup>878</sup>

Enfin, l'association de certaines exigences impératives et des motifs de justification de l'article 36 ne choquerait pas un esprit logique.<sup>879</sup>

Un argument supplémentaire relatif au critère de la discrimination vient en appui de la thèse favorable au rattachement des deux sources de justifications. Dans la mesure où les modalités de vente échappent à la qualification de MEERQ sauf en cas de discrimination, on doit en déduire qu'elles ne peuvent lorsque cette dernière hypothèse est vérifiée, à l'inverse des réglementations relatives aux produits, être justifiées sur la base des exigences impératives.

---

<sup>876</sup> Lucette Defalque, « Le concept de discrimination en matière de libre circulation des marchandises », cahier de droit européen 1987, p. 471 à 491.

<sup>877</sup> A ce constat s'ajoute celui de la divergence des règles applicables selon les libertés du marché intérieur : Ainsi la protection de la propriété industrielle et commerciale figure dans la liste de l'article 36 TFUE tandis qu'elle correspond à une exigence impérative en matière de libre circulation des services.

<sup>878</sup> Sur la base de ces constats, Monsieur Paul Demaret encourage la Cour à aligner le régime des exigences impératives sur celui de l'article 36 du traité dans un souci de simplification. Demaret Paul, « L'accès au marché des services réglementés : la libéralisation du commerce des services dans le cadre du traité CE », Revue internationale de droit économique, 2002/2-3 (t. XVI).

Voir également Peter Oliver, « Some further reflections on the scope of articles 28-30 (ex 30-36) EC, 1999, p. 804: "it would be both simpler and more logical to treat the mandatory requirements as additions to the heads of justification in Article 30".

<sup>879</sup> Par exemple, la sécurité routière pourrait être considérée comme un motif de santé publique.



Dans la même logique, les exigences impératives ne peuvent en principe permettre aux États membres de justifier des mesures interdites en application de l'article 35 TFUE. La définition des MEERQ à l'exportation intègre en effet une condition de discrimination contre les produits exportés vers les territoires des autres États membres. En conséquence, et à titre d'exemple, un État membre ne peut à priori réhabiliter une réglementation nationale entravant spécifiquement les courants d'exportation vers d'autres États membres par des motifs liés à la protection de l'environnement.

Pour toutes ces raisons, une évolution vers la reconnaissance des exigences impératives comme motif de justification de réglementations distinctement applicables aux produits nationaux et aux produits originaires d'autres États membres serait le signe d'une plus grande cohérence dans la jurisprudence de la Cour. Cette thèse est défendue par l'Avocat général Jacobs et par une certaine doctrine minoritaire.<sup>880</sup> Elle semble également correspondre à une certaine évolution (mais non systématique) de la Cour elle-même.<sup>881</sup>

Une illustration de cette évolution peut être constatée à propos de l'arrêt connu sous le nom de l'affaire des « bouteilles danoises ».<sup>882</sup> Rappelons qu'en vertu de la réglementation nationale en cause, les producteurs de bières et de boissons rafraichissantes doivent commercialiser ces boissons dans des emballages agréés par l'agence nationale pour la protection de l'environnement et susceptibles d'être réutilisés. L'avocat général Sir Gordon Slynn dénonce l'existence d'une discrimination matérielle avec pour conséquence l'impossibilité d'invoquer la jurisprudence « Cassis de Dijon ».<sup>883</sup> A l'inverse, la Cour ne se prononce pas sur ce moyen et préfère se focaliser directement sur la condition de proportionnalité de la réglementation litigieuse.<sup>884</sup> Faut-il y voir le signe d'une rupture avec la jurisprudence passée ?

---

<sup>880</sup> Peter Oliver, « Some further reflections on the scope of articles 28-30 (ex 30-36) », EC, 1999 p. 804. D'autres auteurs défendent la thèse inverse : Vassilis Hatzopoulos « Exigences essentielles, impératives ou impérieuses, une théorie, des théories, ou pas de théorie du tout » ? (1988) RTDE, 191 ; Mattera Alfonso, « Le marché unique européen - ses règles, son fonctionnement », Editions Jupiter, Paris, 1990, p. 274 ; Prieto Catherine, « Entrave et accès au marché », in « L'entrave dans le droit du marché intérieur », sous la direction de Loïc Azoulay, Collection Droit de l'Union européenne, Bruylant 2011, p. 92-93.

<sup>881</sup> Voir ci-après l'arrêt du 13 mars 2001, « Preussen Elektra et Schlesweg AG », affaire C-379/98, Rec. 2001, p. I-2099.

<sup>882</sup> Arrêt du 20 septembre 1988, « Commission des Communautés européennes contre Royaume de Danemark », affaire 302/86, Rec. 1988, p. 4607.

<sup>883</sup> « *Etant donné que la réutilisation obligatoire des emballages plutôt que le simple recyclage pèse nécessairement plus lourdement sur eux que leurs homologues danois, et que l'utilisation de bouteilles agréées pour les ventes sur le marché danois peut effectivement impliquer l'engagement de frais généraux supplémentaires d'installation et d'embouteillage ... Même si elle est apparemment indistinctement applicable aux producteurs danois et non danois, la réglementation affecte dans la pratique plus lourdement ces derniers* ».

<sup>884</sup> Affaire 302/86, précitée, points 14 à 22.

Voir également De Sadeleer Nicolas, « Les emballages, l'environnement et le marché intérieur : un singulière trilogie », Revue du Marché unique européen, 2/1995, p. 98 et 99.

Cette évolution jurisprudentielle est également révélée par l'arrêt « Bonnarde »,<sup>885</sup> dans lequel l'affaire au principal trouve son origine dans le refus d'attribution du bonus écologique à un particulier acquéreur d'un véhicule automobile de démonstration en Belgique. En effet, si la nouveauté du véhicule est en principe une condition pour bénéficier du bonus écologique, la réglementation française prévoit une exception pour les véhicules de démonstration, dès lors que figure sur le certificat d'immatriculation de ce type de véhicules automobiles, la mention « véhicule de démonstration ». Or la réglementation belge ne prévoit pas la délivrance de documents portant une mention spéciale permettant d'identifier les véhicules de démonstration. Selon l'arrêt de la Cour, pareille exigence d'une mention spéciale sur les certificats d'immatriculation de véhicules importés en vue de l'obtention du bonus écologique, constitue une restriction à la libre circulation des marchandises, contraire à l'article 34 TFUE dans la mesure où elle affecte de manière différente les véhicules en fonction des exigences réglementaires nationales des pays de provenance des véhicules. Lors de l'examen des possibilités de justifications, elle ne distingue pas entre les conditions relatives aux motifs de justifications tirés de l'article 36 du traité et celles relatives aux exigences impératives. Elle rappelle seulement la condition de proportionnalité de la mesure au regard de la protection de l'environnement et de la lutte contre la fraude en omettant toute référence au caractère discriminatoire de la mesure. Si l'arrêt confirme ainsi que la discrimination matérielle non voulue, ne fait pas obstacle à la reconnaissance d'une exigence impérative pour justifier une mesure restrictive, il surprend dans la mesure où il semble également admettre qu'une discrimination dissimulée n'y fait pas davantage obstacle. En effet, la Cour de justice n'écarte pas l'hypothèse que la réglementation en cause ait pour objet de traiter moins favorablement les produits importés.<sup>886</sup>

Le raisonnement en deux étapes correspondant à la démarche traditionnelle de la Cour semble être en effet progressivement délaissé. En principe, celui-ci permet de qualifier la mesure nationale par une application combinée des jurisprudences « Dassonville », « Keck et Mithouard », mais aussi « Cassis de Dijon ». Ce n'est que dans un second temps qu'elle l'apprécie au regard des motifs de dérogation de l'article 36 TFUE. Dans une jurisprudence plus récente, la Cour qualifie les mesures par simple référence aux jurisprudences

---

<sup>885</sup> Arrêt du 6 octobre 2011, « Philippe Bonnarde contre Agence de Services et de Paiement », affaire C-443/10, Rec. 2011, p. I-9327.

<sup>886</sup> *Ibid*, point 30. « ... même si la réglementation nationale en cause au principal n'a pas pour objet de traiter moins favorablement des produits en provenance d'autres Etats membres, ce qu'il incombe à la juridiction de renvoi de vérifier... »

« Dassonville » et « Keck et Mithouard » tandis qu'elle examine les possibilités de leur réhabilitation sur le fondement combiné de l'article 36 TFUE et des exigences impératives.

Les exemples d'infidélité à la jurisprudence classique<sup>887</sup> peuvent apparaître avec d'autant plus d'évidence, lorsque la Cour contredit sur ce point son avocat général.

Ainsi dans l'affaire « Libro », <sup>888</sup> la Cour est interrogée à titre préjudiciel à propos d'un litige opposant, d'une part, l'association professionnelle autrichienne pour l'industrie du livre et des médias, autorité chargée de publier les prix de vente au public et, d'autre part, la société Libro qui commercialise en Autriche des livres édités en Allemagne et en Autriche. Cette dernière a été poursuivie pour avoir lancé une campagne publicitaire, en violation de la loi autrichienne sur les prix imposés. Schématiquement, la réglementation litigieuse impose uniquement aux importateurs de livres en langue allemande de fixer et de porter à la connaissance du public, un prix de vente au public obligatoire pour le vendeur final, qui ne peut être inférieur, déduction faite du montant de la TVA, au prix de vente fixé ou conseillé par l'éditeur pour l'État d'édition. Dans un premier temps, la Cour constate que la réglementation litigieuse ne peut bénéficier du régime issu de la jurisprudence « Keck et Mithouard » en raison de son caractère discriminatoire. En effet, les importateurs autrichiens et les éditeurs étrangers ne sont pas autorisés à fixer les prix minimaux au détail selon les caractéristiques du marché d'importation, contrairement aux éditeurs autrichiens qui peuvent imposer des prix planchers pour la vente sur le territoire national. Cependant et selon le juge, la réglementation en cause devrait être appréciée au regard du régime dérogatoire tirés de l'article 30 CE (article 36 TFUE) ou d'une exigence impérative. A cet égard la Cour distingue la protection du livre en tant que bien culturel et « *la protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique au sens de l'article 30* ». <sup>889</sup> En revanche, en opposition avec l'avocat général Madame Verica Trstenjak, respectueuse de l'interprétation classique de la jurisprudence « Cassis de Dijon », <sup>890</sup> la Cour reste muette à ce stade du raisonnement sur le caractère discriminatoire de la mesure et juge que la mesure nationale peut être considérée comme une mesure répondant à une exigence impérative d'intérêt public.

---

<sup>887</sup> La doctrine souligne les ambiguïtés, voir les contradictions dans la jurisprudence de la Cour de justice. Voir A. Mattera : « De l'arrêt Dassonville à l'arrêt Keck : l'obscur clarté d'une jurisprudence riche en principes novateurs et en contradictions », Revue du Marché unique européen, 1994.

<sup>888</sup> Arrêt du 30 avril 2009, « Fachverband der Buch- und Medienwirtschaft contre Libro Handelsgesellschaft mbH », affaire C-531/07, Rec. p. I-3717.

<sup>889</sup> *Ibid*, point 32.

<sup>890</sup> Conclusions, point 104.

On relève également que la question préjudicielle concernait uniquement la conformité de la réglementation avec le traité, traduisant la conviction dans l'esprit du juge national, que les conditions d'une justification fondée sur des exigences impératives n'étaient pas réunies.<sup>891</sup> Quant à la Cour, ce n'est qu'au stade de son appréciation sommaire de la proportionnalité de la réglementation, qu'elle conclut à la violation de l'article 28 CE (article 34 TFUE).

Troisièmement, une autre critique de cette distinction peut être fondée sur le constat que le caractère exhaustif de la liste de l'article 36 est relativisé par la Cour elle-même. N'a-t-elle pas étendu la notion de propriété industrielle et commerciale dont la protection fait partie de la liste de justification de l'article 36 aux droits voisins et au droit d'auteur ?

Ces constats révèlent un écart troublant par rapport à la ligne générale suivie par la Cour, à moins qu'on n'y décèle la volonté de privilégier l'efficacité au détriment d'une parfaite orthodoxie.

B- Le choix de l'efficacité et du pragmatisme au prix de l'orthodoxie.

Certains cas de rupture avec la jurisprudence traditionnelle permettent de penser que la Cour privilégie parfois le résultat concret, à savoir l'exonération des mesures nationales restrictives du principe de libre circulation des marchandises, au détriment d'une recherche de la cohérence parfaite dans son raisonnement.

Ainsi, on peut regretter que la présence du motif de santé publique, à la fois parmi les exigences impératives et dans la liste de l'article 36, favorise la confusion des régimes juridiques.

Ce constat apparaît de manière significative dans l'affaire « Aragonesa de publicidad exterior »,<sup>892</sup> à propos d'un recours d'entreprises, jugées coupables d'avoir enfreint une loi catalane réglementant sur le territoire de cette communauté, la publicité pour les boissons dont la teneur en alcool dépasse un certain taux. Dans le cadre de cet arrêt d'interprétation visant à déterminer si une telle réglementation constitue une MEERQ, la Commission soutient qu'une telle législation, indistinctement applicable aux produits nationaux et aux produits

---

<sup>891</sup> *Ibid*, point 13

<sup>892</sup> Arrêt du 25 juillet 1991, « Aragonesa de publicidad exterior », affaires C 1//90 et C 176/90, Rec. p.I-4431.

importés, peut être admise au seul regard de l'article 30 (article 34 du TFUE), dans la mesure où elle est justifiée par l'exigence impérative de protection de la santé publique. En conséquence, le recours à l'article 36 devient inutile. Autrement dit, il convient d'abord de déterminer si une mesure indistinctement applicable constitue une MEERQ, dès lors qu'elle n'est pas justifiée par une exigence impérative pour examiner dans une seconde étape les possibilités de dérogation sur la base de l'article 36 du traité. Ce raisonnement correspond à une application strictement conforme à l'interprétation classique de la Cour de Justice, (telle que nous l'avons exposée dans le paragraphe précédent) mais qu'elle rejette en l'espèce. Celle-ci choisit en effet de se placer directement sur le terrain de l'article 36 au titre de la protection de la santé, jugeant inutile le respect de l'étape précédente.

Si cette forme d'ubiquité de la raison invoquée parvient à dissimuler l'impression d'incohérence dans la jurisprudence, ce n'est plus cas dans l'hypothèse où l'exigence impérative invoquée par un Etat membre est spécifique.

Dans l'affaire « Gysbrechts », <sup>893</sup> la Cour apprécie la conformité avec l'article 29 du traité CE (article 35 du TFUE) d'une réglementation belge interdisant au fournisseur d'exiger un acompte ou un paiement quelconque de la part du consommateur avant l'expiration du délai de rétractation. Après avoir conclu qu'une telle interdiction constitue une MEERQ à l'exportation, la Cour s'interroge au même stade de son raisonnement, sur une éventuelle justification par l'une des raisons énoncées à l'article 30 (article 36 du TFUE) ou par des exigences impératives, en l'occurrence la protection du consommateur. Ainsi, les deux niveaux de raisonnement qu'impliqueraient des natures distinctes disparaissent. Émerge le constat que l'interprétation énoncée dans le dispositif de l'arrêt, et plus précisément le but, c'est à dire la recherche d'une MEERQ, prime sur le raisonnement et la construction juridique. Cette économie dans le raisonnement semble présager du même souci d'efficacité qui conduira à la jurisprudence « Keck et Mithouard ».

L'affaire C-524/07<sup>894</sup> concerne un recours en constatation de manquement intenté par la Commission contre la République d'Autriche, dont la réglementation relative à l'immatriculation des véhicules d'occasion heurterait le principe de libre circulation des

---

<sup>893</sup> Arrêt du 16 décembre 2008, « Lodewijk Gysbrechts et Santurel Inter BVBA », affaire C-205/07, Rec. 2008, p. I-9947.

<sup>894</sup> Arrêt du 11 décembre 2008, « Commission des Communautés européennes contre République d'Autriche », affaire C-524/07, Rec. 2008, p. I-187.

marchandises. Plus précisément et concrètement, l'administration autrichienne soumet l'immatriculation de véhicules d'occasion d'un certain âge précédemment immatriculés dans d'autres États membres, à des exigences techniques relatives aux émissions sonores et de gaz d'échappement, tandis que cette exigence ne s'applique pas aux véhicules déjà autorisés à circuler en Autriche.

A l'argument de la République d'Autriche selon lequel la mesure en cause serait justifiée pour des raisons prescrites par l'article 30 CE (article 36 TFUE) telle que la protection de la santé, la Cour suit un raisonnement qui tranche avec sa jurisprudence classique. Elle estime en effet qu'il n'y a pas lieu d'examiner séparément les arguments relatifs à la protection de l'environnement et ceux relatifs à la protection de la santé<sup>895</sup> au motif que la réglementation litigieuse antipollution a pour objectif la protection de la santé. Autrement dit, l'objectif de protection de l'environnement englobe celui de la protection de la santé. Est-ce la raison pour laquelle la Cour apprécie simultanément les motifs de justification tirés de l'article 30 CE (article 36 TFUE) et des exigences impératives ? Quoiqu'il en soit, on observe que l'hétérodoxie du raisonnement se traduit à un double niveau.

Tout d'abord, la Cour ne respecte pas une première étape permettant d'apprécier si la mesure échappe à la qualification de MEERQ, en fonction de son objectif de protéger l'environnement. Ensuite, elle se focalise sur l'exigence de protection de l'environnement alors même qu'elle souligne le caractère discriminatoire de la mesure litigieuse.<sup>896</sup>

La Cour persiste et signe dans l'affaire C-28/09<sup>897</sup> qui oppose à nouveau la Commission à la République d'Autriche sur fond de protection de l'environnement. Après avoir estimé que la réglementation autrichienne relatif au transport de marchandises, interdisant de manière sectorielle certains tronçons autoroutiers dans le but de réduire les émissions de dioxyde d'azote, est susceptible d'affecter sensiblement le transit des marchandises entre l'Europe septentrionale et le nord de l'Italie, la Cour examine ladite réglementation sous l'angle des motifs de justification. Dans cette analyse, le juge communautaire omet de se prononcer préalablement sur le caractère discriminatoire de la mesure environnementale litigieuse pour apprécier directement la réglementation litigieuse sur le seul terrain de la proportionnalité.

---

<sup>895</sup> *Ibid*, point 56.

<sup>896</sup> *Ibid*, point 60.

<sup>897</sup> Arrêt du 21 décembre 2011, « Commission des Communautés européennes contre République d'Autriche », affaire C-28/09, Rec. 2011, p. I-13525.

Comme nous l'avons précédemment évoqué, la Cour estime qu'en raison de la proximité des liens entre les objectifs de protection de l'environnement, d'une part, et de la santé, d'autre part, le second est englobé dans le premier. Il est remarquable, comme dans l'affaire précédente, que la Cour ne s'intéresse pas, à ce stade du raisonnement, au caractère discriminatoire de la mesure.

Cette entorse est-elle simplement apparente, dans la mesure où la Cour assimile les motifs de justification « écrits et non écrits » considérant que les arguments de la République d'Autriche relatifs à la protection de la santé et ceux portant sur la protection de l'environnement ne doivent pas faire l'objet d'un examen séparé ?<sup>898</sup> Si cette référence conjointe au motif de protection de la santé publique et de protection de l'environnement peut laisser à priori croire au maintien de la règle selon laquelle seuls les motifs listés dans l'article 36 peuvent justifier une entrave discriminatoire, l'affirmation subséquente semble au contraire confondre les deux régimes juridiques. Elle ajoute en effet de manière expresse, qu'« *il n'y a pas lieu d'examiner les arguments de la république d'Autriche relatifs à la protection de la santé séparément de ceux portant sur la protection de l'environnement* ».<sup>899</sup>

Ainsi l'affaire C-28/09 illustre une forme de fusion volontaire par la Cour de l'exigence impérative de protection de l'environnement, d'une part, et du motif de protection de la santé des personnes tiré de l'article 36, d'autre part, avec comme corolaire la confusion des régimes applicables aux deux catégories de justifications. A moins, car cette affaire s'apparente sur ce point à une histoire à rebondissements, que la Cour ne considère au final qu'il y a absence de discrimination dans la mesure où les situations mises en parallèle ne seraient pas comparables. En effet imposer aux transporteurs locaux, la même obligation qu'aux transporteurs internationaux, provoquerait sur l'environnement, des effets inverses de ceux visés par la réglementation litigieuse.<sup>900</sup> Envisagé sous cet angle, le traitement différent de situations distinctes n'est donc pas constitutif d'une discrimination.

En conclusion, la jurisprudence étudiée illustre le rapprochement des régimes juridiques relatifs aux motifs de justification tirés de l'article 36 et de celui des exigences impératives. Sans avouer les écarts avec ses positions classiques, la Cour semble alors animée par un

---

<sup>898</sup> *Ibid*, points 122 et 123.

<sup>899</sup> Arrêt du 21 décembre 2011, « Commission des Communautés européennes contre République d'Autriche », affaire C-28/09, point 123.

<sup>900</sup> *Ibid*, point 134.

souci d'efficacité. On peut toutefois regretter le trouble généré par les arrêts commentés et par la difficulté à en déterminer la portée. Ce constat d'ambiguïté relatif au fondement juridique de la théorie des exigences impératives vaut également pour la jurisprudence relative à son champ d'application.

## **II- Le champ d'application de la théorie des exigences impératives : une clarification nécessaire**

La question d'un changement de cap relatif au champ d'application de la théorie des exigences impératives se pose avec d'autant plus de pertinence, qu'elle concerne tant l'identification des MEERQ à l'importation que celle des MEERQ à l'exportation. Nous proposons d'analyser successivement les deux situations.

### **A- Exigences impératives et identification des MEERQ à l'importation**

La question de la fidélité de la Cour de justice à sa jurisprudence classique relative aux conditions d'application de la théorie des exigences impératives se pose à l'issue de plusieurs arrêts qui ont suscité la critique. Nous tenterons dans un premier temps, de déterminer la signification et la portée de la jurisprudence de la Cour à partir d'une analyse de la jurisprudence « Keck et Mithouard » (1). Dans une seconde étape, nous commenterons sous un regard critique les écarts de jurisprudence révélés par les arrêts « Déchets Wallons » et « PreussenElektra » (2).

#### **1- La jurisprudence « Keck et Mithouard », clé de lecture de la théorie des exigences impératives**

Une mesure nationale fondée sur une exigence impérative ne peut, selon une jurisprudence bien établie, échapper à la qualification de MEERQ qu'en l'absence de discrimination, tandis que les causes de justification de l'article 36 TFUE peuvent justifier une mesure discriminatoire.<sup>901</sup>

---

<sup>901</sup> Dans l'arrêt du 8 mars 2001, « Konsumentombudsmannen contre Gourmet International Products AB », Affaire C-405/98, Rec. 2001, p. I-1795, la Cour de justice constate qu'une réglementation nationale interdisant la publicité directe pour les boissons alcooliques « doit être considérée comme affectant plus lourdement la commercialisation des produits originaires d'autres Etats membres que celle des produits nationaux et comme constituant de ce fait une entrave



Si au premier abord le principe semble clair, sa portée suscite des interrogations liées aux interprétations plurielles de la notion de discrimination. Nous avons précédemment rappelé la position de la Cour selon laquelle une discrimination matérielle, c'est-à-dire dissimulée sous l'apparence d'une mesure indistinctement applicable aux produits nationaux et aux produits importés tombe sous le coup de l'article 34 du TFUE. Une telle interprétation est en phase avec l'esprit du traité tel qu'il s'exprime dans l'article 36, dont la légitimité des motifs est conditionnée par l'absence de « discrimination arbitraire » ou de « restriction déguisée ».<sup>902</sup> Or, et comme nous l'avons affirmé précédemment, il serait illogique de ne pas étendre cette réserve aux exigences impératives dissimulant une volonté protectionniste.

Demeure cependant la question relative à une mesure, dont l'effet restrictif sur les échanges présenterait un caractère non intentionnel.

Le traité fournit des éléments de réponse susceptibles d'alimenter notre réflexion dans un sens favorable au principe d'une possible justification de telles mesures par une exigence impérative. En effet pour conserver leur légitimité, nous venons de rappeler que les motifs de dérogation prévus à l'article 36 du TFUE ne doivent constituer ni une discrimination arbitraire ni une restriction déguisée, ce qui à contrario semblerait indiquer qu'une mesure restrictive teintée de bonne foi pourrait être réhabilitée.

Il semble que la jurisprudence « Keck et Mithouard » apporte également une réponse indirecte à cette question. Depuis cet arrêt majeur en effet, l'application à des produits en provenance d'autres États membres de mesures nationales qui limitent ou interdisent certaines modalités de vente ne constitue pas en principe une entrave aux échanges. Cette présomption de conformité à l'article 28 TCE (nouvel article 34 TFUE) ne vaut cependant, que dans la mesure notamment où la réglementation nationale litigieuse affecte de la même manière en droit comme en fait, la commercialisation des produits nationaux et ceux en provenance des autres États membres.<sup>903</sup> Une interprétation extensive de la jurisprudence « Cassis de Dijon », au point d'exclure les mesures nationales restrictives non intentionnelles du champ de l'article

---

*aux échanges* », mais n'exclut pas qu'elle soit susceptible d'être justifiée par le motif de protection de la santé publique figurant à l'article 36 du traité (points 25 et 26).

<sup>902</sup> Conformément à la dernière phrase de l'article 36 du TFUE, les interdictions ou restrictions d'importation, d'exportation ou de transit « ne doivent constituer ni un moyen de discrimination arbitraire, ni une restriction déguisée dans le commerce entre les États membres ».

<sup>903</sup> Affaire « Keck et Mithouard », précitée, point 16.

34 TFUE, reviendrait donc à priver du bénéfice de la règle de raison,<sup>904</sup> les réglementations nationales relatives à des modalités de vente générant une discrimination matérielle non préméditée et tombant de ce fait dans le champ d'application de l'article 34 TFUE. Or les arrêts de la filiation « Keck et Mithouard » témoignent de la solution inverse.

L'arrêt « De Agostini TV Shop »<sup>905</sup> en est une illustration. L'une des questions préjudicielles s'inscrit dans le contexte d'un litige relatif à la loi suédoise en matière de publicité télévisée. Après avoir rappelé qu'une législation nationale interdisant de faire de la publicité concerne une modalité de vente au sens de l'arrêt « Keck et Mithouard », la CJCE invite la juridiction de renvoi à entreprendre une vérification en deux étapes. La première vise à apprécier le caractère de la législation en cause sous l'angle de la discrimination. La seconde consiste notamment à vérifier le bien-fondé de l'interdiction en vue de satisfaire à une exigence impérative.<sup>906</sup> Autrement dit, la CJCE envisage l'hypothèse où la législation suédoise révélerait de facto un caractère discriminatoire et envisage une possible réhabilitation au titre des exigences impératives.<sup>907</sup>

Cette thèse vient conforter les convictions affichées précédemment concernant certaines réglementations nationales portant sur des produits et dont le contexte historique et social permet d'écartier tout soupçon de volonté protectionniste, alors que la mesure contestée est susceptible d'entraîner une discrimination matérielle. Ainsi, dans l'affaire « Loi de pureté de la bière »,<sup>908</sup> concernant l'interdiction de commercialiser en Allemagne sous la dénomination « bier » des bières ne répondant pas aux exigences de la réglementation nationale, l'obstacle aux importations génère une discrimination de fait. Les brasseurs des autres États membres soumis à des réglementations moins contraignantes ne peuvent écouler leur production en Allemagne, sauf à l'adapter aux normes locales auxquelles les brasseurs allemands ont

---

<sup>904</sup> « Entendue de manière large, une règle de raison constitue un moyen de mettre en œuvre un principe d'interdiction. En effet, la règle de principe étant particulièrement stricte, ... les juges ont opté pour une approche plus souple, faisant le tri entre ce qui leur semble raisonnable de ce qui ne l'est pas, en validant les clauses dites « raisonnables ». Hetsch Simon, « Existe-t-il une règle de raison dans le domaine des abus de position dominante ? » Mémoire de Master 2, Droit européen des affaires, dirigé par le Professeur Louis Vogel, 2011, Université Panthéon-Assas.

Appliquée au secteur du marché intérieur, une partie de la doctrine utilise cette expression pour désigner l'application jurisprudentielle de la théorie des exigences impératives.

<sup>905</sup> Arrêt du 9 juillet 1997, affaires jointes C-34/95, C-35/95 et C-36/95, « De Agostini TV Shop », Rec. 1997, p. I-3843.

<sup>906</sup> *Ibid.*, points 39 à 47.

<sup>907</sup> Stuyck Jules, « Gourmet : une nouvelle brèche dans la jurisprudence « Keck ? », Cahiers de droit européen, 2001, Vol. 37, n°5-6, p. 683-706, p. 703 : « On rappellera que l'application de la « règle de raison » de Cassis de Dijon suppose que la mesure nationale s'applique sans distinction entre produits nationaux et produits importés, ce qui ne veut pas dire que la mesure doit avoir le même impact sur les produits importés et les produits nationaux. En revanche l'application de l'immunité Keck suppose que la mesure affecte de la même manière produits nationaux et importés ».

<sup>908</sup> Arrêt du 12 mars 1987, « Commission des Communautés Européennes contre République Fédérale d'Allemagne », affaire 178/84, Rec. 1987, p. 1227.

toujours été soumis. Pour autant, la Cour vérifie si la mesure litigieuse peut être justifiée par l'exigence de protection du consommateur.<sup>909</sup>

Les ambiguïtés dénoncées sont amplifiées par les affaires « Déchets wallons »<sup>910</sup> et « Preussen Elektra »<sup>911</sup> dont nous proposons, ci-après, une autre lecture.

## 2- Les arrêts « Déchets Wallons » et « Preussen Elektra » : La cohérence au delà des apparences

Il s'agit dans les prochains développements de déterminer si l'évolution jurisprudentielle constatée dans la jurisprudence « Déchet wallons » et « Preussen Elektra », correspond à un revirement de jurisprudence, ou s'il s'agit simplement d'une décision particulière visant à répondre à des circonstances exceptionnelles. En effet, les deux affaires précitées ont suscité de nombreux commentaires, souvent critiques. La Cour ne semble pas pour autant reconnaître un revirement de sa jurisprudence, justifiant ses décisions par des circonstances particulières (a). Non convaincus par l'argumentation développée par les juges de Luxembourg, nous proposons une alternative qui nous semble plus cohérente et qui aurait permis d'éviter, de la part de ces derniers, une forme de déni de ses prises de position antérieures (b).

### a- Revirement de jurisprudence où adaptation à des circonstances particulières ?

Nous venons de souligner qu'une mesure nationale fondée sur une exigence impérative ne peut, selon une jurisprudence bien établie, échapper à la qualification de MEERQ qu'en l'absence de discrimination.<sup>912</sup> Toutefois, plusieurs arrêts semblent, sur ce point, marquer une évolution de la jurisprudence.

---

<sup>909</sup> *Ibid*, points 30 à 37.

<sup>910</sup> Arrêt du 9 juillet 1992, « Commission des Communautés européennes contre Royaume de Belgique », affaire C-2/90, Rec. 1992, p. I-4431.

<sup>911</sup> Arrêt du 13 mars 2001, « PreussenElektra », affaire C-379/98, Rec. 2001, p. I-5107.

<sup>912</sup> Voir les arrêts du 26 novembre 1985, « Procédure pénale contre Miro BV », affaire 182/84, Rec.1985 p. 3731 ; du 21 mars 1991, « Procédure pénale contre Jean Monteil et Daniel Samanni », affaire C-60/89, Rec. I-1547, point 39 ; du 25 juillet 1991, « Aragonesa de publicidad exterior », affaire C-1/90, Rec. 1991, p.I-4151, point 13 : « ...*les dispositions de l'article 36 sont également applicables lorsque la mesure contestée ne concerne que les importations alors qu'il ne peut, selon la jurisprudence de la Cour, être question d'exigence impérative, pour l'interprétation de l'article 30 que si cette mesure concerne indistinctement les produits nationaux et les produits importés...* », point 13 ; du 3 juin 1999, « Colim NV contre Bigg's Continent Noord NV », affaire C-33/97, Rec. 1999, p. I-3175, point 43.

Ainsi dans l'arrêt « Déchets Wallons », la Cour juge fondées, des mesures restrictives visant l'introduction en Wallonie de déchets dangereux provenant d'un autre Etat membre ou d'une autre région belge. Plus précisément, un recours en constatation de manquement est intenté contre la Belgique en raison d'une réglementation interdisant le dépôt, l'entreposage et le déversement dans la région wallonne des déchets ayant une origine autre que la Wallonie. L'administration nationale fait notamment valoir l'exigence impérative de protection de l'environnement pour justifier l'interdiction en cause. A l'inverse et dans son souci de limiter les dérogations au principe de libre circulation des marchandises, la Commission rappelle la nature différente des motifs listés dans l'article 36, d'une part, et les exigences impératives, d'autre part, en ce que ces dernières ne peuvent être invoquées que pour justifier des mesures indistinctement applicables aux produits nationaux et importés. Dans ses conclusions, l'Avocat général Jacobs reste fidèle à cette interprétation.

Cependant, la Cour s'appuie sur le principe de la correction par priorité à la source des atteintes à l'environnement, pour justifier les entraves apportées à la circulation des déchets, tout en écartant le risque d'une remise en cause de sa théorie des exigences impératives. Elle conforte également son point de vue par référence à la Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontaliers des déchets dangereux. La Cour explique sa position en corrélant le caractère prétendument non discriminatoire de la mesure nationale avec la nature particulière des déchets dangereux. Certains ont pu y voir une fâcheuse confusion des genres.<sup>913</sup>

Malgré les critiques essuyées à propos de l'affaire « Déchets wallons », la Cour persiste et signe dans l'affaire « Preussen Elektra »<sup>914</sup> dans laquelle, le juge communautaire est sollicité par le tribunal national, afin de déterminer la conformité avec le principe de libre circulation des marchandises, d'une réglementation telle que la législation allemande obligeant les exploitants de réseaux allemands à acheter l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables dans leur zone d'approvisionnement. La première phase du raisonnement de la Cour est assez classique. Après avoir rappelé la jurisprudence « Dassonville », elle constate qu'une obligation de s'approvisionner auprès d'un fournisseur national limite les possibilités

---

<sup>913</sup> Voir Fabrice Picod, « Protection de l'environnement et libre circulation des marchandises » – Colloque d'Angers, 1997, La documentation française, page 418. Voir également la critique formulée par l'avocat général Jacobs dans L'arrêt du 13 mars 2001, « Preussen Elektra et Schleswag AG », (affaire « C-379/98 », Rec.2001, p. I-2009), lorsqu'il qualifie d'erroné, le raisonnement suivi par la Cour dans l'affaire « Déchets Wallons », (point 225).

<sup>914</sup> Arrêt du 13 mars 2001, « Preussen Elektra et Schleswag AG », affaire « C-379/98 », Rec.2001, p. I-2009.

d'approvisionnement auprès d'opérateurs situés dans d'autres États membres,<sup>915</sup> et de ce fait est susceptible d'entraver au moins potentiellement le commerce intracommunautaire.<sup>916</sup> La Cour se penche alors sur la justification de la mesure dans l'intérêt de la protection de l'environnement promue au rang des objectifs prioritaires de la Communauté,<sup>917</sup> tandis que la référence aux objectifs de l'article 36 (dans lequel ne figure pas la protection de l'environnement) semble l'être à titre accessoire. En conclusion de son raisonnement, la Cour dit pour droit que la réglementation litigieuse n'est pas incompatible avec l'article 30 du traité.

Ainsi la Cour semble ne pas distinguer les conditions d'applications de la règle de raison tirée de l'arrêt « Cassis de Dijon » et celles qui autorisent la dérogation au titre de l'article 36 du traité. Il convient en effet de souligner que la mesure nationale objet du litige est formellement discriminatoire, puisque l'obligation d'approvisionnement en électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables, ne vaut que pour l'électricité produite dans la zone d'approvisionnement de chaque entreprise. Pour autant, la justification de la mesure repose essentiellement sur l'exigence impérative de protection de l'environnement clairement visée par la réglementation allemande (celle-ci contribue à la réduction des émissions de gaz à effet de serre conformément aux engagements de l'UE et des États membres).

L'originalité de l'arrêt provient de l'importance donnée aux particularités du marché de l'électricité<sup>918</sup> et plus précisément à la nature du produit rendant difficile la détermination de son origine.<sup>919</sup> En conséquence l'exigence d'approvisionnement local permettrait de s'assurer que la source d'énergie est effectivement renouvelable et répond aux exigences de la loi allemande. Ainsi on pourrait conclure à partir du raisonnement de la Cour et dans la lignée de l'arrêt « Déchets Wallons » à une forme d'occultation du caractère discriminatoire, justifiée par la nature du produit. En conséquence, l'exception liée à la protection de l'environnement voit son champ d'application élargi à des dimensions comparables à celles en principes réservées aux motifs de dérogation prévus par l'article 36 TFUE.

---

<sup>915</sup> Voir en ce sens les arrêts du 10 juillet 1984, « Campus Oil », affaire 72/83, Rec. 1984, p.2727, point 16 ; du 20 mars 1990, « Du Pont de Nemours Italiana », affaire C-2188, Rec. 1990, p. I-889, point 11.

<sup>916</sup> Arrêt du 13 mars 2001, « Preussen Elektra et Schleswig AG », affaire « C-379/98 », Rec.2001, p. I-2009, point 71.

<sup>917</sup> *Ibid*, point 74.

<sup>918</sup> *Ibid*, point 72.

<sup>919</sup> *Ibid*, point 79.

Une telle évolution de la jurisprudence semble encouragée par une certaine doctrine qui évoque les difficultés de la Cour à maintenir la séparation entre les deux catégories de justification des entraves (liste de l'article 36, d'une part, exigences impératives, d'autre part,) lorsqu'il s'agit d'apprécier des réglementations environnementales ayant un caractère discriminatoire. Cela permettrait d'éviter les ambiguïtés liées à l'affaires « Déchets wallons », dans laquelle elle a, comme nous l'avons souligné, qualifié la mesure d'indistinctement applicable, et à l'arrêt « Preussen Elektra » dans lequel elle n'apporte aucune explication permettant de justifier, sur la base de l'exigence de protection de l'environnement, une mesure discriminatoire. Aussi prône-t-elle dans un but de simplification, l'extension de la règle de raison tirée de la jurisprudence « Cassis de Dijon » aux mesures discriminatoires.<sup>920</sup> La sécurité juridique serait également mieux assurée.<sup>921</sup> En outre, les conséquences pratiques d'une telle évolution de principe ne seraient pas significatives, si l'on en juge par la rareté des cas dans lesquels la jurisprudence s'est montrée favorable à la justification des réglementations nationales restrictives, qu'elles soient discriminatoires ou indistinctement applicables.

Ajoutons que si l'on devait considérer l'arrêt « Preussen Elektra » comme une application de la jurisprudence « déchets wallons » conformément à l'opinion de la Commission, on ne peut rester insensible à la thèse de l'avocat général Jacobs, favorable sur le fond à ce que des mesures de protection de l'environnement directement discriminatoires puissent être justifiées, mais sans pour autant adhérer au raisonnement qui consiste à confondre le caractère discriminatoire d'une mesure et sa justification. Il conviendrait plutôt, selon l'Avocat général, de respecter la fonction particulière de l'observation du caractère discriminatoire ou non d'une mesure ainsi que la chronologie dans l'analyse. La question de la discrimination devrait en effet « *trouver une réponse préliminaire et neutre* ». <sup>922</sup>

Le raisonnement suivi par la Cour dans l'arrêt en manquement relatif à l'interdiction faite aux camions d'un certain tonnage de circuler sur un tronçon d'une autoroute dans la vallée de

---

<sup>920</sup> Voir Paul Demaret, « Mondialisation et accès au marché – L'accès au marché des services réglementés : la libéralisation du commerce des services dans le cadre du Traité CE. Revue internationale de droit économique.2002/2-3 (t. XVI), p. 276.

<sup>921</sup> Voir l'opinion de l'avocat général Jacobs dans l'arrêt du 13 mars 2001, « Preussen Elektra et Schleswig AG », affaire C-379/98, Rec.2001, p. I-2009.

<sup>922</sup> Arrêt du 9 juillet 1992, « Commission des Communautés européennes contre Royaume de Belgique », affaire C-2/90, Rec. 1992, p. I-4431, point 225.

l’Inn en Autriche,<sup>923</sup> rappelle la confusion des genres évoquée à propos de l’arrêt « Déchets Wallons ». Au stade de l’examen de la proportionnalité de la mesure d’interdiction sectorielle de circulation imposée par l’Autriche, la Cour s’interroge sur le caractère discriminatoire de la mesure. Lors de cet exercice, elle met en balance, d’une part, l’exclusion du trafic local et régional du champ d’application de l’interdiction, avec les conséquences qu’aurait pour l’environnement l’obligation de recourir au transport ferroviaire pour ce type de trafic, d’autre part. En conséquence, un traitement différencié de situations différentes (le trafic local, d’une part, et le trafic international, d’autre part,) ne serait pas constitutif de discrimination.

Nous avons souligné dans la première partie de notre thèse, les entorses récentes à la jurisprudence classique et qui entretiennent le doute sur sa pérennité. Les chemins sinueux empruntés par la CJCE ont généré des critiques soulignant les difficultés de la Cour à maintenir la séparation entre les deux catégories de justification des mesures restrictives des échanges. L’insécurité juridique résultant de tels atermoiements justifierait selon nous, un alignement des conditions d’application des causes de justification fondées sur les exigences impératives et de celles tirées de l’article 36 TFUE.<sup>924</sup>

Toutefois, nous proposons ci-après deux autres lectures possibles de plusieurs arrêts critiqués, fondées sur une analyse particulière de la discrimination et qui auraient contribué à une perception plus cohérente de la jurisprudence.

b- Une jurisprudence cohérente conditionnée par une autre perception de la notion de la discrimination

Une première option demeure possible mais elle suppose de la part du juge communautaire, une évolution dans sa conception du marché géographique tel qu’il sert à apprécier le caractère discriminatoire des réglementations nationales. En effet, concernant l’affaire « Déchets wallons » nous observons que la réglementation mise en cause, pénalise à la fois les importations en provenance des autres États membres mais également les mouvements de déchets en provenance des autres régions que la Wallonie et notamment de la Flandre belge. Il n’y a donc pas à proprement parler de discrimination visant formellement ou même

---

<sup>923</sup> Arrêt 21 décembre 2011, « Commission des Communautés européennes contre République d’Autriche », affaire C-28/09, Rec. 2011, p. I-13525 (précité).

<sup>924</sup> Demaret Paul, « L’accès au marché des services réglementés : la libéralisation du commerce des services dans le cadre du traité CE », Revue internationale de droit économique, 2002/2-3 (t. XVI), p. 276.

matériellement les déchets étrangers. Pareille thèse aurait permis à la Cour d'éviter un cheminement tortueux et peu convaincant, afin de permettre la réhabilitation au nom de la protection de l'environnement, d'une mesure que nous estimons parfaitement justifiée à d'autres égards. Cette conception du marché sera à nouveau au centre de notre réflexion pour apprécier la jurisprudence « Keck et Mithouard », celle-ci étant limitée par une interprétation critiquable de la notion de discrimination.

Une seconde option est ouverte, mais qui nécessite en premier lieu, la détermination d'un critère d'équivalence des marchandises permettant de justifier une égalité de traitement. En effet, le principe de non discrimination qui serait exclusivement basé sur la nationalité correspondrait à un postulat contestable, selon lequel les biens nationaux et importés seraient identiques et comme tels, devraient bénéficier d'une égalité de traitement. En l'occurrence, la Cour choisit de comparer des produits non pas identiques selon la conception économique, c'est à dire en raison de leur appartenance au même marché, mais en fonction des réglementations qui leur sont applicables. Elle décide de se focaliser sur les buts visés par l'autorité réglementaire des États membres concernés. Autrement dit, des produits importés respectant les intérêts protégés par la réglementation de l'État membre d'importation devraient bénéficier du même traitement que les produits nationaux. Il semble que c'est précisément la démarche suivie par la Cour de Justice dans l'affaire « Déchets wallons » pour arriver à la conclusion que les déchets importés ne sont pas identiques aux déchets produits sur le territoire national ou même régional et ne requièrent donc pas une égalité de traitement. Cette analyse fondée sur la comparaison des objectifs visés par les autorités nationales respectives des États membres, conduit à la conclusion de l'absence de discrimination alors qu'une approche fondée sur des critères purement économiques en aurait révélé la présence.<sup>925</sup>

Un tel raisonnement contribuerait à une meilleure lisibilité de la jurisprudence de la Cour dans des affaires, qui à défaut, risquent de compromettre la sécurité juridique à laquelle les sujets du droit communautaire doivent pouvoir prétendre. A moins de choisir une autre voie telle que la dessine l'Avocat Général Jacobs dans ses conclusions dans l'affaire « Preussen Elektra » que nous venons de commenter, et qui confirme une possible évolution vers un

---

<sup>925</sup> Voir Daniel Wilsher – « Does Keck discrimination make any sense? An assessment of the non-discrimination principle within the European Single Market » EL Review, February 2008.



certain déclin de la distinction entre les motifs de l'article 36 TFUE et les exigences impératives d'origine jurisprudentielle.

Il semble que cette évolution ne se cantonne pas aux affaires où l'environnement constitue un enjeu. Ainsi à propos de l'affaire « Libro », <sup>926</sup> l'avocat général Verica Trstenjak rappelle la position classique de la Cour en la matière, en soulignant que les raisons impérieuses d'intérêt général au sens de l'arrêt « Cassis de Dijon », ne peuvent justifier que des mesures indistinctement applicables. <sup>927</sup> Quant à la Cour, elle déclare, malgré le constat du caractère discriminatoire de la réglementation litigieuse, qu'en interdisant aux importateurs autrichiens de livres en langue allemande, de fixer un prix inférieur au prix de vente au public fixé ou conseillé par l'éditeur pour l'Etat d'édition, la réglementation autrichienne prévoit un traitement moins favorable pour les livres importés. Cette discrimination se vérifie dans la mesure où l'interdiction en cause empêche les importateurs autrichiens et les éditeurs étrangers de fixer les prix minimaux au détail selon les caractéristiques du marché d'importation, alors que les éditeurs autrichiens sont libres de fixer eux mêmes pour leurs produits de tels prix planchers pour la vente au détail dans le marché national. <sup>928</sup> Elle ajoute que la réglementation en cause risque d'avoir pour effet de restreindre la capacité concurrentielle des importateurs autrichiens face aux éditeurs autrichiens. <sup>929</sup> La Cour examine alors sous l'angle de la proportionnalité, si la protection du livre en tant que bien culturel peut être considérée comme une exigence impérative. Doit-on conclure qu'en la matière, le caractère discriminatoire ne constitue plus une barrière pour qu'une réglementation nationale échappe à la qualification de MEERQ ?

Une telle jurisprudence empreinte d'ambiguïté, conduit la doctrine à s'interroger sur l'honnêteté intellectuelle du juge communautaire. Pour certains commentateurs en effet, les écarts constatés avec la jurisprudence classique ne sont pas nécessairement synonymes de revirement. Le principe de la distinction entre les deux sources de justification des MEERQ serait maintenu. Lorsque la Cour reconnaît le bien fondé d'une mesure nationale restrictive des échanges et distinctement applicable aux produits nationaux et aux produits importés sur la base d'une exigence impérative, elle n'en reconnaîtrait pas toujours formellement le

---

<sup>926</sup> Arrêt du 30 avril 2009, « Libro », affaire C-531/07, Rec. 2009, p. I-2009, p. 3717.

<sup>927</sup> *Ibid*, point 104.

<sup>928</sup> *Ibid*, point 21.

<sup>929</sup> *Ibid*, point 24.

caractère discriminatoire.<sup>930</sup> Le cas échéant, la Cour peut utiliser des termes moins « violents », des euphémismes pour qualifier les mesures de discriminatoires, comme si elle refusait d'admettre une remise en cause de sa jurisprudence antérieure. Sur cette question, la Cour a été sévèrement jugée par la doctrine, estimant regrettable que la Cour n'ait pas eu « *le courage* » d'y renoncer.<sup>931</sup>

Nous avons dans ce paragraphe souligné ce qui apparaît dans la jurisprudence relative aux MEERQ à l'importation comme des incohérences malgré les analyses explicatives développées par la Cour de justice. Or, nous constatons qu'il est tout aussi difficile de se faire une opinion définitive sur la signification et la portée de la jurisprudence relative aux MEERQ à l'exportation.

B- L'arrêt « Gysbrechts » :<sup>932</sup> Evolution de la théorie des exigences impératives ou indice d'une nouvelle définition jurisprudentielle des MEERQ à l'exportation ?

Les prochains développements illustrent la confusion générée par la jurisprudence relative aux MEERQ à l'exportation (1), ce qui nous amène à constater les incertitudes émanant de la jurisprudence « Gysbrechts » (2).

#### 1- Les soubresauts de la jurisprudence relative à la définition des MEERQ à l'exportation

Notre raisonnement fondé sur l'analyse de l'arrêt « Gysbrechts » exige un rappel de l'évolution jurisprudentielle relative à l'interprétation de l'article 35 du TFUE (article 29 du traité CE).

Il convient tout d'abord de relever que la lecture des articles 34 et 35 du TFUE révèle une synchronisation parfaite dans les énoncés. A cet égard, soulignons également que le texte du projet avorté de « *Constitution pour l'Europe* » réunissait ces deux articles en une seule disposition ainsi rédigée : « *Les restrictions quantitatives tant à l'importation qu'à*

---

<sup>930</sup> Anne-Lise Sibony et Alexandre Defossez, « Marché intérieur marchandises, capitaux, établissement, services », 1<sup>er</sup> janvier 2009-31 décembre 2009, RTD eur ; 46, janv.-mars 2010, p. 143.

<sup>931</sup> « *It is a pity that the Court has not yet shown the courage to disown its earlier approach expressly, as this would undoubtedly be in the interests of legal certainty* ». Malcom Jarvis, « The application of EC law by national courts- The free movement of goods », Clarendon Press – Oxford 1998.

<sup>932</sup> Arrêt du 16 décembre 2008, « Gysbrecht et Santurel », affaire 205/07, Rec. 2008, p. I-9947.

*l'exportation, ainsi que toute mesure d'effet équivalent, sont interdites entre les États membres ».*

Cependant, la Cour de justice a interprété différemment ces deux dispositions à la suite d'une évolution dont on s'interroge aujourd'hui sur l'issue.<sup>933</sup>

Rappelons qu'un premier courant jurisprudentiel a fait le choix d'une interprétation unitaire des deux articles,<sup>934</sup> conformément à la lettre du traité puisque la lecture des articles 34 et 35 du TFUE ne révèle aucune différence.

A partir de l'arrêt « Groenveld »,<sup>935</sup> la Cour choisit toutefois d'emprunter une nouvelle voie distinguant clairement leurs champs d'application respectifs. Dans cette affaire, la Cour est interrogée sur la compatibilité avec le droit communautaire d'une réglementation néerlandaise interdisant à tout fabricant de charcuterie de détenir en stock et de transformer de la viande chevaline, afin de sauvegarder la réputation de la production nationale de charcuterie sur certains marchés d'exportation réticents à la consommation de viande chevaline.<sup>936</sup> La question est posée à l'occasion d'un recours intenté par un négociant de viande de cheval, contre le refus par les autorités nationales de l'exempter de l'interdiction d'étendre ses activités à la fabrication de saucissons à base de viande de cheval.

L'interprétation de l'article 29 TCE (article 35 TFUE) conduit la Cour sur une autre voie que celle que lui suggérerait l'avocat général Capotorti, favorable à une application des jurisprudences « Dassonville » et « Cassis de Dijon ». Pour ce dernier, la nécessité de satisfaire à des exigences impératives comme la loyauté des transactions ou la protection du consommateur et, par conséquent, la réputation de la viande hollandaise en général, pouvait être satisfaite par un étiquetage indiquant la présence de viande chevaline.

Pour la première fois, le juge communautaire décide par principe de limiter la portée de l'interdiction issue de l'article 29 (article 35 TFUE) aux « *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 État membre et son commerce*

---

<sup>933</sup> Alexandre Defossez: « L'histoire d'une divergence et d'une possible réconciliation », Cahier de Droit Européen, Bruylant, 2009, p. 409 à 461.

<sup>934</sup> Arrêts du 12 juillet 1973, « Geddo », affaire 2/73, Rec. 1973, p. 865, point 7 ; du 3 février 1977, « Bouhelier » affaire 53/76, Rec. 1977, p. 197, point 16 ; du 18 mai 1977, « Van den Hazel », affaire 111/76, Rec. 1977, p. 901.

<sup>935</sup> Arrêt du 8 novembre 1979, « Groenveld », affaire 15/79, Rec. 1979, p. 3409.

<sup>936</sup> *Ibid*, point 8.

*d'exportation de manière à assurer un avantage particulier à la production nationale ou au marché intérieur de l'État intéressé au détriment du commerce d'autres États membres* ». <sup>937</sup>

Ainsi les mesures restrictives des échanges intracommunautaires qui affectent de la même manière les produits nationaux, quelle que soit leur marché de destination, ne sont pas considérées comme des MEERQ à l'exportation au sens de l'article 35 TFUE. Le cas échéant, il est en effet nul besoin pour les États membres de les justifier sur le fondement d'une exigence impérative ou sur la base de l'article 36 TFUE. <sup>938</sup>

Dans l'affaire citée, la Cour introduit dès la première étape de son raisonnement le critère de la discrimination qui en l'occurrence fait défaut, dans la mesure où la même prohibition s'applique de la même manière à la production industrielle commercialisée sur le territoire national. <sup>939</sup> Ce raisonnement conduit la Cour à constater la compatibilité avec l'article 29 du traité (article 35 TFUE) des dispositions soumises à son appréciation.

La portée de cette affaire mérite d'être précisée sur plusieurs points relatifs à la notion de discrimination et au caractère intentionnel des mesures litigieuses.

Concernant le premier point, la Cour a jugé certaines réglementations indistinctement applicables contraires au traité en raison de leur seul effet discriminatoire. <sup>940</sup>

Quant au second point, la signification de la seconde partie de la définition des MEERQ à l'exportation pose également question. L'expression : « *de manière à assurer un avantage particulier à la production nationale ou au marché intérieur de l'État intéressé au détriment du commerce d'autres États membres* », induit-elle au delà de la discrimination, une volonté protectionniste ?

---

<sup>937</sup> *Ibid*, point 7.

Voir également l'arrêt du 25 mai 2003, « Ravil SARL contre Bellon import SARL et Biraghi SpA », affaire C-469/00, Rec. p. I-5053, point 40.

<sup>938</sup> Au contraire, en vertu de la jurisprudence « Cassis de Dijon », les mesures indistinctement applicables aux produits nationaux et importés peuvent tomber sous le coup des règles relatives à la libre circulation des marchandises.

<sup>939</sup> En revanche, la réglementation hollandaise autorise la vente au détail de charcuterie chevaline par les boucheries, mais cette tolérance appliquée au niveau du commerce local n'entame en rien aux yeux de la Cour, la prohibition de principe relative à la fabrication industrielle et par conséquent de l'identité de régime, quelle que soit la destination du produit (point 8).

<sup>940</sup> Arrêt du 4 juin 1992, « Delhaize », affaire C-47/90, Rec. p. I-3669, concernant l'obligation d'embouteillage du vin dans la région de production (points 12 à 14). Voir également l'arrêt du 16 mai 2000, « Belgique contre Espagne », affaire C-388/95, Rec. p. I-3123, dans lequel la Cour a jugé que la condition posée par la réglementation espagnole d'embouteillage du vin dans la région de production pour obtenir la « *denominacion de origen calificada* » *Rioja*, a 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 au sens de l'article 34 du traité (point 41).

Quelle que soit la réponse à apporter à cette question, la CJCE justifie une telle distinction par des arguments dont la pertinence semble reposer sur une certaine logique. En effet, on associe aisément le mot protectionnisme à la volonté délibérée des États membres de se protéger contre les importations, hypothèse souvent confirmée dans les relations intracommunautaires. Quant aux exportations, les États membres sont plutôt enclins, sauf exceptions, à les encourager.<sup>941</sup> On peut donc naturellement comprendre que la Cour fournisse aux autorités nationales un arsenal potentiellement plus répressif contre les risques d'entrave à l'importation.<sup>942</sup>

Ajoutons encore qu'une définition des MEERQ à l'exportation qui engloberait toutes les mesures restrictives des échanges, indépendamment de quelconques effets discriminatoires, pourrait s'appliquer à des réglementations relatives à la production et sans rapport avec le commerce intracommunautaire.<sup>943</sup> Pour éviter ce risque dans l'affaire « Oebel »,<sup>944</sup> le juge communautaire se réfère expressément à l'arrêt « Groenveld » pour juger qu'une réglementation allemande interdisant la fabrication de produits de boulangerie avant quatre heures du matin, n'entre pas dans le champ de l'interdiction de l'article 29 (article 35 du TFUE).<sup>945</sup>

Enfin, d'autres explications sont apportées par la doctrine. L'une d'entre elles est fondée sur l'idée qu'à priori de telles réglementations ne pénalisent nullement les produits vendus sur le territoire des autres États membres par rapport à ceux qui sont destinés au territoire national. Ainsi, les réglementations relatives à la production s'appliquent de la même manière aux produits indépendamment de leurs destinations. On ne conçoit pas en effet que des réglementations régissant la production nationale, puisse générer des coûts différents en

---

<sup>941</sup> Voir l'arrêt du 16 mars 1977, « Commission contre République française », affaire 68/76, Rec. 1977, p. 515, dans lequel la France a été condamnée pour avoir subordonné les exportations de pommes de terre vers les autres États membres à la présentation d'une déclaration pouvant être assimilée à une licence d'exportation. La réglementation française avait été introduite dans un contexte de diminution sensible de la production de pommes de terre dans le nord de l'Europe.

La doctrine soutient « qu'il est finalement extrêmement rare qu'un État membre ait l'intention d'introduire une interdiction ou une restriction à l'exportation si bien qu'une définition très large de la notion de MEERQ ne s'impose pas lors de l'application de l'article 29 du traité » (voir Claire Vial, « Protection de l'environnement et libre circulation des marchandises », Collection droit de l'environnement, Bruylant, 2000, p. 125. Voir également : Joël Molinier et Nathalie De Grove-Valdeyron, « Droit du marché intérieur » 3<sup>ème</sup> édition, collection Systèmes, LGDJ, p. 64.

<sup>942</sup> Cependant, la Cour n'applique guère sa jurisprudence « Groenveld » au secteur des services. Voir l'arrêt du 10 mai 1995, « Alpine Investments contre Minister Van Financiën », affaire C-384/93, Rec. 1995, p. I-1141.

<sup>943</sup> Peter Oliver, « Some further reflections on the scope of articles 28-30 (ex 30-36)EC, Common Market Law Review » 1999, p. 800.

<sup>944</sup> Arrêt du 14 juillet 1981, « Oebel », affaire 155/80, Rec. 1981, p. 1993.

<sup>945</sup> *Ibid*, points 12 à 16.

fonction de leur destination géographique.<sup>946</sup> Par opposition, le champ d'application de l'article 34 du TFUE est logiquement plus étendu, dans la mesure où les mesures nationales non discriminatoires imposées par le pays d'importation, sont susceptibles de venir en cumul de celles qui sont exigées par l'État membre de l'exportateur.

Une ultime explication doctrinale de ce dualisme, réside dans l'influence alléguée de la jurisprudence américaine qui distinguerait clairement entre les mesures qui n'affectent qu'incidemment le commerce inter étatique et les mesures qui visent clairement cet objectif.<sup>947</sup>

En dépit de ces explications, la fidélité de la Cour à la jurisprudence « Groenveld » se révèle imparfaite. Elle s'en écarte à des degrés divers dans d'autres affaires telle que l'arrêt préjudiciel « Van Luipe »<sup>948</sup> concernant notamment la compatibilité avec l'article 34 du traité, de la réglementation hollandaise imposant l'affiliation des exportateurs de fruits et légumes néerlandais à un organisme de droit privé. La formule employée par la Cour de justice semble confondre les deux articles : « *Les articles 30 et 34 du traité ... font partie intégrante des organisations communes de marché dans le secteur agricole. Ces organisations sont dès lors, ... fondées sur la liberté des transactions commerciales et s'opposent à toute réglementation nationale susceptible d'entraver le commerce intracommunautaire* ». <sup>949</sup>

Selon la doctrine, pareils écarts avec la jurisprudence classique serait fréquents en matière agricole et de liberté de transit.<sup>950</sup> Cependant, en dehors de ces deux domaines particuliers, le test « Groenveld » aurait été totalement ou partiellement repris par la Cour, selon que la troisième condition <sup>951</sup> est formellement exigée ou non.<sup>952</sup> Plus récemment toutefois, l'affaire

---

<sup>946</sup> Voir Paul Demaret, « Mondialisation et accès aux marchés - L'accès au marché des services réglementés : la libéralisation du commerce des services dans le cadre du Traité CE », *Revue internationale de droit économique*, T. XVI, 2002, 2-3, p.270.

<sup>947</sup> The ECJ attitude is « *strongly influenced by the American Case law with its clear distinction between measures which only incidentally affect inter-State trade and measures which are clearly designed to affect it* » (Gormley, "Prohibiting Restrictions on Trade Within the EEC", 107).

<sup>948</sup> Arrêt du 3 février 1983, « Van Luipe », affaire 29/82, Rec. 1983, p. 151.

<sup>949</sup> *Ibid*, point 8.

<sup>950</sup> Voir Defossez Alexandre : « L'histoire d'une divergence et d'une possible réconciliation », *Cahier de Droit Européen*, Bruylant, 2009, page 426. Voir également les arrêts du 29 novembre 1978, « Pigs and Marketing Board », affaire 83/78, Rec. 1978, p. 2347 ; du 15 avril 1997, « Milch-Kontor », affaire C-272/95, Rec. 1997, p. I-1905, points 23 et 24 ; du 15 novembre 2005, « Commission contre Autriche », affaire C-320/03, Rec. 2005, p. I- 9871.

<sup>951</sup> Condition selon laquelle la mesure litigieuse produit des effets « *au détriment du commerce ou de la production d'autres États membres* ».

<sup>952</sup> Voir à titre d'exemples les arrêts du 10 mars 1983, « Inter-Huiles », affaire 172/82, Rec. 1983, p. 555 ; du 7 février 1985, « ADBHU », affaire 240/83, Rec. 1985, p. 531 ; du 6 octobre 1987, « Nextsvoederfabrik Nederland », affaire 118/86, Rec. 1987, p. 3883, point 11 ; du 25 juin 1998, « Dusseldorp », affaire C-203/96 Rec. 1998, p. I-4075, point 42.

« Gysbrechts »<sup>953</sup> est venu semer le trouble dans les esprits, au point de provoquer des incertitudes sur la définition qu'il convient de retenir des MEERQ à l'exportation.

## 2- Les incertitudes générées par la jurisprudence « Gysbrechts »

La question de la fidélité de la Cour à sa jurisprudence « Groenveld », qui a donné lieu à des réponses plus ou moins catégoriques chez les commentateurs,<sup>954</sup> se trouve à nouveau au cœur d'analyses contradictoires au sein même de la Cour de Justice, révélant ainsi l'opposition entre, d'une part, les juges et, d'autre part, l'Avocat général Madame Trstejka Verica dont les conclusions relatives à l'affaire « Gysbrechts »<sup>955</sup> visent clairement à faire évoluer la jurisprudence « Groenveld ».

Rappelons la nature du litige ayant conduit à la question préjudicielle. La société belge Santurel dont le gérant est M. Gysbrechts, est spécialisée dans la vente, principalement par le biais de son site internet, de suppléments alimentaires. A la suite d'une plainte déposée par un client français, Santurel et M. Gysbrechts sont poursuivis pour violation de la loi belge sur la protection du consommateur relative à la vente à distance. La juridiction nationale interroge la Cour, notamment sur le point de savoir si l'article 29 (article 35 du TFUE) s'oppose à une disposition nationale qui interdit au fournisseur d'exiger un acompte ou un paiement quelconque de la part du consommateur avant l'expiration du délai de rétractation. La Cour de justice élargit la portée de la question au point de déterminer si le traité s'oppose également à l'interprétation que les autorités belges font de la réglementation litigieuse, à savoir que les fournisseurs ne sont pas davantage autorisés d'exiger des consommateurs le numéro de leur carte bancaire, alors même qu'ils s'engagent à ne pas l'utiliser avant l'expiration du délai de rétractation.<sup>956</sup>

La Cour commence par rappeler la jurisprudence « Groenveld » selon laquelle sont qualifiées de MEERQ, 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

---

<sup>953</sup> Arrêt du 16 décembre 2008, « Gysbrechts et Santurel », affaire 205/07, Rec. 2008, p. I-9947.

<sup>954</sup> A. Dawes, chronique de jurisprudence, Revue du droit de l'Union européenne, 2009 n°1, pages 139 à 142.

<sup>955</sup> Arrêt du 16 décembre 2008, « Gysbrechts et Santurel », affaire 205/07, Rec. 2008, p. I-9947.

<sup>956</sup> *Ibid*, point 39.

un avantage particulier à la production nationale ou au marché intérieur de l'État intéressé.<sup>957</sup> Dans son appréciation des effets de la réglementation en cause, elle estime que l'interdiction d'exiger un paiement anticipé fragilise la position des opérateurs qui se privent ainsi d'une garantie de paiement dont l'importance est manifeste dans les ventes transfrontalières.<sup>958</sup> Elle en déduit que le caractère formellement non discriminatoire de la réglementation en cause ne saurait dissimuler une affectation matérielle plus importante des exportations par rapport au commerce purement national.<sup>959</sup> La conclusion provisoire de la Cour précédant l'examen des motifs de justification, réside dans le constat que tant l'interdiction imposée au fournisseur dans une vente à distance d'exiger un acompte ou un paiement avant l'expiration du délai légal de rétractation, que celle d'exiger des clients leur numéro de carte bancaire, alors même qu'il s'engage à ne pas l'utiliser avant l'expiration dudit délai, constituent des MEERQ à l'exportation.<sup>960</sup>

Concernant la question des conditions d'application de la règle de raison issue de l'affaire « Cassis de Dijon », force est de constater que la Cour examine la situation afin d'apprécier les possibilités d'exonération, notamment sous l'angle des exigences impératives et plus précisément celle de la protection des consommateurs. En l'occurrence, l'appréciation du principe de proportionnalité conduit la Cour, en accord avec son avocat général, à conclure à la nécessité de l'exigence d'un acompte ou d'un paiement quelconque avant l'expiration du délai de rétractation, tandis que la demande aux acheteurs de leur numéro de carte de paiement est jugée inappropriée et disproportionnée au regard du but légitime poursuivi.

Ce raisonnement conduit logiquement à la conclusion qu'une mesure nationale qui affecte davantage la sortie des produits du marché de l'État membre d'exportation que la commercialisation des produits sur le marché national dudit État membre, peut être réhabilitée sur le fondement d'une exigence impérative.

Cet arrêt de la Cour ne marque-t-il pas une évolution de sa jurisprudence ? En effet, à l'issue de la première étape de son raisonnement, la CJCE conclut à l'assimilation de la réglementation litigieuse à une MEERQ à l'exportation, malgré son caractère indistinctement

---

<sup>957</sup> *Ibid*, point 40.

<sup>958</sup> *Ibid*, points 41 et 42.

<sup>959</sup> *Ibid*, point 43.

<sup>960</sup> *Ibid*, point 44.



applicable. Bien qu'elle se réfère formellement à sa jurisprudence « Groenveld », <sup>961</sup> une parfaite adéquation du raisonnement de la Cour dans les deux affaires n'apparaît cependant pas de manière évidente. Certes, la Cour souligne que l'interdiction en cause a généralement des conséquences plus importantes dans les ventes à distance transfrontalières, <sup>962</sup> ce qui permet de mettre en avant une certaine continuité avec l'arrêt « Groenveld ». Cependant, la portée de l'arrêt demeure incertaine, ce que traduit la diversité des interprétations doctrinales.

Une première interprétation repose largement sur le constat selon lequel l'analyse de la Cour viserait à rechercher les effets restrictifs de la réglementation sur les exportations, avec pour conséquence qu'une réglementation indistinctement applicable aux produits destinés au marché national ou à l'exportation peuvent correspondre à des MEERQ. <sup>963</sup> Cette analyse traduit la conviction d'une refonte de la définition des MEERQ à l'exportation. <sup>964</sup>

Une autre interprétation consiste à étendre la portée de la première condition posée par l'arrêt « Groenveld » (l'objet ou l'effet restrictif spécifique sur les exportations) aux mesures indistinctement applicables, mais affectant davantage la sortie des produits du marché national que la vente sur le marché national. <sup>965</sup> En effet sous l'empire de la jurisprudence « Groenveld », la discrimination formelle était une condition d'application de l'article 29 TCE (article 35 TFUE). Le test de la discrimination de fait utilisé dans l'affaire « Gysbrechts » en élargit le spectre aux situations de discrimination matérielle, tout en augmentant les possibilités de réhabilitation dans la mesure où des exigences impératives pourront, sous certaines conditions et en l'absence de discrimination formelle, également justifier la réglementation en cause.

Sans prétendre à une juste estimation de la portée de l'arrêt « Gysbrechts », il nous apparaît que la référence aux exigences impératives comme justification d'une mesure nationale contraire à l'article 29 CE (article 35 TFUE) peut représenter l'une des clés de lecture possible de cette affaire. Dans sa jurisprudence antérieure relative à l'article 28 du traité

---

<sup>961</sup> *Ibid*, point 40.

Ainsi selon la Commission européenne, « l'approche globale » de la Cour serait ainsi maintenue (voir 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.

<sup>962</sup> Arrêt « Gysbrechts », point 42.

<sup>963</sup> A. Dawes, chronique de Jurisprudence, Revue du droit de l'Union Européenne 2009 n°1, pages 139 à 142.

<sup>964</sup> A. Rigaux, « Nouvelles définition des mesures d'effet équivalent à l'exportation », Europe, 2009, n°2, comm. 77

<sup>965</sup> Voir Defossez Alexandre : « L'histoire d'une divergence et d'une possible réconciliation », Cahier de Droit Européen, Bruylant, 2009, pages 449 et 450.

(article 34 TFUE) (marquée toutefois par plusieurs exceptions pouvant laisser présager une évolution), nous avons précédemment rappelé la position de la Cour, selon laquelle seules des mesures indistinctement applicables peuvent être justifiées par des exigences impératives. A s'en tenir à un tel postulat, il conviendrait de reconnaître une évolution de l'interprétation jurisprudentielle de l'article 29 CE (article 35 du TFUE) fondée sur le caractère discriminatoire de la mesure. En effet, dans l'affaire « Groenveld », la Cour précise qu'« une prohibition qui s'applique objectivement à la production de marchandises d'un certain type, sans faire de distinction selon que celles-ci sont destinées au marché national ou à l'exportation » ne remplit pas les conditions du « test Groenveld »<sup>966</sup>. Or il s'agit bien d'une caractéristique de la réglementation belge soumise à l'appréciation de la Cour dans l'affaire « Gysbrechts ». Cependant et bien que la jurisprudence « Groenveld » y soit formellement citée en référence,<sup>967</sup> la Cour arrive à la conclusion selon laquelle la réglementation nationale en cause constitue une MEERQ<sup>968</sup> en raison de la discrimination de fait qu'elle génère à l'encontre des exportations. Dans une deuxième étape, la Cour poursuit son raisonnement pour apprécier les possibilités d'exonération notamment sous l'angle des exigences impératives.

Selon une certaine doctrine, deux conclusions alternatives peuvent alors être tirées d'une telle démarche : ou bien, les réglementations discriminatoires peuvent dorénavant être justifiées par une exigence impérative au même titre que les motifs de dérogation de l'article 30 (article 36 TFUE),<sup>969</sup> ou alors la définition jurisprudentielle des MEERQ à l'exportation a évolué dans le sens où elle englobe dorénavant des mesures restrictives indistinctement applicables à tous les opérateurs sur le marché. Dans cette dernière hypothèse, la théorie des exigences impératives constituerait un indice sérieux de rapprochement des articles 28 et 29 du traité CE (articles 34 et 35 TFUE). Cette dernière interprétation, qui ne remet pas en question les conditions d'application de la théorie des exigences impératives, confirmerait la thèse d'une explication de l'arrêt « Déchets Wallons » par des circonstances exceptionnelles.

---

<sup>966</sup> Arrêt du 16 décembre 2008, « Gysbrecht et Santurel », affaire 205/07, Rec. 2008, p. I-9947, point 7

<sup>967</sup> *Ibid*, point 40.

<sup>968</sup> *Ibid*, point 44.

<sup>969</sup> Cette thèse est contestée par une doctrine, considérant qu'il s'agirait là d'un bouleversement considérable de la jurisprudence que ne traduit pas en l'occurrence la brièveté du raisonnement de la Cour. (Voir Anne –Lise Sibony et Alexandre Deffosse, « Marché intérieur (marchandises, capitaux, établissements, services) », RTD eur. 46 (1) janv.-mars 2010.

Il nous semble qu'une interprétation de l'arrêt « Gysbrechts », favorable au rapprochement des conditions d'application des articles 34 et 35 TFUE, selon la démonstration précitée ne tient pas. En effet, si une réglementation formellement discriminatoire ne peut être justifiée par une exigence impérative, pareille exigence peut être admise en cas de mesure dont le caractère discriminatoire ou protectionniste n'est pas délibérément recherché par l'Etat membre concerné.

Au final, il nous apparaît risqué de tirer des conclusions définitives sur le sens de l'arrêt « Gysbrecht », et par conséquent sur la réponse à apporter à la question de la pérennité de la jurisprudence « Groenveld ».

### **Conclusion de la section**

L'application de la théorie des exigences impératives nous a servi de terrain d'exploration pour illustrer le pragmatisme dont fait preuve la Cour de justice. Nous avons ainsi constaté que l'hortodoxie juridique peut être sacrifiée au nom du réalisme dont fait preuve la Cour tant en ce qui concerne le fondement juridique de la théorie des exigences impératives que son champ d'application.

Concernant le premier point, nous avons souligné que l'affirmation selon laquelle la théorie des exigences impératives serait fondée sur l'article 34 TFUE afin de ne pas élargir le champ restrictif de l'article 36 TFUE résiste difficilement à la critique. Dans cet esprit, nous avons également observé un certain nombre d'infidélités de la Cour avec la jurisprudence traditionnelle la conduisant au nom de l'efficacité, à confondre les régimes applicables respectivement aux exigences impératives et aux motifs de dérogation figurant à l'article 36 du TFUE.

Concernant le second point, la jurisprudence comme le droit primaire fournissent des clés de lecture permettant d'identifier certaines limites au champ d'application de la théorie des exigences impératives. Nous en avons déduit qu'une mesure dont l'effet restrictif sur les échanges présenterait un caractère non intentionnel, peut être réhabilitée au nom de la règle de raison. Nous nous sommes ensuite interrogés sur la signification et la portée des arrêts « Déchet wallons » et « Preussen Elektra » dans lesquels la Cour justifie des réglementations nationales restrictives des échanges au nom d'exigences impératives alors même que les

mesures concernées présentent un caractère discriminatoire. Non convaincus par l'argumentation développée par les juges de Luxembourg qui justifient cette entorse à l'orthodoxie par des circonstances particulières, nous avons proposé une alternative qui nous semble plus cohérente et qui aurait permis d'éviter de la part de ces derniers, une forme de déni de ses prises de position antérieures. En effet, s'il était souhaitable que la Cour de justice restât fidèle à la distinction entre les régimes relatifs à l'article 36 du traité, d'une part, et à celui des exigences impératives, d'autre part, (ce dont nous doutons), nous eûmes préféré une argumentation fondée sur une autre conception de la notion de discrimination et qui eût permis à la Cour d'éviter les artifices fondés sur la nature particulière des produits concernés, à savoir dans les deux affaires commentées, respectivement les déchets et l'électricité. Nous avons également souligné l'ambiguïté générée par l'affaire « Gysbrecht » qui ne permet pas de conclure définitivement à une rupture avec la jurisprudence antérieure.

Le même constat d'incertitude voire d'instabilité caractérise la jurisprudence « Keck et Mithouard » illustrant ainsi la réactivité de la Cour de justice.

## **Section 2- La réactivité de la CJCE/CJUE illustrée par la définition nouvelle et évolutive des entraves aux échanges résultant de la jurisprudence « Keck et Mithouard »**

Le revirement de jurisprudence résultant de l'arrêt « Keck et Mithouard »<sup>970</sup> a suscité de nombreuses réactions souvent critiques, en raison principalement de la confusion liée aux difficultés de son application, d'une part, et de l'affaiblissement de l'emprise des règles du marché intérieur qu'elle générerait, d'autre part.<sup>971</sup> Avant d'apporter notre propre commentaire, il est utile d'apprécier la manière dont la Cour justifie sa décision (*I*) à la lumière de son évolution (*II*).

---

<sup>970</sup> Arrêt du 24 novembre 1993, « Keck et Mithouard », affaires jointes C-276/91 et C-268/91, Rec., p. I-6097.

<sup>971</sup> Voir F. Picod : « La nouvelle approche de la Cour de Justice en matière d'entraves aux échanges », Revue Trimestrielle de droit européen, n°2 Avril – Juin 1998, p.169 ; A Mattera : « De l'arrêt Dassonville à l'arrêt Keck et Mithouard, l'obscurité d'une jurisprudence riche en principes novateurs et en contradictions », Revue du Marché unique Européen, n°1, 1994, p. 117. Pour une approche moins critique, voir R. Kovar : « Dassonville, Keck et les autres : de la mesure avant toute chose », Revue Trimestrielle de Droit européen, n°2 Avril – Juin 2006, p. 213 à 247.

## I- La définition nouvelle des entraves aux échanges : Le choix du pragmatisme face à l'opportunisme des opérateurs économiques

L'arrêt « Keck et Mithouard » marque une évolution de la jurisprudence relative à la définition des MEERQ, ou plus exactement de son contenu et de sa portée. En effet, la Cour reprend dans son principe la définition des MEERQ<sup>972</sup> telle qu'elle avait été présentée dans l'affaire « Dassonville »<sup>973</sup>. Ce n'est que dans la seconde partie de son raisonnement qu'elle en atténue la portée, en jugeant que les dispositions nationales qui limitent certaines modalités de vente, ne sont pas aptes à entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement le commerce intracommunautaire au sens de la jurisprudence « Dassonville », à condition toutefois de ne pas être discriminatoires vis à des opérateurs concernés ni quant à l'origine des produits visés. Dans cette hypothèse, l'accès au marché qui constitue « *l'élément déterminant* » ou encore le « *critère général suprême* »,<sup>974</sup> n'est ni empêché ni davantage gêné que celui des produits nationaux.

Cette évolution serait justifiée en raison d'une multiplication des comportements opportunistes et abusifs des opérateurs économiques.<sup>975</sup> En effet, la Cour constate que ces derniers invoquent de plus en plus l'article 28 (nouvel article 34 du TFUE) du traité pour contester toute espèce de réglementations limitant leur liberté commerciale. Pareille dérive pourrait entraîner une atteinte injustifiée aux compétences nationales en l'absence d'harmonisation. Elle estime donc qu'il convient de préciser sa jurisprudence. Ce changement de perspective est totalement assumé par la Cour si l'on en juge à partir des affirmations telles que : « *contrairement à ce qui a été jugé jusqu'ici* »,<sup>976</sup> ou encore « *La Cour estime nécessaire de réexaminer et de préciser sa jurisprudence en la matière* ». <sup>977</sup>

---

<sup>972</sup> Arrêt du 24 novembre 1993, « Keck et Mithouard », affaires jointes C-276/91 et C-268/91, Rec., p. I-6097, point 11.

<sup>973</sup> L'affaire « Dassonville » a été présentée et commentée en première partie de notre thèse.

<sup>974</sup> Voir les conclusions de l'Avocat Général Christine Stix-Hackl dans l'affaire C-322/01 « Deutscher Apothekerverband », point 74.

<sup>975</sup> Defossez Alexandre : « L'histoire d'une divergence et d'une possible réconciliation », Cahier de Droit Européen, Bruylant, 2009, p. 421.

Miguel Poiaras Maduro évoque le caractère de « *professional litigants* » de certains opérateurs économiques tels que les sociétés Leclerc ou GB –Inno, ou enfin Denkavit, requérants à 21 reprises dans des affaires jugées par la CJCE. « *We the Court, The European Court of Justice and the European Economic Constitution, A critical reading of Article 30 of the EC Treaty* », Oxford Portland Oregon, p. 29.

Cette tendance a également été évoquée en relation avec l'affaire « Cassis de Dijon » qui aurait servi de test pour les requérants, dans le but de provoquer l'harmonisation de l'industrie des alcools. Voir Alter Karen J., Meunier Aitsahalia sophie, « *Judicial Politics in the European Community-European Community: European Integration and the Pathbreaking Cassis de Dijon Decision* » (1994) 26 comparative Political Studies, 535.

<sup>976</sup> Arrêt du 24 novembre 1993, « Keck et Mithouard », affaires jointes C-276/91 et C-268/91, Rec., p. I-6097, point 16.

<sup>977</sup> *Ibid*, point 14.

Avant l'arrêt « Keck et Mithouard », la Cour ne distinguait pas entre les réglementations portant sur les produits, d'une part, et celles relatives aux modalités de vente, d'autre part.<sup>978</sup> Une application stricte de la jurisprudence « Dassonville » avait pour conséquence l'assimilation aux MEERQ, des législations qui limitent ou interdisent certaines formes de publicité ou certains moyens de promotions des ventes dans la mesure où elles étaient de nature à restreindre le volume de celles-ci. A plus forte raison, les réglementations limitant les méthodes de commercialisation, telle l'interdiction de la vente des médicaments en dehors des pharmacies ou sous le contrôle des pharmaciens, tombaient a priori dans le champ d'application de l'article 28 du traité CE (article 34 TFUE).<sup>979</sup> Il revenait alors aux Etats membres, de justifier le monopole des pharmaciens par l'un des intérêts généraux mentionnés à l'article 36.<sup>980</sup>

Ainsi, l'effet recherché de l'arrêt « Keck et Mithouard » est essentiellement d'ordre pratique, dans la mesure où il vise à contrer une forme de dérive d'un système où les opérateurs économiques sont en mesure de contester toute espèce de réglementation ayant pour effet de limiter leur liberté commerciale, même si elles ne visent pas les produits en provenance des autres Etats membres.<sup>981</sup> Partant, la jurisprudence doit contribuer à réaliser une « sorte d'économie de moyens »,<sup>982</sup> grâce à une réorientation et à une concentration des outils de contrôle sur les réglementations portant sur les produits, supposées plus néfastes pour le marché intérieur. Ces dernières doivent, en conséquence de leurs effets d'entrave même

---

<sup>978</sup> Cette affirmation doit toutefois être relativisée, la jurisprudence ayant parfois estimé que certaines réglementations nationales doivent rester en dehors du champ d'application des articles 34 et 35 TFUE.

<sup>979</sup> Voir les arrêts du 21 mars 1991, « Procédure pénale contre Jean Monteil et Daniel Samanni », affaire C-60/89, Rec. I-1547, points 37 et 38 ; « Procédure pénale contre Jean-Marie Delattre », affaire C-369/88, Rec. 1991, p.I-1487, points 50 et 51.

<sup>980</sup> Toutefois, il convient de relever dans la période précédant l'arrêt « Keck et Mithouard », plusieurs exemples de dissidence par rapport à la jurisprudence « Dassonville », et que la Cour justifie par des formules plus ou moins directes mais toutes sans équivoque et traduisant l'absence de lien entre les réglementations en cause et le commerce intracommunautaire: arrêts du 14 juillet 1981, 1982, « Oebel », affaire 155/80, Rec. 1981, p. 1993, point 20 ; du 31 mars 1982, « Blesgen », affaire 75/81, Rec. 1982, p. 1211, point 9 ; du 11 juillet 1985, « Cinéthèque », affaires jointes 60 et 61/84, Rec. 1985, p. 2605.

<sup>981</sup> Arrêt « Keck et Mithouard », point 14.

Cette tendance des Etats membres est rappelée par la doctrine : « l'article 30 (article 34 TFUE) est une des dispositions le plus souvent invoquée devant les juridictions nationales. L'article 30 paraît être devenu, un peu comme la clause du procès équitable de la Convention européenne des droits de l'homme le dernier refuge des plaideurs en difficulté ». (R. Joliet, « La libre circulation des marchandises : l'arrêt « Keck et Mithouard » et les nouvelles orientations de la jurisprudence, Journal des tribunaux Droit européen, 20 octobre 1994 n°12 – 2<sup>ème</sup> année.

La doctrine a également souligné l'énorme confusion résultant de la jurisprudence d'avant « Keck » en raison de l'application de l'article 28 à toute sorte de restrictions au commerce intracommunautaire, y compris aux mesures non discriminatoires. « *Keck can only be understood against the background of the considerable confusion which had been created over the previous few years as a result of the Court treating all types of import restriction as falling under Article 28, whether or not they discriminated in any way against imports.* » Oliver Peter, « Some further reflections on the scope of articles 28-30 (ex 30-36) EC » (1999) 36 Common Market Law Review, Issue 4, pp. 783-806.

<sup>982</sup> Voir Anne Rigaux : « Symphonie déconcertante ou keckofonie ? (à propos des dissonances de l'arrêt Morellato », CJCE, 18 septembre 2003, affaire C-416/00), p. 9. Cependant l'auteur s'interroge sur le bénéfice réel résultant de la jurisprudence Keck et Mithouard, dans la mesure où au final l'évolution jurisprudentielle tend vers une unification des conditions de conformité avec le traité autour du critère de l'accès au marché.

potentiels, faire l'objet d'un examen minutieux des causes de justification, tandis que les premières bénéficient d'une présomption de conformité avec l'article 34 TFUE, dans la mesure où elles ne constituent pas à priori une entrave pour les échanges. Dans cette hypothèse en effet, le détour par l'article 36 du traité pour réhabiliter une mesure restrictive devient inutile. Ajoutons que cette mise au point de la part de la CJCE concorde avec une tendance parfois constatée de la part des tribunaux nationaux, de limiter spontanément la portée de la jurisprudence « Dassonville », lorsque le lien entre la réglementation nationale et le commerce intracommunautaire est excessivement ténu.<sup>983</sup>

Cette évolution peut être observée par référence à l'affaire « Delattre »,<sup>984</sup> antérieure à la jurisprudence « Keck et Mithouard » et dans laquelle la conformité avec l'article 30 du traité (article 34 TFUE) d'une législation conférant le monopole de distribution des médicaments aux pharmaciens a été reconnue, mais sur les fondement de l'article 30 (article 36 TFUE) au nom de la santé publique et de l'exigence impérative de la protection des consommateurs.<sup>985</sup>

Le sens et la portée de l'arrêt « Keck et Mithouard » sur le plan de la politique économique sont également très clairs. « *Le principe de la libre circulation des marchandises ne doit pas être confondu avec une dérégulation généralisée des économies nationales* ». <sup>986</sup> Il ne vise pas davantage «... à promouvoir le libre exercice de l'activité commerciale dans chaque État membre ». <sup>987</sup>

Reste à déterminer si une telle justification de l'arrêt « Keck et Mithouard » résiste à l'analyse de la jurisprudence ultérieure.

---

<sup>983</sup> Malcom Jarvis cite le juge anglais dans une affaire relative à l'interdiction d'ouverture des commerces le dimanche ("Shops act"); « ...a trading rule is a measure or an enactment passed by a Member state for the specific purpose of regulating trade... Since Section 47 is a Section of an Act of Parliament enacted to regulate measures other than trade, for example the working times and practices...we conclude that it cannot be said to be a trading rule. We concluded that it was not intended that the effect of article 30 should be so wide as to overtake national regulatory provisions of Member States which are not passed specifically to regulate trade and which are not specifically aimed at imports from Member States. »

<sup>984</sup> Arrêt du 21 mars 1991, « Delattre », affaire C-369/88, Rec. 1991, p. I-1487.

<sup>985</sup> *Ibid*, point 52.

<sup>986</sup> Conclusions de l'A.G. M. Poiares Maduro dans l'arrêt du 8 novembre 2007, « Ludwigs-Apotheke », affaire C-143/06, point 37.

<sup>987</sup> Conclusions de l'avocat général Tesauero dans l'arrêt du 15 décembre 1996, « Hunermund », affaire C-292/92, Rec. 1993, p.I-6787. A cet égard, la doctrine souligne l'influence de l'avocat général sur l'évolution de la jurisprudence dans l'affaire « Keck et Mithouard » (Voir Robert Kovar, « Dasonville, Keck et les autres : de la mesure avant toute chose », RTDE 42(2), avril juin 2006, p. 234).

## II- Vers un renoncement ou une confirmation par la Cour de la jurisprudence « Keck et Mithouard » ?

On reproche à la jurisprudence « Keck et Mithouard » plusieurs défauts. L'un d'entre eux, souvent dénoncé par la doctrine, résiderait dans les difficultés que soulève son application. Un autre inconvénient proviendrait de sa portée limitée, avec pour conséquence qu'elle ne permettrait pas de couvrir l'ensemble des MEERQ (A). Toutefois notre étude semble démontrer que malgré les défauts qui lui ont été attribués et les apparences d'un retour à la jurisprudence d'avant « Keck », l'arrêt qui porte son nom reste la référence pour apprécier les réglementations portant sur les modalités de vente (B).

A- La vision d'une évolution vers une jurisprudence stabilisée.

Plusieurs arrêts de la CJCE/CJUE illustrent des écarts avec la jurisprudence « Keck et Mithouard » tout en garantissant le résultat poursuivi par la Cour : éliminer les entraves non justifiées aux échanges.

Nous avons affirmé dans le paragraphe précédent relatif à l'interprétation de l'arrêt « Keck et Mithouard » que la volonté de la Cour était pavée des meilleures intentions. Il s'agissait à la fois de « clarifier la nature de l'interdiction posée par le principe de libre circulation des marchandises »<sup>988</sup> et de faciliter son application<sup>989</sup> afin de limiter le nombre de recours abusifs.<sup>990</sup> Sans occulter la complexité de son utilisation en raison de l'absence de définition précise de la notion de « modalités de vente », il faut reconnaître que le flou ainsi préservé facilite, au prix d'une certaine insécurité juridique, la flexibilité et l'adaptabilité de la Cour aux différents cas d'espèce. L'essentiel aux yeux de la Cour ne serait-il pas le résultat recherché, c'est à dire le contrôle efficace des entraves aux échanges, même au prix d'une certaine hétérodoxie ou d'une confusion entretenue ? Observons les faits.

L'affaire « Centre d'insémination de la Crespelle »<sup>991</sup> constitue un exemple de ce qui peut apparaître comme un retour à la jurisprudence d'avant « Keck et Mithouard ». Dans son

---

<sup>988</sup> Voir les conclusions de l'A.G. M. Poiaras Maduro dans l'affaire du 8 novembre 2007, « Ludwigs Apotheke München Internationale Apotheke contre Juers Pharma Import-Export GmbH », affaire C-143/06, Rec. 2007, p. I-9623, point 31.

<sup>989</sup> *Ibid*, point 32.

<sup>990</sup> *Ibid*, point 34.

<sup>991</sup> Arrêt du 5 octobre 1994, « Centre d'insémination de la Crespelle », affaire C-323/93, Rec. 1994, p. I-5077.



appréciation de la réglementation française (canalisant les importations de semences animales via des centres agréés et bénéficiant d'une concession territoriale exclusive) au regard de l'article 30 du traité CE (article 34 TFUE), la Cour se fonde exclusivement sur les effets restrictifs des échanges tandis que l'éventualité d'un effet discriminatoire (élément déterminant dans un contexte de modalités de vente) est laissée à l'appréciation du juge national.<sup>992</sup>

L'affaire « Franzen »<sup>993</sup> représente un autre exemple typique de divergence par rapport à la jurisprudence « Keck et Mithouard ». Ainsi le régime suédois de licence obligatoire pour l'importation de boissons alcoolisées n'a été apprécié qu'au regard de la jurisprudence « Dassonville ». La Cour ne fait en l'occurrence aucunement référence à l'hypothèse selon laquelle la réglementation nationale aurait pu, sous certaines conditions, correspondre à des modalités de vente comme l'y invitait le requérant.<sup>994</sup> Cette option lui aurait pourtant permis d'aboutir à la même conclusion, à savoir la non-conformité de la réglementation suédoise sur les alcools avec l'article 30 (article 34 du TFUE) du traité. En effet, selon l'arrêt « Keck et Mithouard », les mesures nationales ne peuvent être considérées comme ayant un effet équivalent à des restrictions quantitatives « *pourvu qu'elles affectent de la même manière en droit comme en fait, la commercialisation des produits nationaux et de ceux en provenance des autres États membres* ». <sup>995</sup> Or selon les affirmations de la Cour dans l'affaire « Franzen », l'entrave à l'importation des alcools que constitue la réglementation suédoise<sup>996</sup> est aggravée par son caractère discriminatoire.<sup>997</sup> Cependant, on pourrait considérer que ce constat ne justifie en rien l'omission par la Cour de toute référence aux modalités de vente, ne serait-ce que pour constater que les conditions posées par la jurisprudence « Keck et Mithouard » n'étaient pas réunies.

Cet écart de jurisprudence ne peut-il pas partiellement s'expliquer à partir d'une analyse de l'objet de la réglementation ? Celle-ci porte en effet sur un secteur important de l'économie de plusieurs États membres (notamment de l'Europe du sud où la production du vin est importante) et de l'intérêt à favoriser le développement des échanges au détriment des

---

<sup>992</sup> *Ibid*, point 39.

<sup>993</sup> Arrêt du 23 octobre 1997, « Procédure pénale contre Harry Franzen », affaire C-189/95, Rec. 1997, p. I-5909.

<sup>994</sup> *Ibid*, point 32.

<sup>995</sup> Arrêt « Keck et Mithouard » *Ibid*, point 16.

<sup>996</sup> *Ibid*, point 71.

<sup>997</sup> *Ibid*, point 72.

habitudes de consommation dans les autres États membres, tout en assurant dans ces derniers un niveau raisonnable de protection de la santé publique.

Cependant et comme nous venons de le souligner, si l'on doit alors considérer comme logique de soumettre la réglementation suédoise à l'article 28 (article 34 TFUE), on peut néanmoins s'étonner que la Cour ne fasse aucune référence à la jurisprudence « Keck et Mithouard » invoquée par le défendeur devant le juge national. La Cour aurait pu aisément constater sur la base du raisonnement de son avocat général, que les conditions de son application faisaient défaut.

En tout état de cause, la relative flexibilité et complexité de la jurisprudence relative à l'identification des modalités de vente n'empêche pas une évolution pouvant la conduire vers une plus grande stabilité synonyme de maturité. En témoignent plusieurs affaires concernant plus particulièrement des réglementations relatives à des méthodes de commercialisation, aux périodes d'ouverture des magasins ou encore à la publicité.<sup>998</sup>

A cet égard, l'orthodoxie de la démarche de la Cour a été soulignée à propos de l'affaire « Herbert Karner Industrie Auktionen ». <sup>999</sup> Rappelons qu'en l'occurrence, le litige ayant conduit à la saisine de la Cour dans le cadre d'un recours préjudiciel, concerne la réglementation autrichienne interdisant le démarchage à domicile et l'organisation de ventes aux particuliers dans des ménages privés pour certains produits et notamment les bijoux. Les étapes du raisonnement sont connues. La Cour constate le caractère non exhaustif de l'harmonisation communautaire sur le sujet. Après s'être référée aux affaires « Dassonville » et « Keck et Mithouard », elle relève que la réglementation litigieuse n'a pas pour objet de régir les échanges de marchandises entre États membres, puisqu'elle concerne une méthode de commercialisation. La Cour rappelle ensuite que les conditions de non discriminations formelle et matérielle doivent être réunies, laissant cette toute dernière considération ainsi que la mise en œuvre éventuelle du régime d'exception à l'appréciation du juge national.

Concernant les périodes d'ouverture des magasins, l'application de la jurisprudence « Keck et Mithouard » est exemplaire. L'affaire « Punto Casa » <sup>1000</sup> concerne la loi italienne prévoyant la

---

<sup>998</sup> Arrêts du 25 mars 2004, « Herbert Karner Industrie-Auktionen contre TRoowijk GmbH », affaire C-71/02, Rec. 2004, p. I-3025 ; Du 15 mai 2008, « Royaume d'Espagne contre Conseil », affaire C-442/04, Rec. 2008, p. I-3507.

<sup>999</sup> A. Rigaux, « Vers une application apaisée de la jurisprudence Keck et Mithouard ? Europe 2006, n°4 Comm. 109.

<sup>1000</sup> Arrêt du 2 juin 1994, « Punto Casa et PPV », affaire « 6993 », Rec. 1994, p. I-2355.

fermeture totale des magasins les dimanches et jours fériés sauf dans les cas exceptionnels prévus par ladite loi. Dans une démarche rigoureuse, la Cour suit les étapes classiques de la logique « Keck » pour conclure à la non applicabilité de l'article 30 (article 34 TFUE).<sup>1001</sup>

Malgré ces derniers exemples de parfaite orthodoxie, on ne peut que s'interroger sur la signification et la portée de plusieurs arrêts, dans lesquels la Cour juge que les conditions d'application de la jurisprudence relative aux modalités de vente ne sont pas réunies. Nous pensons toutefois que si les affaires en cause conduisent à ne pas surestimer la portée de la jurisprudence « Keck et Mithouard », elles ne doivent pas pour autant amener à la conclusion définitive d'une jurisprudence affaiblie.

## B- Une jurisprudence pérenne au delà des apparences

En témoignent plusieurs affaires dont la doctrine a parfois souligné à tort les divergences par rapport à la jurisprudence classique. En effet, la confusion peut à notre avis provenir, en premier lieu, d'une lecture trop superficielle des arrêts de la Cour dont on a pu dire qu'ils représentaient un écart par rapport à la jurisprudence « Keck et Mithouard ». C'est pourquoi il convient d'imaginer une autre lecture possible de ces affaires permettant de les réconcilier avec la jurisprudence classique (1). En second lieu, l'illusion d'un renoncement à la jurisprudence « Keck et Mithouard » peut provenir de la confusion portant sur l'objet même de la réglementation, c'est à dire entre les réglementations portant sur les produits, d'une part, et celles relatives aux modalités de vente, d'autre part. (2)

### 1- « Keck et Mithouard », une jurisprudence « affaiblie » : réalité ou simple illusion ?

L'illusion peut trouver sa cause dans le fait de ne pas déceler dans certains arrêts une forme d'application indirecte de la jurisprudence « Keck et Mithouard » (a). Elle peut également provenir d'une mauvaise appréciation du cadre juridique général dans lequel s'inscrit la réglementation litigieuse (b).

#### a- Une application indirecte et implicite de la jurisprudence « Keck et Mithouard »

---

<sup>1001</sup> *Ibid.*, point 15 et dispositif.

La non application de la jurisprudence « Keck et Mithouard » a été soulignée par la doctrine à propos de l'affaire « Ludwigs-Apotheke », <sup>1002</sup> dans laquelle il s'agit notamment d'apprécier la conformité avec les articles 28 et 30 CE (articles 34 et 36 TFUE) de la législation allemande interdisant toute publicité pour des médicaments non agréés en Allemagne, mais qui peuvent toutefois être importés à titre dérogatoire sur commande individuelle à partir d'autres États membres. La société Juers Pharma, importatrice de médicaments, adresse aux pharmaciens, des listes de médicaments non agréés en Allemagne en provenance notamment d'autres États où ils ont été légalement mis en circulation. Une société concurrente, Ludwigs-Apotheke, introduit une action visant à ce qu'il soit fait injonction à Juers Pharma de s'abstenir d'envoyer lesdites listes, au motif qu'une telle pratique serait contraire à la réglementation allemande interdisant la publicité pour ces médicaments.

Concernant le raisonnement de la Cour, il est vrai que sur la question de la conformité de la réglementation allemande avec les articles 28 et suivants (articles 34 et suivants TFUE), le juge communautaire ne fait nullement référence à la jurisprudence « Keck et Mithouard », préférant s'inspirer de la définition extensive qu'elle avait donnée des MEERQ dans l'affaire « Dassonville » pour ensuite l'examiner à l'aune des motifs de dérogations.

Toutefois, il nous semble difficile de considérer ce cas comme un exemple de rejet de la jurisprudence « Keck et Mithouard », dans la mesure où la Cour s'inspire expressément de l'affaire « Ortscheit », <sup>1003</sup> dans laquelle elle examine formellement le respect des conditions de son application. Dans cette dernière affaire, elle constate que la mesure d'interdiction de faire de la publicité concerne uniquement les médicaments étrangers. En conséquence, la réglementation litigieuse n'affecte pas de la même manière la commercialisation des médicaments en provenance des autres États membres et celle des médicaments nationaux. Elle n'est donc pas susceptible d'échapper d'emblée à l'application de l'article 30 du traité (article 34 TFUE). <sup>1004</sup> Ne pourrait-on pas considérer que la référence à l'affaire « Ortscheit » correspond à un examen indirect de la réunion des conditions d'application au cas d'espèce de la jurisprudence « Keck », examen au terme duquel la réglementation litigieuse tomberait dans le champ d'application de l'article 28 du traité CE (article 34 TFUE) ?

---

<sup>1002</sup> Arrêt du 8 novembre 2007, « Ludwigs-Apotheke », affaire 143/06, Rec. 2007, p. I-9623.

Voir « Libre circulation des marchandises » Janvier 2007- septembre 2008 Chronique – RTDE n°4 Octobre à Décembre 2008 p 902.

<sup>1003</sup> Arrêt du 10 novembre 1994, « Ortscheit contre Eurim Pharm », affaire C-320/93, Rec. 1994, p. I- 5243

<sup>1004</sup> *Ibid.*, point 9.

L'illusion peut également être provoquée par une lecture au premier degré de la jurisprudence et faisant abstraction du cadre juridique général dans lequel s'insère la réglementation litigieuse.

b- Le cadre juridique de référence pour l'appréciation du caractère discriminatoire des mesures nationales, facteur d'influence de la jurisprudence « Keck et Mithouard ».

A cet égard, on peut se demander si l'arrêt « Orsheit » et plus particulièrement l'appréciation que donne la Cour du caractère discriminatoire des mesures nationales en cause dans cette affaire, ne contribue pas à affaiblir la jurisprudence « Keck ».

Revenons rapidement sur les faits. Il s'agit d'un litige entre deux sociétés allemandes importatrices de médicaments, la société Orsheit et la société Eurim-Pharm. La première demande qu'il soit ordonné à la seconde de cesser toute publicité pour des médicaments étrangers non agréés par les autorités allemandes. Selon la loi allemande, des médicaments non agréés par les autorités fédérales ne peuvent être commercialisés en RFA. Cependant, les médicaments agréés dans leur pays d'origine peuvent être importés dans certaines conditions (commande par un pharmacien sur la base d'une prescription médicale). En revanche, ils ne peuvent faire l'objet de publicité. Considérant que les annonces destinées aux professionnels de la santé, publiées par Eurim-pharm constituent de la publicité, la société concurrente Orsheit intente une action en justice visant à faire cesser ce qu'elle juge contraire à la législation allemande.

Comme nous l'avons précisé dans les développements précédents, la Cour juge discriminatoire et par conséquent, étrangère au champ d'application de la jurisprudence « keck et Mithouard » la réglementation en cause, dans la mesure où celle-ci ne concerne que les médicaments en provenance des autres États membres. Pour parvenir à cette conclusion, la Cour de Justice en accord avec son avocat général s'est concentrée sur l'objet et le but visés par la réglementation, indépendamment de la règle applicable aux produits nationaux. L'interdiction de la publicité vise en effet à conserver son caractère exceptionnel à l'importation individuelle de médicaments non agréés afin d'éviter le contournement de la loi nationale. A défaut, les fabricants pourraient être tentés de faire agréer dans des Etats

membres moins exigeants, des médicaments avant de les importer sur la base de commandes individuelles suscitées par des campagnes publicitaires.<sup>1005</sup>

Une autre perspective permet pourtant de renverser cette démonstration et la logique qui la sous-tend. Ainsi, si l'on compare les régimes juridiques applicables respectivement aux médicaments nationaux et aux médicaments importés, on réalise que les premiers sont en réalité soumis à une réglementation plus stricte. En effet, si l'interdiction de faire de la publicité ne concerne que les produits importés, ce n'est que pure logique dans la mesure où la mise dans le commerce des médicaments nationaux est soumise à autorisation, tandis qu'une exception profite aux médicaments importés. Considérée sous cet angle, la discrimination pèse sur les produits nationaux.

Ne pourrait-on pas en déduire que la mesure nationale n'est pas de nature à « *gêner davantage l'accès au marché qu'elle ne gêne celui des produits nationaux* » ? Le cas échéant, la réglementation litigieuse pourrait sortir du champ d'application de l'article 28 du traité CE (article 34 TFUE).

L'illusion d'un renoncement à la jurisprudence « Keck et Mithouard » peut encore trouver sa cause dans une confusion relative à l'objet de la réglementation litigieuse.

2- « Keck et Mithouard », une jurisprudence soumise aux aléas jurisprudentiels liés au concept de modalité de vente.

Soulignons tout d'abord que nulle part dans l'arrêt « Keck et Mithouard » ni dans sa jurisprudence ultérieure, la Cour n'a défini le concept de modalité de vente, avec pour conséquence la présence de nombreuses incertitudes peu propices à calmer les réactions suscitées par ce revirement de jurisprudence.

C'est la conviction de l'Avocat Général Maduro dans l'affaire « Bake off »<sup>1006</sup> lorsque ce dernier évoque les mesures qui semblent ressortir de la qualification des modalités de vente, mais qui ont en fait un effet sur les conditions auxquelles doivent répondre les produits, ou bien à l'inverse, qui ont été qualifiées contre toute apparence de modalités de vente, alors

---

<sup>1005</sup> *Ibid*, point 19.

<sup>1006</sup> Arrêt du 14 septembre 2006, « Alfa Vita Vassilopoulos et Carrefour-Mrinopoulos », affaires C-158/04 et C-159/04, Rec. p. I-8135.

qu'elles semblaient concernner uniquement les marchandises.<sup>1007</sup> Nous proposons d'illustrer successivement ces deux types de situations qui selon les cas, sapent ou consolident les fondations de la jurisprudence « Keck et Mithouard ».

a- Une interprétation parfois restrictive de la notion de modalités de vente révélatrice d'une faille dans la jurisprudence « Keck et Mithouard »

Dans l'affaire « Mars »<sup>1008</sup> la Cour est saisie d'un recours préjudiciel à la suite d'un litige entre une association allemande de lutte contre la concurrence déloyale et la Société Mars, en raison de l'utilisation sur les barres glacées de la marque, de certaines mentions publicitaires légalement utilisées dans le pays d'importation. En réponse, la Cour de Justice dit pour droit que l'interdiction de mise en circulation de produits portant les mêmes mentions publicitaires que celles utilisées dans d'autres Etats membres est de nature à entraver le commerce intracommunautaire, alors même que la mesure est indistinctement applicable à tous les produits. Ainsi, contrairement aux apparences qui pourraient laisser croire que les mesures publicitaires objet du litige relèvent des règles applicables aux modalités de vente, il convient pour la Cour de les assimiler aux dispositions applicables aux produits, dans la mesure où elles peuvent contraindre l'importateur à adapter son produit en fonction du marché visé, ce qui induit des frais supplémentaires de conditionnement et de publicité.<sup>1009</sup>

Ainsi l'infidélité supposée de la Cour de justice à la jurisprudence « Keck et Mithouard » ne serait qu'illusion. Une apparence qu'une certaine doctrine injustement critique n'aurait pas décelée.<sup>1010</sup>

L'arrêt « Mars » se trouve dans la lignée d'une jurisprudence plus ancienne illustrée par les affaires « Familiapress »<sup>1011</sup> et « Colim NV contre Biggs ».<sup>1012</sup>

---

<sup>1007</sup> *Ibid*, conclusions, points 27 et 28.

<sup>1008</sup> Arrêt du 6 juillet 1995, « Mars », affaire 470/93, Rec.1995, p-. I-1923.

<sup>1009</sup> *Ibid*, point 13

Voir également les arrêts 3/99 du 12 octobre 2000, « Ruwet », affaire 3/99, Rec. p. I-8749, points 12 et s. ; du 13 septembre 2001, « Schwarzkopf », affaire 169/99, Rec. 2001, p. I5901, point 39 ; du 14 décembre 2004, « Radlberger Getränkegesellschaft et S. Spitz », affaire C-309/02, Rec. p. I-11763.

<sup>1010</sup> R. Kovar, « Dassonville, Keck et les autres : de la mesure avant toute chose », RTDE, 42 (2) avril – juin 2006, p. 238 : « *Que de fois, n'a-t-on cru pouvoir constater des infidélités de la Cour de justice aux prescriptions de son arrêt Keck et Mithouard. Il était permis d'en douter. Depuis, l'inanité de cette constatation n'est plus contestable. En réalité, ceux qui ont soutenu que la Cour s'était souvent écartée de la ligne tracée par son arrêt du 24 novembre 1993, sont parvenus à cette conclusion à partir d'une lecture contestable de cette décision qui en exagère la rigidité* ».

<sup>1011</sup> Arrêt du 26 juin 1997, « Familiapress », affaire C-368/95, Rec. 1997, p. I-3689.

<sup>1012</sup> Arrêt du 3 juin 1999, « Colim NV contre Biggs's Contient Noord NV », affaire C-33/97, Rec 1999, p. I-3175.

La première affaire a été soumise à la CJCE à la suite d'une action intentée par un éditeur de presse autrichien, visant à interdire à un éditeur allemand la vente sur le territoire autrichien de publications permettant aux lecteurs de participer à des jeux dotés de prix, pratique interdite par le droit autrichien. La Cour de justice est interrogée à titre préjudiciel sur la conformité de cette réglementation avec l'article 30 du traité CE (article 34 TFUE). Alors que le gouvernement soutient que l'interdiction en cause échappe à l'article 30 du traité (article 34 TFUE), au motif qu'elle correspondrait à une modalité de vente, la Cour constate une autre réalité. Alors même que la réglementation en cause concerne une méthode de promotion des ventes, elle porte « *sur le contenu des produits, en ce que les jeux visés font partie intégrante de la revue dans laquelle ils sont insérés* ». <sup>1013</sup>

Dans la seconde affaire, la Cour est invitée à interpréter une directive relative à l'étiquetage des produits. Suivant un raisonnement classique, le juge communautaire commence par préciser que des exigences linguistiques édictées par une réglementation nationale constituent une entrave aux échanges intracommunautaires liée aux frais de conditionnement spécifiques qu'elle induit. Il ajoute que la nécessité de modifier l'emballage ou l'étiquette des produits importés, exclut qu'il s'agisse de modalités de vente au sens de l'arrêt « Keck et Mithouard ». <sup>1014</sup>

Cette même subtilité dans le raisonnement peut être constatée dans l'affaire « Bake off ». <sup>1015</sup> Rappelons qu'en l'occurrence, deux supermarchés appartenant à des enseignes différentes se sont vus imposer la fermeture de leur point de vente respectif de produits « bake off », en application des dispositions nationales régissant la commercialisation des produits de boulangerie. (Il s'agit en l'occurrence de pain congelé livré dans les points de vente après que les étapes importantes de préparation aient été réalisées). Seules les opérations de décongélation et éventuellement de cuisson finale sont effectuées dans le point de vente. La qualité du produit n'est donc pas comparable au pain réalisé artisanalement dans les boulangeries selon la loi grecque relative aux boulangeries et aux points de vente de pain.

---

<sup>1013</sup> Arrêt du 26 juin 1997, « Familiapress », affaire C-368/95, Rec. 1997, p. I-3689, point 11.

<sup>1014</sup> Arrêt du 3 juin 1999, « Colim NV contre Biggs's Contient Noord NV », affaire C-33/97, Rec. 1999, p. I-3175, points 36 et 37. Voir également les arrêts du 24 novembre 1993, « Keck et Mithouard », affaires jointes C-276/91 et C-268/91, Rec., p. I-6097, point 16 ; du 13 septembre 2001, « Schwarzkopf », affaire 169/99, Rec. 2001, p. I-5901, point 39.

<sup>1015</sup> Arrêt 14 septembre 2006, « Alfa Vita Vassilopoulos et Carrefour-Mrinopoulos » affaires C-158/04 et C-159/04, Rec. p. I-8135.

La même question a fait l'objet d'un recours en constatation de manquement dirigé contre la Grèce, dans lequel la Cour a également estimé que la réglementation litigieuse portait sur les conditions de préparation et de fabrication des produits avec pour conséquence, qu'elle ne relevait pas des modalités de vente au sens de l'arrêt Keck et Mithouard » ( Arrêt du 14 septembre 2006, « Commission contre République hellénique », affaire C-82/05, Rec. p.I-93).



Précisément, la réglementation litigieuse exige des vendeurs de produits « bake off », qu'ils se mettent en conformité avec l'ensemble des exigences applicables aux boulangeries, et notamment celle de disposer d'un entrepôt à farine, d'une salle de pétrissage et d'un entrepôt de combustible solide. Devant la Cour de justice, saisie à titre préjudiciel, le gouvernement grec soutient que la législation en cause se rapporte à des modalités de vente qui doivent, conformément à la jurisprudence « Keck et Mithouard », échapper au domaine d'application de l'article 28 (article 34 du TFUE).<sup>1016</sup>

Cependant, la Cour en phase avec l'avocat général Maduro juge les apparences trompeuses. Si la réglementation porte effectivement sur le lieu de vente, son véritable objet vise les conditions de préparation et de fabrication du produit.<sup>1017</sup> En effet, l'autorisation d'exploitation est conditionnée par le respect de certains procédés de fabrication et d'utilisation d'équipements appropriés (tels que la présence d'une salle de pétrissage ou d'un entrepôt à farine). L'avocat général en conclut que ces conditions relèvent du processus de production et concernent donc les qualités intrinsèques des produits de type « bake off ». La réglementation litigieuse a pour effet de réserver la vente desdits produits aux boulangeries, au motif que ces pains subissent une ultime cuisson dans le local de vente. Elle se distingue à ce titre de la réglementation grecque mise en cause dans l'affaire des laits maternisés,<sup>1018</sup> en ce que cette affaire accordait aux pharmacies le droit exclusif de la vente de certains laits pour nourrissons dits laits « premier âge ». En effet l'objet de cette réglementation portait, non sur les produits eux-mêmes, mais sur les lieux de leur commercialisation.<sup>1019</sup>

Cette analyse ouvre la voie vers une réflexion plus large, notamment dans l'hypothèse d'une réglementation d'un Etat membre imposant l'usage de la langue nationale dans la publicité. Cette situation résulte en France de la loi Toubon. Dans un arrêt ancien, la Cour de Cassation a reconnu implicitement que l'interdiction d'importer en provenance de Belgique certaines boissons non étiquetées en Français pouvait constituer une violation de l'article 30 du traité (article 34 TFUE), sauf à la justifier au nom de l'exigence impérative de protection du

---

<sup>1016</sup> Arrêt du 14 septembre 2006, « Alfa Vita Vassilopoulos et Carrefour-Mrinopoulos » affaires C 158/04 et C 159/04, Rec. p. I-8135, point 17.

<sup>1017</sup> *Ibid*, point 19

<sup>1018</sup> Arrêt du 29 juin 1992, « Commission contre Grèce », affaire C-391/92, Rec. 1995, p.I-1621.

<sup>1019</sup> Voir également l'arrêt du 14 décembre 2004. « Radlberger Getränkegesellschaft mbH & Co et S. Spitz KG contre Land Baden-Württemberg », affaire C-309/02, p. I-11763, point 71. « La Cour a considéré que la nécessité, découlant des mesures en cause, de modifier l'emballage ou l'étiquette des produits importés exclut que ces mesures concernent les modalités de vente de ces produits au sens de l'arrêt Keck et Mithouard ».

consommateur.<sup>1020</sup> On peut aujourd'hui tirer de l'arrêt « Keck et Mithouard » la conclusion que les exigences linguistiques de la législation française, pour autant qu'elles s'appliquent au domaine de la publicité, correspondent à des modalités de vente. Toutefois, et aux vues des affaires étudiées précédemment, la réflexion doit être prolongée. Dans la mesure où les exigences de la loi nationale obligent le revendeur à modifier l'emballage, la réglementation litigieuse concernerait en réalité le produit.<sup>1021</sup>

Il ressort de cette jurisprudence que c'est moins la nature des réglementations nationales qui déterminent leur qualification de modalité de vente que leur application concrète.<sup>1022</sup>

La seconde hypothèse que nous proposons d'examiner concerne les réglementations qui ont été qualifiées contre toute apparence de modalités de vente, alors qu'elles semblaient concerner uniquement les marchandises. Cette jurisprudence vient alors donner du crédit à l'idée d'une consolidation de la jurisprudence « Keck et Mithouard ». Ainsi des réglementations relatives aux produits peuvent, elles aussi, être assimilées à des règles relatives à des modalités de vente.<sup>1023</sup>

b- Une interprétation parfois extensive de la notion de modalités de vente, facteur de consolidation de la jurisprudence « Keck et Mithouard »

Cette seconde hypothèse peut être observée dans l'affaire « Moraletto »<sup>1024</sup> où la Cour, en désaccord avec son avocat général, fait preuve dans sa démonstration d'un sens de l'analyse particulièrement aiguisé. Est en cause une réglementation italienne interdisant la vente de pain obtenu à partir de la cuisson de pain partiellement cuit, surgelé ou non (légalement fabriqué et importé de France) dès lors que le pain ainsi vendu n'a pas été préalablement conditionné par le revendeur. La Cour commence par rappeler sa jurisprudence antérieure selon laquelle ne peuvent être assimilées à des modalités de vente, des dispositions nationales qui tout en réglant certains aspects de la mise en vente des produits, requièrent une modification desdits produits.<sup>1025</sup> Elle précise que la nécessité de modifier l'emballage ou l'étiquette des produits

---

<sup>1020</sup> Cour de Cassation, chambre criminelle, 9 nov. 1987, Bull. Cass. Crim. 1987, n°394, p. 1038.

<sup>1021</sup> Voir Malcom Jarvis « The application of EC Law by National Courts – The free movement of goods », p. 71. L'auteur souligne le caractère symbolique de la législation française qui, si elle devait être réellement appliquée, serait très contestable.

<sup>1022</sup> Jules Stuyck, « Gourmet : une nouvelle brèche dans la jurisprudence Keck », CDE 2001, n°5/6, p. 683-705 et tout particulièrement p. 696.

<sup>1023</sup> Conclusions de l'avocat général Verica Trstenjak dans l'arrêt du 30 avril 2009, « Fachverband der Buch- und Medienwirtschaft contre Libro Handelsgesellschaft mbH », affaire C-531/07, Rec. 2009, p. I-3717, point 52.

<sup>1024</sup> Arrêt du 18 septembre 2003, « Moraletto », affaire C-416/00, Rec. 2003, p. I-9343.

<sup>1025</sup> *Ibid.*, point 28.

importés, exclut qu'il s'agisse de modalités de vente au sens de l'arrêt « Keck et Mithouard ».<sup>1026</sup>

Respectant cette logique l'Avocat général Damaso Ruiz-Jarabo Colomer estime que la législation italienne ne saurait en conséquence être qualifiée de modalité de vente, dans la mesure où elle correspondrait à des conditions auxquelles le pain, c'est à dire un produit, doit répondre pour être commercialisé en Italie.

La Cour quant à elle prolonge la réflexion et constate une situation particulière dans la mesure où le produit importé ne pouvait être vendu en l'état, puisqu'il nécessitait une seconde cuisson dans l'Etat membre d'importation. Elle en déduit que la réglementation litigieuse exigeant le conditionnement par le revendeur ne concerne que la commercialisation du produit, dans la mesure où rien n'indiquait qu'il fut nécessaire d'adapter le pain en vue de respecter cette exigence. Autrement dit et pour reprendre les termes de l'avocat général Maduro, « *le point déterminant de la solution adoptée dans l'affaire Morellato est le fait que le respect des exigences de conditionnement imposées par la réglementation italienne incriminée n'entraînait pas de modification et d'adaptation du produit avant sa commercialisation dans l'Etat d'importation* ». La Cour en conclut que la législation italienne échappe au domaine de l'article 30 du traité (article 34 du TFUE), sous réserve naturellement qu'elle ne soit pas discriminatoire vis à vis des produits importés.<sup>1027</sup> Logiquement, une situation entachée de discrimination se vérifierait dans l'hypothèse où il n'y aurait pas de fabrication du produit concerné dans l'Etat membre d'importation.<sup>1028</sup>

Si la Cour se démarque par rapport à la thèse de son avocat général dans cette dernière affaire, elle semble en revanche rejoindre celle de l'Avocat général Stix-Hackl dans l'affaire « Deutscher Apothekerverband »<sup>1029</sup> dans la mesure où il fait de l'effet de la réglementation litigieuse sur l'accès au marché l'élément déterminant pour apprécier la portée de la jurisprudence « Keck et Mithouard ». L'une des questions préjudicielles concerne la conformité avec le principe de libre circulation des marchandises, de la réglementation allemande interdisant l'importation de médicaments à partir d'un autre Etat membre de l'UE, à la suite de commandes passées via internet par le consommateur final. Dans ses conclusions,

---

<sup>1026</sup> *Ibid*, points 29 et 30.

<sup>1027</sup> *Ibid*, point 36.

<sup>1028</sup> *Ibid*, point 37.

<sup>1029</sup> Arrêt du 11 décembre 2003, « Deutscher Apothekerverband », affaire 322/01, Rec. 2003, p. I-4887.

l'avocat général propose à la Cour de considérer que la réglementation en cause ne concerne pas directement la commercialisation des marchandises sur le marché d'importation, mais plutôt l'accès à ce marché.<sup>1030</sup> Selon cette thèse, la jurisprudence « Keck et Mithouard » ne devrait s'appliquer que dans les cas où les modalités de vente doivent être respectées postérieurement à l'accès déjà effectif au marché.<sup>1031</sup> Il en conclut que lorsque l'entrave est à ce point importante, que le produit concerné est pratiquement évincé du marché, on pourrait qualifier une telle réglementation de prescription relative au produit.

Enfin, l'apparence d'une entorse à la jurisprudence « Keck et Mithouard » peut être expliquée par le constat d'une jurisprudence parallèle.

### 3- L'apparence provenant de l'existence d'une « troisième voie »

Il a fallu se rendre à l'évidence. Face au problème posé par la définition excessivement large des MEERQ à l'importation dans l'affaire « Dassonville », la solution apportée par la jurisprudence « Keck et Mithouard » ne constituait qu'une réponse partielle. Certaines réglementations nationales n'ayant pas pour objet de régir les échanges de marchandises ne sont pas identifiables ou assimilables à des modalités de vente. Les deux alternatives offertes par la jurisprudence « Keck et Mithouard » ne peuvent donc couvrir l'ensemble des hypothèses. En conséquence, la Cour a dû emprunter ce qu'une certaine doctrine appelle « *la troisième voie* ».<sup>1032</sup>

L'affaire « Centro Servizi Spediporto »<sup>1033</sup> en constitue un premier exemple. Plusieurs questions préjudicielles ont été adressées à la Cour, concernant notamment la compatibilité avec l'article 30 CE (article 28 TFUE) d'une réglementation italienne fixant les tarifs des transports routiers de marchandises, dans la mesure où elle a pour effet de rendre les transports plus onéreux et donc de faire obstacle aux importations en provenance des autres

---

<sup>1030</sup> *Ibid.*, conclusions, points 80 et 94.

<sup>1031</sup> *Ibid.*, point 77.

<sup>1032</sup> Voir Rigaux A. : « Nouvel épisode de la difficile qualification des mesures d'effet équivalent : Le sort des abeilles brunes de Laeso », Europe, 1999, comm. 4.

Comme nous l'avons précédemment indiqué, la Cour n'a pas attendu l'arrêt « Keck et Mithouard » pour considérer que certaines réglementations n'ayant aucun lien avec les importations devaient être exclues du champ d'application de l'article 28 du traité (article 34 TFUE). Voir les affaires « Oebel » et « Blesgen » précitées.

Voir également, Robert Kovar, « Dassonville, Keck et les autres : de la mesure avant toute chose », p. 246 ; Hatzopoulos Vassilis. « Trente ans après les arrêts fondamentaux de 1974, les quatre libertés : quatre ? ».

Ajoutons que la Cour semble avoir étendu cette jurisprudence aux MEERQ à l'exportation : voir l'arrêt du 22 juin 1999, « ED Srl et Italo Fenocchio, affaire C-412/97, Rec. 1999, p. 3845, points 10 à 12.

<sup>1033</sup> Arrêt du 5 octobre 1994, « Centro Servizi Spediporto », affaire C-96/94, Rec. 1995, p. I-2883.

Etats membres. Clairement, la réglementation en cause ne concerne pas des produits. Elle ne correspond pas davantage à une modalité de vente mais à une opération située en amont de la vente. Il est donc logique que la Cour ne se réfère pas à l'arrêt « Keck et Mithouard ». Elle conclut que les dispositions en cause ne sont pas aptes à entraver les échanges au sens de la jurisprudence « Dassonville ».<sup>1034</sup> Elle ajoute que les effets restrictifs que la loi italienne pourrait produire sur la libre circulation des marchandises sont trop aléatoires et trop indirects pour que l'obligation qu'elle édicte puisse être regardée comme étant de nature à entraver le commerce entre Etats membres.<sup>1035</sup> Ainsi, il semble que le raisonnement de la Cour est assez proche dans les deux types d'affaires (« Centro Servizi Spediporto », d'une part, et « Keck et Mithouard », d'autre part), dans lesquelles elle fait référence à la nature de la réglementation tout en soulignant l'absence de discrimination.

Cette affaire « Centro Servizi Spediporto » emprunte des courants jurisprudentiels antérieurs et postérieurs à l'arrêt « Keck et Mithouard ».

En effet et à titre d'illustration, l'arrêt préjudiciel « Krantz »<sup>1036</sup> concerne une question préjudicielle visant à déterminer si l'article 30 TCE (article 34 TFUE) s'oppose à une législation nationale permettant à l'administration nationale de saisir des biens qui se trouvent chez un contribuable, alors que ces biens sont la propriété d'un fournisseur établi dans un autre Etat membre. La Cour reconnaît que l'éventualité d'une saisie des biens entre les mains d'acheteurs néerlandais en délicatesse avec leur administration fiscale, puisse freiner les ventes à tempérament en provenance d'autres Etats membres. Toutefois, une application de la jurisprudence « Dassonville » révélerait en l'occurrence ses limites pour deux raisons principales liées, d'une part, à l'objet et, d'autre part, à la nature de la réglementation litigieuse. Premièrement, la législation en cause n'a pas pour objet de régir les échanges avec les autres Etats membres.<sup>1037</sup> Deuxièmement, la circonstance d'une baisse des ventes, pour les raisons évoquées ci-dessus, est trop aléatoire et indirecte pour qu'une disposition nationale autorisant une telle saisie, puisse être regardée comme étant de nature à entraver le commerce intracommunautaire.<sup>1038</sup>

---

<sup>1034</sup> *Ibid*, point 41.

<sup>1035</sup> *Ibid*, point 41.

<sup>1036</sup> Arrêt du 7 mars 1990, « Krantz », affaire 69/88, Rec. 1990, p. I-583, point 11.

<sup>1037</sup> *Ibid*, point 10.

<sup>1038</sup> *Ibid*, point 11.

L'affaire « Motorradcenter »<sup>1039</sup> est un autre arrêt préjudiciel dans laquelle la Cour dit pour droit que l'article 30 du traité ne s'oppose pas à une règle jurisprudentielle d'un État membre qui impose une obligation d'information dans les relations précontractuelles.<sup>1040</sup> En l'occurrence, est en cause dans l'affaire au principal, l'obligation présumée d'informer l'acheteur d'une motocyclette de ce que les concessionnaires allemands de la marque concernée refusent fréquemment de procéder aux réparations au titre de la garantie, lorsque les véhicules proviennent d'importations parallèles. En référence à l'arrêt « Krantz » précité, la CJCE justifie son interprétation en se fondant sur le caractère trop aléatoire et indirect des effets restrictifs pour que l'obligation d'information puisse être assimilée à une MEERQ.<sup>1041</sup>

La jurisprudence « Krantz » est reprise dans l'affaire « Peralta »,<sup>1042</sup> dans laquelle l'objet de la réglementation semble pareillement éloigné de celui des échanges de marchandises. Est en cause la réglementation italienne interdisant notamment aux navires battant pavillon italien, le rejet de substances toxiques à l'intérieur et à l'extérieur des eaux territoriales. A la suite d'une opération appelée communément « dégazage », le commandant d'un navire citerne battant pavillon italien est condamné pénalement. La Cour est interrogée à titre préjudiciel sur la conformité avec le droit communautaire d'une telle réglementation, qui pourrait rendre plus difficiles et onéreuses qu'elles ne le sont pour les navires des autres États membres, les opérations de nettoyage des navires citernes. En effet l'interdiction des rejets toxiques visant les navires étrangers ne concerne pas les zones se trouvant au-delà des eaux territoriales italiennes. Pour autant, la Cour souligne l'absence de distinction selon l'origine des produits, son objet étranger à la réglementation des échanges, et surtout le caractère trop indirect et aléatoire de ses effets sur la libre circulation des marchandises.<sup>1043</sup>

Dans l'affaire des « abeilles de Laeso »<sup>1044</sup>, la Cour rejette l'argument du gouvernement danois selon lequel l'arrêté interdisant l'importation d'abeilles en provenance d'un autre État membre sur une partie du territoire danois, aurait un effet trop aléatoire et indirect sur les échanges pour être considéré comme une source d'entrave aux échanges.<sup>1045</sup> Elle distingue ainsi le test des effets aléatoires et hypothétiques de la règle « de minimis » fondée sur des

---

<sup>1039</sup> Arrêt du 13 octobre 1993, « Motorradcenter », affaire C-93/92, Rec. 1993, p. I-5009.

<sup>1040</sup> *Ibid.*, point 13 et dispositif de l'arrêt.

<sup>1041</sup> *Ibid.*, point 12.

<sup>1042</sup> Arrêt du 14 juillet 1994, « Procédure pénale contre Matteo Peralta », affaire C-379/92, Rec. p. I-3537.

<sup>1043</sup> *Ibid.*, point 24.

<sup>1044</sup> Arrêt du 3 décembre 1998, « Procédure pénale contre Ditley Bluhme », affaire C-67/97, Rec. 1998 p. I-8033.

<sup>1045</sup> *Ibid.*, point 22.

critères quantitatifs, lesquels rappelons le, ne sont pas retenus par la Cour pour apprécier la conformité des droits nationaux avec le principe de libre circulation des marchandises. Comme l'explique la doctrine, une chose est l'intensité ou le degré de l'effet restrictif de la mesure qui est sans conséquence sur la qualification de la mesure, une autre est la réalité du lien de causalité entre la mesure et l'effet restrictif qui conditionne la qualification de MEERQ.<sup>1046</sup>

L'expression « troisième voie » soulève cependant la question du fondement des décisions de la Cour dans les affaires précitées. S'agit-il d'une simple application de la jurisprudence « Dassonville » permettant à la Cour de conclure que les réglementations en cause ne produisent aucun effet même indirectement ou potentiellement restrictif sur les échanges ? Ne correspond-t-elle pas au contraire à un nouveau principe indépendant du « test Dassonville » ? La réponse n'est pas évidente, même si une certaine doctrine manifeste sa préférence pour la première option.<sup>1047</sup> La Cour en effet ne donne aucune directive sur la manière d'appliquer le test permettant de qualifier les effets de trop indirects ou aléatoires. Ajoutons que le caractère parfois fantaisiste de l'argument selon lequel la réglementation litigieuse pourrait constituer une restriction aux importations conforte également ce point de vue.<sup>1048</sup>

Nous avons tenté de démontrer qu'une lecture attentive des arrêts de la Cour peut révéler au delà des apparences (mais parfois au prix d'un effort d'imagination) une ligne cohérente. La question de la pérennité de la jurisprudence « Keck et Mithouard » rejailit toutefois à la suite d'affaires plus récentes relatives au mode d'utilisation des produits.

### C- Les prémisses d'un revirement de la jurisprudence « Keck et Mithouard » ?

L'affaire des « remorques italiennes »<sup>1049</sup> constitue à cet égard un exemple significatif des interrogations de la Cour et font penser aux signes avant coureurs de bouleversements d'une jurisprudence bien établie.

---

<sup>1046</sup> Joël Molinier, Nathalie de Grove-Valdeyron, "Droit du marché intérieur européen", 3<sup>ème</sup> édition, LGDJ, *Système Droit* p. 57.

<sup>1047</sup> L'application de cette jurisprudence aux mesures d'effet équivalent à l'exportation ne conforte-t-elle pas l'option inverse ? Voir l'arrêt du 22 juin 1999, « ED Srl et Italo Fenocchio, affaire C-412/97, Rec. 1999, p. 3845.

<sup>1048</sup> Peter Oliver, « Some further reflections on the scope of articles 28-30 (ex 30-36) EC », *Common Market Law Review*, p. 788 et 789, 1999. Voir également Luis Gonzales Vaqué, « La jurisprudence relative à l'article 28 CE (ex article 30) après l'arrêt « Keck et Mithouard », *Revue du Droit de l'Union Européenne* 2/2000, p. 408.

<sup>1049</sup> Arrêt du 10 février 2009, « Commission contre Italie », affaire C-110/05, Rec. 2009, p. I-519.

L'affaire concerne un recours en manquement intenté par la Commission visant à faire constater que la réglementation italienne interdisant aux motocycles de tirer une remorque constitue une MEERQ.

La procédure suivie dans la résolution de cette affaire constitue un premier indice de son particularisme et de l'importance des questions soulevées. Au terme des conclusions de l'avocat général Léger, la Cour a en effet décidé de renvoyer l'affaire devant la grande chambre, en raison de questions nouvelles relatives au champ d'application de l'article 28 du traité CE (article 34 TFUE).

Sur le fond, la spécificité de cette affaire est liée au fait que les dispositions nationales soumises à l'appréciation du juge concernent non pas les caractéristiques d'un produit mais son utilisation. La décision révèle la sensibilité de la question, dans la mesure où la Cour semble vouloir éviter d'aborder de front la question de la portée de la jurisprudence « Keck et Mithouard » dont la remise en cause constituerait un vrai bouleversement.

Pour autant, l'avocat général Yves Bot se pose la question d'une éventuelle extension de la jurisprudence « Keck et Mithouard » aux mesures réglementant les modalités d'utilisation des produits, ce à quoi il répond par la négative. L'argumentation de l'avocat général trouve ses fondements sur une série d'affirmations dont nous pensons qu'elles reposent principalement sur une conviction : La réglementation en cause constitue un obstacle sérieux aux échanges intracommunautaires dont la légitimité pourrait être appréciée de manière satisfaisante à partir de la grille d'analyse classique émanant des arrêts « Dassonville » et « Cassis de Dijon », tandis que la création d'une autre catégorie d'exceptions adossée à la jurisprudence « Keck et Mithouard » serait source de confusion et d'inefficacité. Il convient donc, selon la thèse de monsieur Bot, d'examiner les mesures interdisant ou limitant l'utilisation de produits au regard de l'article 28 du traité CE (article 34 du TFUE) et non pas de les faire sortir de son champ d'application. Dans cette optique, l'interdiction ou même la limitation de l'utilisation d'un produit supprime ou réduit son utilité et par voie de conséquence limite l'accès de ce produit au marché, critère sur lequel l'avocat général propose de fonder son appréciation. A cet égard, et après avoir souligné l'inopportunité d'une remise en cause de la jurisprudence « Keck et Mithouard » (tout en lui reconnaissant de nombreux défauts<sup>1050</sup>), l'avocat général

---

<sup>1050</sup> *Ibid.*, conclusions, points 77 à 85.



propose d'utiliser le test de l'accès au marché pour toutes les réglementations, qu'il s'agisse d'exigences liées aux caractéristiques d'un produit, de modalités de vente ou comme dans la présente affaire de modalités d'utilisation.<sup>1051</sup>

La Cour de justice quant à elle se montre peu explicite dans la première étape de son raisonnement. En effet, elle rappelle la jurisprudence « Keck et Mithouard », mais sans que l'on puisse déduire clairement si celle-ci est maintenue ou remplacée par le test de l'accès au marché. C'est ainsi que dans l'arrêt « Remorques italiennes », elle rappelle la définition des MEERQ telle qu'elle émane des affaires « Dassonville », « Cassis de Dijon » et « Keck et Mithouard »,<sup>1052</sup> en concluant que les mesures discriminatoires et les mesures relatives aux produits ayant un effet restrictif sur les échanges tombent sous le coup de l'interdiction de l'article 28 du traité<sup>1053</sup> (article 34 du TFUE). Elle ajoute que « *relève également de la notion de MEERQ, toute autre mesure qui entrave l'accès au marché d'un Etat membre, des produits originaires d'autres Etats membres* ». Dans ses appréciations, la Cour constate que les consommateurs italiens n'ont aucun intérêt à acheter des remorques spécialement conçues pour les motos dans la mesure où il leur est interdit de les utiliser. Partant, la réglementation italienne entrave l'accès au marché italien et constitue une MEERQ à l'importation à moins d'être justifiée par l'une des raisons énumérées à l'article 30 (article 36 du TFUE) ou par une exigence impérative.

Reste à déterminer ce que recouvre la notion d' « *autre mesure* » mentionnée au point 37 de l'arrêt. S'agit-il des mesures autres que celles relatives aux produits et aux modalités de vente visées par la jurisprudence « Keck et Mithouard » ou bien de mesures non discriminatoires y compris les modalités de vente ? Autrement dit, le test de l'accès au marché supplante-t-il la jurisprudence « Keck et Mithouard » ?

La formule employée par la Cour correspond à un rejet de la thèse de monsieur Bot tout comme de celle de l'avocat général Juliane Kokott dans l'affaire « Mikelsson et Roos »<sup>1054</sup> proche de la précédente par sa problématique. L'affaire trouve son origine dans une action en justice intentée par un parquet suédois contre les dénommés Messieurs Mikelsson et Roos pour avoir piloté des véhicules nautiques motorisés dans des zones situées en dehors des

---

<sup>1051</sup> *Ibid.*, point 109.

<sup>1052</sup> Arrêt du 10 février 2009, « Commission contre Italie », affaire C-110/05, Rec. 2009, p. I-519, points 33 à 36.

<sup>1053</sup> *Ibid.*, point 37.

<sup>1054</sup> Arrêt du 4 juin 2009, « Aklagaren contre Percy Mikelsson et Joakim Roos », affaire 142/05, Rec. 2009, p. I-4273.

couloirs publics de navigation, en violation de la réglementation nationale. La Cour de Justice est interrogée à titre préjudiciel afin de déterminer si les articles 28 et 30 CE s'opposent à de telles dispositions de droit national. Après avoir rappelé sa jurisprudence classique tirée de l'arrêt « Cassis de Dijon »<sup>1055</sup>, la Cour reprend la formule ambiguë utilisée dans l'affaire des remorques italiennes.<sup>1056</sup>

L'avocat général, Madame Juliane Kokott soutient dans la première étape de son raisonnement une thèse différente selon laquelle les caractéristiques des modalités d'utilisation des produits et celles des modalités de vente seraient comparables quant à la nature et à l'intensité de leur incidence sur le commerce. En effet ces mesures n'auraient pas pour objet de régir les échanges de marchandises entre les Etats membres. De plus, elles ne produiraient leurs effets que de manière indirecte sur la vente des produits importés, en ce qu'ils ne se manifesteraient qu'après leur importation. En conséquence de telles mesures ne relèveraient pas de l'article 28 du traité (article 34 TFUE) dès lors qu'elles ne seraient pas liées au produit et n'entraîneraient aucune forme de discrimination<sup>1057</sup> et qu'elles n'empêcheraient pas l'accès au marché. Toutefois l'avocat général suggère de préciser la jurisprudence « Keck et Mithouard », en proposant que les dispositions nationales qui interdisent l'utilisation des produits ou qui ne les autorisent que d'une manière marginale, relèvent du champ d'application de l'article 28 du traité (article 34 TFUE) lorsqu'elles empêchent (totalement ou presque) un produit d'accéder au marché.

Ainsi se manifestent en amont, le pragmatisme et l'adaptabilité de la Cour aux situations multiples et complexes soumises à son appréciation.

---

<sup>1055</sup> *Ibid*, point 24 : « ...doivent être considérées comme des mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives à l'importation au sens de l'article 28 CE, les mesures prises par un Etat membre ayant pour objet ou effet de traiter moins favorablement des produits en provenance d'autres Etats membres, ainsi que les entraves à la libre circulation des marchandises 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. »

<sup>1056</sup> *Ibid*, ...Relève également de la même notion toute autre mesure qui entrave l'accès au marché d'un Etat membre des produits originaires d'autres Etats membres ».

<sup>1057</sup> Conclusions, point 56.

## Conclusion de la section

La Cour de justice a anticipé la critique suscitée par la jurisprudence « Keck et Mithouard » par des arguments d'ordre pratique. Il s'agissait de faire face à l'opportunisme des opérateurs économiques prompts à contester toutes sortes de réglementations nationales restrictives de leur liberté commerciale.

Cependant ce choix n'est pas sans conséquences si l'on en juge par les difficultés apparentes de la Cour à stabiliser sa jurisprudence, même si les critiques nous semblent parfois injustifiées. Aussi avons nous tenté de démontrer que les observations doctrinales faisant état des atermoiements de la Cour reposaient parfois sur une analyse peu concluante des arrêts critiqués. En effet, l'illusion d'une infidélité à la jurisprudence « Keck et Mithouard » s'explique parfois par le refus de la part du juge communautaire d'y reconnaître une forme d'application indirecte de l'arrêt éponyme. Nous avons constaté que l'illusion peut également provenir d'une analyse contestable du caractère discriminatoire de la réglementation nationale ayant pour effet de la faire sortir du champ d'application de la jurisprudence « Keck et Mithouard ».

Nos commentaires qui visent à consolider l'image d'une jurisprudence plus stable qu'il n'y paraît au premier abord ne peuvent toutefois pas ignorer les défauts intrinsèques de la jurisprudence « Keck et Mithouard ».

Le premier est lié à l'imprécision du concept de modalité de vente. On a pu ainsi constater l'existence d'un courant jurisprudentiel favorable à une interprétation restrictive dudit concept, notamment dans l'affirmation que la nécessité de modifier l'emballage ou l'étiquette des produits importés exclut qu'il s'agisse de modalités de vente au sens de l'arrêt « Keck et Mithouard ». Parallèlement et inversement, une tendance à une vision extensive de la notion commentée apparaît, notamment dans l'interprétation selon laquelle la jurisprudence « Keck et Mithouard » s'applique dans l'hypothèse où le respect des exigences de conditionnement imposées par une réglementation nationale n'entraîne pas de modification du produit importé.

L'autre défaut du système repose sur la dualité des alternatives offertes par la jurisprudence « Keck et Mithouard », en ce qu'elle ne permet pas de couvrir l'ensemble des hypothèses. En conséquence, la Cour de justice a dû emprunter une autre voix permettant de justifier les

réglementations litigieuses en raison d'effets trop indirects ou aléatoires sur les échanges intracommunautaires.

Aux imperfections précitées vient s'ajouter le doute entretenu par les formules plus récentes que la Cour a retenues dans les affaires relatives à des réglementations portant sur l'utilisation des produits. Le critère de l'accès au marché a été formellement retenu par le juge de Luxembourg pour apprécier ces dernières au regard de l'article 34 TFUE, mais sans que l'on puisse conclure de manière définitive à l'éviction ou au maintien de la jurisprudence « Keck et Mithouard ».

## **Conclusion du Chapitre**

La définition extensive des MEERQ retenue dans l'arrêt « Dassonville » a conduit la Cour à en limiter la portée à partir notamment des arrêts « Cassis de Dijon » et « Keck et Mithouard ». Ces arrêts fondateurs que l'on croyait gravés dans le marbre n'ont pas totalement résisté à l'usure du temps face à la complexité et à l'évolution du marché intérieur.

A cet égard, nous avons constaté tout au long de ce chapitre l'instabilité de la jurisprudence relative à l'interprétation des articles 34 et 36 du TFUE. Cette inconstance est synonyme de pragmatisme, même si la Cour tente parfois de dissimuler ses écarts par des raisonnements, au demeurant peu concluants. Cette remarque vaut notamment pour la théorie des exigences impératives telle que la Cour de justice l'applique et la fait évoluer dans son fondement et dans son champ d'application.

Le même constat porte sur la jurisprudence « Keck et Mithouard », fragilisée par les imperfections inhérentes au concept de modalité de vente et dont la pérennité est aujourd'hui sujette à débat.

L'évolution du droit primaire explique également les interprétations jurisprudentielles relatives aux conditions d'application de l'article 36 TFUE ou de la théorie des exigences impératives.

## **Chapitre 2- Une jurisprudence pragmatique illustrée, en aval, par une interprétation évolutive des conditions et des motifs de dérogation à l'interdiction des entraves aux échanges : L'exemple du principe de précaution**

Le droit régit la vie en société et accompagne son évolution. Logiquement, certains ajustements de la jurisprudence ne doivent pas surprendre mais au contraire rassurer lorsqu'ils suivent ou anticipent l'évolution du droit. Il en va de même au sein de l'UE où les règles fondamentales matérialisées par le droit primaire ne sont pas figées.

L'évolution des traités vers une meilleure prise en compte des valeurs non mercantiles en est une illustration. Nous pouvons souligner à titre d'exemples, l'inscription dans le traité de Maastricht du concept de développement durable consacré ensuite par le traité d'Amsterdam, ou encore le principe d'intégration des exigences environnementales dans les politiques et les actions de la Communauté.<sup>1058</sup> Dans le même esprit, notons également l'injonction faite à la Commission et l'invitation adressée au Conseil et au Parlement, de rechercher un niveau élevé de protection des consommateurs et en matière de santé, de sécurité, d'environnement.<sup>1059</sup> Toujours dans la même logique, les enjeux de santé publique expliquent la consécration jurisprudentielle du principe de précaution dont la signification et la portée peuvent être observées dans l'affaire C-333/08.<sup>1060</sup>

Le paradoxe et la difficulté viennent de ce qu'un État membre ne peut pas pour autant se fonder sur des considérations purement hypothétiques.<sup>1061</sup>

*« Une application correcte du principe de précaution présuppose en premier lieu l'identification des conséquences potentiellement négatives pour la santé et en second lieu, une évaluation compréhensive du risque pour la santé fondée sur les données scientifiques disponibles les plus fiables et les résultats les plus récents de la recherche scientifique ».*

---

<sup>1058</sup> Article 6 du traité d'Amsterdam.

<sup>1059</sup> Article 95§3 du traité d'Amsterdam – article 114 §3 TFUE.

<sup>1060</sup> Arrêt du 28 janvier 2010, « Commission des Communautés européennes contre République française », C-333/08, Rec. 2010, p. I-757. Le principe de précaution y fait l'objet de nombreux commentaires. En vertu dudit principe, un Etat membre peut adopter des mesures restrictives sans avoir à attendre que la réalité et la gravité de risques soient pleinement démontrées (point 91). Voir également l'arrêt du 5 mai 1998, « National Farmers' Union e.a. », affaire C-157/96, Rec. 1998, p. I-2211 et l'arrêt du 2 décembre 2004, « Commission contre Pays-Bas », C-41/02, Rec. PI-113375, point 52).

<sup>1061</sup> Arrêts du 9 septembre 2003, « Monsanto Agricoltura Italia e.a », affaire C-236/01, Rec. 2003, p. I-8105, point 106 ; du 23 septembre 2003, « Commission contre Royaume du Danemark », affaire C-192/01, Rec. 2003, p. I-9693, point 43.

Toutefois lorsque l'existence ou la portée du risque ne peut être déterminée avec certitude, mais que la probabilité d'un dommage pour la santé existe dans l'hypothèse où le risque se réaliserait, le principe de précaution justifie l'adoption de mesures restrictives non discriminatoires et objectives.<sup>1062</sup> De telles nuances dans l'interprétation du principe de précaution peuvent en expliquer l'application laborieuse par la Cour de justice. (Section 1)

Parallèlement, nous observons que l'application du principe de précaution par la Cour de justice, permet d'expliquer certaines contradictions apparentes dans sa jurisprudence (Section 2).

## **Section 1- L'application laborieuse du principe de précaution par le juge communautaire**

L'évolution des traités et de la jurisprudence de la Cour ressemble t-elle à une partition harmonieuse ou au contraire discordante ? Il apparaît que dans le secteur de la santé publique, le juge communautaire contribue avec conviction et pragmatisme au rééquilibrage des valeurs inscrites dans les traités modifiés.

Cette sensibilité particulière de la Cour aux enjeux de santé publique ressort tout particulièrement de l'observation des positions contradictoires entre le juge communautaire et son avocat général (I) mais également des contradictions du juge (II).

### **I- Les oppositions entre le juge et son avocat général**

Une telle situation peut être illustrée par l'arrêt de la Cour et les conclusions de l'Avocat général Antonio Tizzano à propos de l'affaire « Commission contre Danemark »<sup>1063</sup>, dont les faits peuvent être résumés comme suit. Une directive cadre prévoit que pour être inclus dans la liste des additifs alimentaires autorisés, ces derniers doivent être indispensables pour atteindre l'objectif visé et ne présenter aucun danger sanitaire. Une directive spécifique porte

---

<sup>1062</sup> Arrêts du 23 septembre 2003, « Commission des Communautés européennes contre Royaume du Danemark », affaire C-192/01, Rec. 2003, p. I-9693, point 52 ; du 2 décembre 2004, « Commission des Communautés européennes contre Royaume des Pays-Bas », affaire C-41/02, Rec. 2004, p. I-11375, point 54 ; du 28 janvier 2010, « Commission des Communautés européennes contre République française », C-333/08, Rec. 2010, p. I-757, points 92 et 93 ).

<sup>1063</sup> Arrêt du 20 mars 2003, « Royaume du Danemark contre Commission des Communautés européennes », affaire C-3/00, Rec. 2003, p. 2643.

sur les additifs autres que les colorants et les édulcorants pour lesquels le Danemark a demandé l'autorisation de maintenir ses dispositions nationales pour satisfaire à ses exigences en matière de santé publique. La Cour est appelée à statuer sur le recours en annulation formé par le Royaume du Danemark contre la décision de refus par la Commission (décision adoptée sur la base de l'article 95.4 CE / article 114.4 TFUE) d'autoriser le maintien de mesures nationales dérogeant à la directive concernant les sulfites, les nitrates et les nitrites.

La Cour commence par distinguer les deux hypothèses prévues à l'article 95 CE (article 114 TFUE), à savoir l'antériorité ou la postériorité des dispositions nationales par rapport à la mesure d'harmonisation. Rappelons que dans la première hypothèse, la Cour constate que le législateur communautaire n'a pas pu ou souhaité s'inspirer des réglementations nationales préexistantes. Il est donc permis aux Etats membres en vertu de l'article 95.4 CE de les maintenir en vigueur dès lors qu'elles sont justifiées par une exigence importante visée à l'article 30 CE ou relative à la protection de l'environnement ou du milieu du travail. Dans la seconde hypothèse, la Cour juge plus menaçantes les mesures nationales qui n'ont pu être prises en compte par le législateur communautaire. Le cas échéant et conformément à l'article 95.5 CE, seules sont admises les mesures justifiées par la protection de l'environnement ou du milieu du travail, mais aux conditions spécifiques que l'Etat membre apporte des preuves scientifiques nouvelles et que les mesures nationales répondent à un problème spécifique postérieur à l'harmonisation.<sup>1064</sup>

Ainsi, nul besoin pour l'Etat membre souhaitant maintenir une réglementation nationale plus restrictive d'apporter des preuves scientifiques nouvelles. En outre, la Cour reconnaît aux Etats membres le droit de se référer à une échelle des risques différente de celle qui est effectivement retenue par le législateur communautaire lors de l'harmonisation.<sup>1065</sup> Autrement dit, elle interprète l'article 95.4 (article 114.4 TFUE) en faveur d'une substitution possible par l'Etat de l'appréciation du risque, à celle effectuée par le législateur communautaire.<sup>1066</sup> Selon la Cour de justice, l'incertitude caractérisant les conséquences pour la santé, d'une consommation excessive des additifs, légitime donc une évaluation différentes des risques<sup>1067</sup> et par voie de conséquence un niveau de protection plus élevé. La prudence de la juridiction

---

<sup>1064</sup> *Ibid*, point 58.

<sup>1065</sup> *Ibid*, point 63.

<sup>1066</sup> *Ibid*, point 63 : « un Etat membre peut aux fins de justifier le maintien de dispositions nationales dérogatoires, invoquer le fait qu'il évalue le risque pour la santé autrement que le législateur communautaire l'a fait dans la mesure d'harmonisation ».

<sup>1067</sup> *Ibid*, point 64.

communautaire correspond clairement à une manifestation du principe de précaution. Cette interprétation serait en outre confirmée par l'article 95.7 (article 114.7 TFUE) permettant une extension à l'échelle communautaire du niveau de protection nationale autorisé.<sup>1068</sup>

Cette position de prudence apparaît d'autant plus clairement qu'elle tranche avec la thèse développée par l'avocat général Antonio Tizzano, et selon laquelle les mesures danoises devraient être justifiées par des problèmes spécifiques du Royaume du Danemark. A cet égard, il convient de reconnaître la pertinence de certains arguments pour refuser ce qu'il considère être une forme d'assimilation de l'article 95.4 (article 114.4 TFUE) à une clause « *d'opting out* » permanent par rapport à chaque directive d'harmonisation.<sup>1069</sup> La thèse de l'avocat général permettrait en effet d'expliquer le maintien de mesures nationales plus restrictives alors même que la directive a été adoptée à l'unanimité. Un Etat membre pourrait ainsi approuver un niveau de protection dans son principe et en même temps justifier une dérogation en raison de problèmes spécifiques. A défaut, comment expliquer l'hypothèse d'une demande de dérogation à une directive par un Etat membre ayant contribué à son adoption, l'explication du « *compromis politique* » n'étant pas acceptable, selon l'avocat général.<sup>1070</sup>

L'affaire « Solgar Vitamins »<sup>1071</sup> constitue un champ de réflexion particulièrement vaste en raison de la diversité et l'objet (parfois trouble<sup>1072</sup>) des questions préjudicielles. Précisons que le recours préjudiciel concerne l'interprétation de la directive relative à la composition des compléments alimentaires. La seconde question vise à déterminer si, lors de la fixation des quantités maximales et minimales des vitamines et minéraux présentes dans les compléments alimentaires, les États membres sont tenus de s'inspirer des critères fixés par la directive 2002/46. (Ainsi que nous l'avons initialement souligné à propos de cette affaire, le principe de la compétence résiduaire des États membres a été reconnu en raison de la carence de la Commission à fixer les quantités maximales et minimales de minéraux et de vitamines conformément à la directive 2002/46).

---

<sup>1068</sup> *Ibid.*, point 65.

<sup>1069</sup> Conclusions, point 76.

<sup>1070</sup> *Ibid.*, point 80.

<sup>1071</sup> Arrêt du 29 avril 2010, « Solgar Vitamins' France e.a. », affaire C-446/08, Rec. 2010, p. I-3973.

<sup>1072</sup> L'avocat général Nilo Jääskinen avoue sa difficulté à saisir la portée exacte d'une question préjudicielle (point 126).



Dans cette affaire, l'une des questions fait suite au reproche adressé aux autorités françaises par les requérants, d'avoir fixé comme valeur maximale du fluor pouvant être utilisé pour la fabrication des médicaments, une valeur nulle. La Cour rappelle une jurisprudence constante selon laquelle en l'absence d'harmonisation et dans la mesure où des incertitudes sur le plan de la recherche scientifique subsistent, les États membres conservent le droit de décider du niveau auquel ils entendent assurer la protection de la santé et de la vie des personnes,<sup>1073</sup> tout en tenant compte des exigences de libre circulation des marchandises.<sup>1074</sup> Concernant cette dernière obligation, la prudence de la Cour est manifeste dès lors que la santé publique est en jeu. La marge de manœuvre concédée aux États membres doit selon la Cour être d'autant plus importante que l'état de la recherche ne peut garantir l'innocuité de la substance en cause. Le risque existe en effet lors de la consommation de composants inoffensifs par eux-mêmes, mais dont la consommation peut devenir excessive et nuisible lorsqu'ils sont associés à l'ensemble de la nourriture.<sup>1075</sup> Le juge constate l'impossibilité de chiffrer avec précision les apports en fluor provenant d'autres sources alimentaires et conclut à ce qu'un État membre peut fixer une quantité maximale à une valeur nulle, dès lors que selon son appréciation, il existe un risque que ces apports atteignent la limite supérieure de sécurité pour le minéral en question.

La complexité de la question posée au juge peut également révéler la distance et les différences d'approches adoptées respectivement par le juge et l'Avocat général et ce, alors même qu'ils justifient leur position particulière par le souci commun de protéger la santé publique. Ainsi, concernant la question de savoir si, compte tenu de la différence des niveaux de sensibilité de différents groupes de consommateurs, un État membre peut fixer pour l'ensemble de la population, une même quantité maximale d'une substance déterminée entrant dans la composition de produits alimentaires, l'avocat général Jääskinen propose de répondre par la négative. Une telle démarche qui consiste à étendre à tous les consommateurs une quantité maximale adaptée à des catégories fragiles telles que les enfants, pourrait selon lui, avoir pour conséquence de générer des carences pour les autres groupes de consommateurs.<sup>1076</sup>

---

<sup>1073</sup> Arrêt du 29 avril 2010, « Solgar Vitamins' France e.a. », affaire C-446/08, Rec. 2010, p. I-3973, point 35.

<sup>1074</sup> *Ibid.*, point 35.

<sup>1075</sup> *Ibid.*, point 36. Voir également l'arrêt du 23 septembre 2003, « Commission contre Danemark », affaire C 192/01, Rec.2003, p. I-9693.

<sup>1076</sup> Conclusions, point 135.

L'approche de la Cour est tout autre. Le juge communautaire s'interroge en effet sur la nécessité de la mesure litigieuse pour assurer la protection du groupe de consommateurs le plus sensible aux risques, tandis qu'il délègue à la juridiction nationale le soin d'en apprécier la proportionnalité.<sup>1077</sup>

La difficulté soulevée par l'Avocat général, à cerner le sens de la question préjudicielle suffit-elle vraiment à expliquer une telle divergence de vue avec la Cour ? N'est-on pas en droit de s'interroger sur la volonté du juge communautaire à se prononcer sur des questions aussi techniques et lourdes de conséquences ? Le renvoi de la décision finale au juge national semble aller dans le sens d'un renoncement de la Cour de justice à engager sa responsabilité.<sup>1078</sup>

Si des oppositions ponctuelles entre les thèses du juge et celles de son avocat général sont, somme toute logiques et normales, voire même rassurantes, il en va autrement lorsque viennent s'y greffer des contradictions ou incohérences dans l'argumentation de la Cour.

## **II- Les contradictions du juge**

Le pragmatisme de la Cour et sa volonté de faire primer la santé publique pourraient expliquer certaines contradictions apparentes lors de l'application formelle du principe de précaution.

L'affaire « Solgar Vitamins »<sup>1079</sup> l'illustre parfaitement. En l'occurrence, la Cour de justice doit répondre à la question de savoir si des quantités maximales de vitamines et de minéraux pouvant être utilisées pour la fabrication de compléments alimentaires peuvent être fixées par les États membres alors que, en l'absence de danger établi pour la santé, des limites supérieures de sécurité n'ont pas été établies pour ces nutriments. Le juge communautaire se réfère alors à une directive selon laquelle la fixation des dites quantités doit reposer sur les limites supérieures de sécurité établies pour les substances en cause, à la suite d'une

---

<sup>1077</sup> Arrêt du 29 avril 2010, « Solgar Vitamins' France e.a. », affaire C-446/08, Rec. 2010, p. I-3973, point 56.

<sup>1078</sup> Plus précisément, il incombe à la juridiction de renvoi d'examiner si un étiquetage approprié informant les consommateurs sur la composition et les caractéristiques des ingrédients ne suffirait pas pour éviter aux catégories les plus fragiles une surconsommation des nutriments concernés (point 57).

<sup>1079</sup> Arrêt du 29 avril 2010, « Solgar Vitamins' France e.a. », affaire C-446/08.

évaluation des risques pour la santé, fondée sur des données scientifiques et non pas sur des considérations purement hypothétiques.

En l'occurrence, cette exigence n'est pas respectée dans la mesure où les limites supérieures de sécurité n'ont pas été établies, en raison de l'absence de danger avéré pour la santé des personnes.<sup>1080</sup> Pour autant, la Cour poursuit son raisonnement en affirmant qu'une évaluation du risque pourrait révéler qu'une incertitude scientifique persiste quant à l'existence ou à la portée de risques réels pour la santé publique. Elle conclut qu'un État membre peut, en vertu du principe de précaution, prendre des mesures de protection sans avoir à attendre que la réalité et la gravité de ces risques soient pleinement démontrées.<sup>1081</sup>

Il nous semble qu'en l'espèce, le juge se place dans une situation purement hypothétique. En effet, le risque pour la santé n'est pas constaté à la suite de données scientifiques ayant débouché sur le constat d'une incertitude (conformément à une première exigence soulignée au point 65 de l'arrêt et à la jurisprudence des arrêts précités). La Cour suppose que des recherches scientifiques, non engagées à cette époque, pourraient conduire à cette conclusion. Les conditions d'application du principe de précaution, pourtant formellement rappelées dans les paragraphes 69 et 70 de l'arrêt, ne sont en réalité pas strictement respectées par le juge dans sa démonstration. Nous reconnaissons toutefois que le dispositif de l'arrêt reste dans la filiation de sa jurisprudence antérieure, lorsque la Cour dit pour droit que la directive s'oppose à la fixation de quantités maximales des substances en cause pour la fabrication des produits alimentaires lorsque, en l'absence de danger avéré pour la santé des personnes, des limites supérieures de sécurité n'ont pas été établies pour ces additifs, à moins qu'une telle mesure ne soit justifiée en vertu du principe de précaution, dès lors qu'une évaluation scientifique des risques révèle qu'une incertitude persiste quant à l'existence ou à la portée de risques réels pour la santé. La « Communication de la Commission sur le recours au principe de précaution » est la traduction de la jurisprudence de la Cour : « *La mise en œuvre du principe de précaution devrait commencer par une évaluation scientifique qui soit aussi complète que possible et lorsque faire se peut, déterminer à chaque étape le degré d'incertitude scientifique* ». <sup>1082</sup>

---

<sup>1080</sup> *Ibid.*, point 66.

<sup>1081</sup> *Ibid.*, point 67.

<sup>1082</sup> Communication de la Commission sur le recours au principe de précaution, (Com. 2000, 1 final, non publié au JO, ), §6.1.

La position de l'avocat général Niilo Jääskinen n'est pas éloignée de cette thèse, lorsqu'il déclare qu'un État membre peut au nom du principe de précaution prendre des mesures de protection, lorsqu'une évaluation du risque pourrait révéler qu'une incertitude scientifique persiste quant à l'existence ou à la portée de risques réels pour la santé publique. Il ajoute que la fixation de quantités minimales en l'absence de limites de sécurité contribuerait à constituer des entraves pour des raisons hypothétiques, dès lors que le danger n'est pas établi. De plus le principe de précaution exige que les mesures adoptées doivent être proportionnées au risque dont l'appréciation peut requérir des études complémentaires.<sup>1083</sup>

Ainsi, il nous apparaît que la Cour privilégie clairement la prudence, parfois au prix d'une application peu orthodoxe du principe de précaution et qui peut orienter le juge vers des directions originales dans le secteur de la santé publique.

## **Conclusion de la section**

Nous avons souhaité illustrer dans cette section le pragmatisme dont la Cour fait preuve en s'adaptant à l'évolution des traités sans pour autant renier une ligne jurisprudentielle cohérente.

Le pragmatisme de la Cour apparaît notamment dans sa contribution au rééquilibrage des priorités inscrites dans les traités modifiés. Si l'évolution du droit primaire et de la jurisprudence de la Cour ne ressemble pas toujours à une partition harmonieuse, il apparaît toutefois que le juge communautaire contribue parfois avec conviction à relativiser les valeurs économiques face aux enjeux de santé publique conformément à l'esprit des traités modifiés.

Cette sensibilité particulière de la Cour aux enjeux de santé publique ressort avec plus d'éclat de l'observation des positions contradictoires entre le juge communautaire et son avocat général. Une telle opposition s'est manifestée à propos de l'interprétation de l'article 95.4 CE (article 114.4 TFUE), dont la Cour a élargi la portée en reconnaissant aux États membres le droit de se référer à une échelle des risques différentes de celle qui a été retenue par le législateur communautaire. Des divergences entre le juge et l'avocat général ont été également observées concernant l'application du principe de proportionnalité, lorsque la Cour choisit à l'inverse de son avocat général d'en déléguer l'appréciation à la juridiction nationale.

---

<sup>1083</sup> Conclusions, points 141 à 143.

La priorité accordée aux enjeux de santé publique apparaît également avec évidence, lorsqu'elle conduit le juge à se contredire. Nous avons illustré cette affirmation à propos de du principe de précaution dont les principes d'application ont pu être assouplis au bénéfice d'une prudence maximale. En effet, contrairement à une position de principe défini dans sa jurisprudence selon laquelle, le risque sanitaire calculé sur la base de données scientifiques pourrait justifier une application du principe de précaution, il apparaît que la Cour peut se satisfaire de risques purement hypothétiques pour s'appuyer sur ledit principe.

Malgré cette difficulté à appréhender le principe de précaution, les apparences ne sauraient occulter une certaine cohérence de la Cour.

## **Section 2- Le principe de précaution clé de lecture d'une jurisprudence cohérente au-delà des apparences**

Sans être systématiquement formulé par le juge communautaire, le principe de précaution peut constituer une clé de lecture de la jurisprudence de la Cour. Il contribue tout particulièrement à concilier l'affirmation jurisprudentielle d'une compétence étatique provisoire avant une harmonisation et la reconnaissance par le traité d'une compétence résiduaire après une harmonisation (I). Il permet également d'expliquer les interprétations originales de la Cour de justice dans le domaine sanitaire (II).

### **I- La conciliation entre l'affirmation jurisprudentielle d'une compétence étatique provisoire avant une harmonisation et la reconnaissance par le traité d'une compétence résiduaire après une harmonisation**

Comment concilier, d'une part, la position de la Cour selon laquelle une harmonisation exhaustive ne permet plus aux États d'intervenir après une harmonisation et, d'autre part, la reconnaissance par le traité d'une compétence résiduaire après une harmonisation, conformément à l'article 114§4 et §5 du TUE (article 95§4 et §5 TCE) ?

Concernant la première affirmation, rappelons en effet que la Cour a dit pour droit, que les dispositions communautaires ne s'accommodent en principe pas de mesures nationales visant à protéger les mêmes intérêts.

Ainsi, dans l'affaire « GreenPeace France », <sup>1084</sup> la Cour précise que la possibilité pour un Etat membre d'interdire la mise sur son marché d'un OGM, <sup>1085</sup> malgré la décision favorable au niveau communautaire, équivaudrait à une reconnaissance de fait du droit d'adopter des mesures plus protectrices en violation de la procédure imposée par l'article 100A du traité (article 114 TFUE).

Le caractère seulement provisoire de la compétence des Etats membres serait justifié par le niveau de protection élevé garanti par le paragraphe 3 de l'article 95 CE (article 114.3 du TFUE) en matière de santé, de sécurité, de protection de l'environnement et de protection des consommateurs <sup>1086</sup>. C'est le sens des propos de l'Avocat général Jean Mischoth dans l'affaire « GreenPeace France ». <sup>1087</sup>

Mais comment accorder l'affirmation jurisprudentielle du caractère provisoire de cette liberté d'action avec l'article 114 du TFUE ? (au-delà du fait que cet article soumet le maintien (§4) et l'introduction (§5) de dispositions nationales après une mesure d'harmonisation, à une procédure particulière incluant notamment leur notification à la Commission). <sup>1088</sup>

La question se pose avec d'autant plus de pertinence que la Cour a bien respecté les différences marquées dans le traité entre les situations décrites dans le §4 de l'article 94 (article 114.4 TFUE), d'une part et le §5, d'autre part, ce qui, comme nous l'avons précédemment observé, ouvre des perspectives plus importantes aux Etats souhaitant maintenir des réglementations nationales après une mesure d'harmonisation. Rappelons que la modification de l'article 100 A par l'article 95 du traité (article 114 du TFUE) permet de distinguer entre le maintien d'une réglementation nationale, et l'introduction de nouvelles mesures, après une harmonisation. Cette distinction entre les conditions d'application de l'article 95.4 (article 114.4 TFUE), d'une part, et de l'article 95.5 (article 114.5 TFUE),

---

<sup>1084</sup> Arrêt du 21 mars 2000, « GreenPeace France e.a. », affaire 6/99, Rec. 2000, p. I-1651.

<sup>1085</sup> Organisme génétiquement modifié.

<sup>1086</sup> Article 95§3 CE : « *La Commission dans ses propositions prévues au paragraphe 1 en matière de santé, de sécurité, de protection de l'environnement et de protection des consommateurs, prend pour base un niveau de protection élevé en tenant compte notamment de toute nouvelle évolution basée sur des faits scientifiques. Dans le cadre de leurs compétences respectives, le Parlement européen et le Conseil s'efforcent également d'atteindre cet objectif* ».

<sup>1087</sup> Arrêt du 21 mars 2000, « GreenPeace France e.a. », affaire 6/99, Rec. 2000, p. I-1651, point 67.

<sup>1088</sup> Article 114.4 : « *Si, après l'adoption par le Conseil ou par la Commission d'une mesure d'harmonisation, un Etat membre estime nécessaire de maintenir des dispositions nationales justifiées par des exigences importantes visées à l'article 36 ou relatives à la protection de l'environnement ou du milieu de travail, il les notifie à la Commission, en indiquant les raisons de leur maintien* ».

Article 115.5 : « *En outre, sans préjudice du paragraphe 4, si, après l'adoption par le Conseil ou par la Commission d'une mesure d'harmonisation, un Etat membre estime nécessaire d'introduire des dispositions nationales basées sur des preuves scientifiques nouvelles relatives à la protection de l'environnement ou du milieu de travail en raison d'un problème spécifique de cet Etat membre, qui surgit après l'adoption de la mesure d'harmonisation, il notifie à la Commission les mesures envisagées ainsi que les raisons de leur adoption* ».

d'autre part, a été justifiée par le souci de ne pas étendre les motifs de dérogations à l'interdiction des entraves à la libre circulation des marchandises. En effet, le maintien de dispositions nationales peut être justifié par des exigences importantes visées à l'article 36 TFUE ou relative à la protection de l'environnement ou du milieu du travail (article 95.5 CE), tandis que l'introduction de dispositions nationales doit être fondée sur des preuves scientifiques nouvelles relatives à la protection de l'environnement ou du milieu du travail.

C'est ce que révèle l'affaire C-3/00<sup>1089</sup> dont nous avons exposés les faits. Rappelons seulement que la Cour est appelée à statuer sur le recours en annulation formé par le Royaume du Danemark contre la décision de refus par la Commission (décision adoptée sur la base de l'article 95.4 CE) d'autoriser le maintien de mesures nationales dérogeant à la directive concernant les sulfites, les nitrates et les nitrites. L'un des moyens soulevés concerne le refus par la Commission d'approuver les dispositions litigieuses au motif que les autorités nationales n'auraient pas démontré un problème de santé particulier pour la population danoise, lié à l'emploi des sulfites ou l'existence d'une situation particulière au regard du danger provenant de l'emploi de nitrates ou de nitrites. Or l'exigence d'une situation spécifique ne serait pertinente selon l'Etat requérant, que dans le cas d'une décision adoptée sur la base de l'article 95.5 du Traité.

Dans cette affaire, la Cour reste sensible à l'équilibre voulu par les auteurs du traité entre les valeurs du marché et l'autre impératif de protection de valeurs non économiques. En effet, elle souligne la différence entre les deux hypothèses prévues aux paragraphes 4 et 5 de l'article 95 (article 114 TFUE) en relevant que dans la première, la réglementation nationale précédait la mesure d'harmonisation. On peut donc en déduire que le législateur communautaire n'a pas pu ou souhaité s'en inspirer dans le cadre de l'harmonisation. Dans la seconde hypothèse, la réglementation est postérieure à l'harmonisation et par voie de conséquence, menace plus sérieusement le fonctionnement du marché intérieur.<sup>1090</sup> C'est pourquoi les conditions de leur justification sont plus restrictives et plus sévères.

En l'occurrence, la Cour refuse de suivre la Commission dans son interprétation du principe de compétence résiduaire tel que nous l'avons décrit (à savoir, que postérieurement à des mesures d'harmonisation dans un secteur, un Etat membre ne peut plus invoquer les motifs dérogatoires de l'article 30 du traité (article 36 TFUE) pour maintenir une réglementation

---

<sup>1089</sup> Arrêt du 20 mars 2003, « Danemark contre Commission », affaire C-3/00, Rec. 2003, p. 2643.

<sup>1090</sup> *Ibid.*, point 58.

nationale plus restrictive, sauf à démontrer qu'une situation spécifique justifie le maintien des dispositions nationales, ou que la législation communautaire est insuffisante au regard de nouvelles connaissances scientifiques).<sup>1091</sup> Au contraire, la Cour juge que ni le libellé, ni l'esprit de l'article 95.4 (article 114.4 du TFUE) ne permettent d'exiger de l'Etat membre demandeur que les dispositions nationales qu'il souhaite maintenir sont justifiées par un problème spécifique de cet Etat<sup>1092</sup> ou par des preuves scientifiques nouvelles,<sup>1093</sup> contrairement aux exigences de l'article 95.5 (article 114.5). Une telle interprétation agrandit naturellement la marge de manœuvre laissée aux Etats membres après une mesure d'harmonisation.

Comment dès lors réconcilier, d'une part, l'affirmation jurisprudentielle d'une compétence nationale résiduaire (c'est-à-dire limitée par une mesure d'harmonisation) et, d'autre part, les dispositions du droit primaire dont la Cour respecte la portée, à savoir l'ouverture aux Etats membres, d'un champ d'action postérieur à une mesure d'harmonisation ?

Dans l'affaire C-3/00 précitée, les conclusions de l'Avocat général (non démenties sur ce point par la Cour) apportent un éclairage sur un possible terrain de conciliation entre, d'une part, l'analyse restrictive des compétences étatiques après une harmonisation exhaustive et, d'autre part, l'interprétation extensive de l'article 95.4 CE (article 114.4 TFUE) retenue par la Cour de Justice et qui correspond à une appréhension prudente des risques pouvant nuire aux exigences de l'article 30 (article 36 TFUE) et à celles de protection de l'environnement et du milieu du travail.

L'avocat général souligne en effet que la liberté reconnue aux Etats membres reste bridée par l'exigence de preuves que les dispositions nationales assurent un niveau de protection de la santé plus élevé que la mesure communautaire et sont effectivement nécessaires pour atteindre cet objectif.<sup>1094</sup> (On peut noter à cet égard, le caractère explicite l'article 95.5 (article 114.5 TFUE), selon lequel c'est à l'Etat membre d'apporter des preuves scientifiques nouvelles relatives à la protection de l'environnement ou du milieu du travail en raison d'un problème spécifique de cet Etat, postérieur à l'harmonisation).

---

<sup>1091</sup> *Ibid*, point 55.

<sup>1092</sup> *Ibid*, point 59.

<sup>1093</sup> *Ibid*, point 62.

<sup>1094</sup> *Ibid*, conclusions, points 64 et 84.



Dans ses conclusions, l'avocat général s'inspire des observations de son collègue, monsieur Tesouro dans l'affaire C-41/93,<sup>1095</sup> soulignant que dans les cas où il y a eu harmonisation, la marge de manœuvre des Etats membres est plus limitée que dans les cas d'application des dérogations de l'article 36, dans la mesure où ils doivent tenir compte du niveau élevé de protection atteint par la législation communautaire.<sup>1096</sup>

Cette analyse permet de concilier l'interprétation restrictive de l'article 36 du TFUE, selon laquelle la compétence des Etats membres disparaît dans les domaines totalement harmonisés, d'une part, et l'affirmation de l'existence d'une compétence résiduaire de principe garantie par l'article 95§4 (nouvel article 114.4 du TFUE), d'autre part.

Une telle interprétation résiste à l'épreuve de la critique. Il s'agit en effet pour la Cour de promouvoir le bon fonctionnement du marché intérieur par l'affirmation du caractère exhaustif de l'article 36 du TFUE, sans nier le caractère prioritaire des valeurs non économiques, dont l'importance peut varier selon les États après une mesure d'harmonisation. D'aucuns en effet avaient manifesté leur crainte d'une brèche dans le système, et dans laquelle allaient s'engouffrer les États opportunistes. Or il n'en a rien été, les clauses de sauvegarde ayant été peu exploitées.<sup>1097</sup>

En conclusion, nous affirmons que l'incertitude, fondement du principe de précaution, constitue une clé de lecture possible de la prudence particulière de la Cour de justice sur le sujet, permettant de concilier l'affirmation jurisprudentielle d'une compétence étatique provisoire avant une harmonisation et la reconnaissance par le traité d'une compétence résiduaire après une harmonisation. Ne peut-on déceler dans cette jurisprudence une manifestation implicite de la consécration jurisprudentielle du principe de précaution, permettant à la Cour de manière opportune et pragmatique de s'adapter ainsi à l'évolution des traités, tout en conservant l'apparence d'une ligne jurisprudentielle cohérente ?

Ce même principe permet également d'expliquer l'orientation jurisprudentielle dans le domaine sanitaire.

---

<sup>1095</sup> Arrêt du 17 mai 1994, « France/Commission », affaire C 41/93, Rec. 1994, p. I-1829.

<sup>1096</sup> *Ibid.*, point 99.

<sup>1097</sup> Voir Nicolas de Sadeleer, « Les clauses de sauvegarde prévues à l'article 95 du traité CE » RTDE, 2002 n°1 p. 53.

## **II- L'identification des MEERQ à l'épreuve de la réalité de risques sanitaires**

Nous avons souligné dans la première partie de notre thèse, l'importance du principe de précaution lors de l'application du régime dérogatoire à l'interdiction des MEERQ. Il apparaît que la prudence ainsi observée de la part de la Cour se manifeste parfois de manière plus significative encore, au point de s'interroger sur la fidélité de la Cour à la définition classique des MEERQ.

Nous entamons notre réflexion à partir du constat des contorsions auxquelles le juge communautaire doit se livrer dans l'appréciation des réglementations nationales dans le domaine du commerce des produits pharmaceutiques pour rester fidèle à sa jurisprudence classique. Nous proposons d'illustrer cette affirmation en nous appuyant successivement sur des affaires où la Cour de justice traite de la question de la couverture sociale des frais de santé (A), de celle de la disponibilité des médicaments sur le marché et enfin de la qualité des soins prodigués dans les établissements hospitaliers (B).

A- L'affirmation jurisprudentielle de la spécificité du commerce des médicaments lors de la confrontation entre les régimes nationaux de sécurité sociale et le principe de libre circulation des marchandises

La spécificité du commerce des médicaments tient notamment aux larges pouvoirs des États membres dans ce secteur où l'harmonisation demeure incomplète. Ainsi les États membres conservent-ils une compétence exclusive pour organiser leurs systèmes nationaux de santé.<sup>1098</sup> L'importance des enjeux de santé publique explique la spécificité des réglementations économiques nationales applicables au secteur pharmaceutique. En effet, les systèmes de santé applicables dans de nombreux États membres se caractérisent par des régimes de sécurité sociale qui assurent une prise en charge importante des frais de santé. Or, ces régimes sont de plus en plus menacés par les déficits croissants liés à une augmentation sensible des dépenses de santé.

---

<sup>1098</sup> Rosnak Michal, « Le commerce parallèle des médicaments dans le droit de l'Union européenne – Les limites de la libre circulation des marchandises sur le marché pharmaceutique », Thèse soutenue à Poznan le 25 septembre 2012, pour le grade docteur de l'université de Rennes 1, p. 9.

Cette prise de conscience a orienté la jurisprudence de la CJCE/CJUE vers des interprétations originales dans ses réponses à la question de savoir si les mesures nationales visant à garantir le maintien des régimes de sécurité sociale sont conformes au droit communautaire, dès lors qu'elles sont susceptibles d'influencer les courants d'importation ?

Ainsi dans l'affaire « Duphar »,<sup>1099</sup> la Cour a jugé que le régime de remboursement conditionnel sous la forme de listes limitatives de médicaments et de pansements, mis en place par la réglementation hollandaise pour alléger les dépenses publiques, n'est pas en soi incompatible avec le droit communautaire<sup>1100</sup> bien qu'elle puisse avoir un impact sur les importations.<sup>1101</sup> A l'appui de son raisonnement, la CJCE relève la spécificité du commerce des produits pharmaceutiques, caractérisé par la substitution de la sécurité sociale au malade pour la prise en charge des frais médicaux, pour affirmer l'absence de restriction aux échanges et la non application de l'article 30 (Article 34 TFUE ), sauf en cas de discrimination sur l'origine des produits. Cette dernière condition exige naturellement d'être contrôlable selon des critères objectifs.<sup>1102</sup> Concrètement, les listes d'exclusion des médicaments non couverts par la prise en charge, doivent être logiquement établies selon des critères indépendants de l'origine des produits tels que l'existence sur le marché de médicaments moins coûteux ayant le même effet thérapeutique.

L'originalité des positions de la Cour de justice s'exprime plus largement encore lors de la confrontation entre les politiques nationales du médicament et le principe de libre circulation des marchandises, notamment lors de l'application des motifs dérogatoires listés dans l'article 36 du traité.

B- L'affirmation jurisprudentielle de la spécificité du commerce des médicaments lors de l'application des mesures dérogatoires de l'article 36 TFUE.

La confrontation entre des enjeux de nature différente a pu donner l'impression de certaines hésitations dans la jurisprudence de la Cour. Les cas que nous proposons d'étudier dans ce paragraphe illustrent au contraire la cohérence de la Cour et la prudence dont elle fait preuve pour garantir un niveau élevé de santé publique. Deux champs d'observation sont abordés

---

<sup>1099</sup> Arrêt du 7 février 1984, « Duphar », affaire 238/82, Rec. 1984, p. 523.

<sup>1100</sup> *Ibid*, point 17.

<sup>1101</sup> *Ibid*, point 18.

<sup>1102</sup> *Ibid*, points 21 et 22.

successivement. Le premier concerne la nature des exceptions listées dans l'article 36 TFUE (1), le second vise plus spécifiquement le motif de protection des droits de propriété industrielle (2).

1- La cohérence préservée dans l'appréciation de la nature des exceptions de l'article 36 TFUE

Les questions de santé publique relèvent largement de la responsabilité des Etats. En effet, leurs compétences ne sont pas contestées dans la mise en place de systèmes de soins efficaces et pérennes.

Ainsi, l'affaire « Evans Medical »<sup>1103</sup> concerne une pratique nationale interdisant l'importation de stupéfiants visés par une convention internationale applicable dans les États membres de l'Union. Cette politique a pour objectif déclaré, le contrôle de la fabrication et de la distribution des stupéfiants en raison des risques que leur mauvais usage représente pour la santé publique et l'ordre public. L'une des questions préjudicielles vise à déterminer si un État membre est en droit de refuser une licence pour l'importation de stupéfiants provenant d'un autre État membre, au motif que cette importation menacerait la viabilité de l'unique fabricant national sous licence. Sans renier sa jurisprudence antérieure selon laquelle l'article 36 du traité vise des mesures de nature non économique,<sup>1104</sup> la Cour se focalise sur le véritable objectif de la mesure litigieuse qui est d'assurer l'approvisionnement stable du pays à des fins médicales, même si le moyen employé exige la préservation du monopole accordé à une entreprise privée.<sup>1105</sup>

Dans la même logique, la Cour inscrit le maintien de l'équilibre financier des régimes de sécurité sociale dans la liste des exigences impérieuses.

C'est ce qui ressort de l'arrêt « Nicolas Decker »,<sup>1106</sup> dans lequel est en cause dans l'affaire au principal, le refus par la Caisse luxembourgeoise de sécurité sociale de rembourser à un ressortissant de cet Etat, une paire de lunettes avec verres correcteurs achetée auprès d'un

---

<sup>1103</sup> Arrêt du 28 mars 1995, « Evans Medical », affaire 324/93, Rec. 1995, p. I-563.

<sup>1104</sup> *Ibid.*, point 36, dans lequel la Cour se réfère à l'arrêt Duphar précité.

<sup>1105</sup> *Ibid.*, point 37.

<sup>1106</sup> Arrêt du 28 avril 1998, « Nicolas Decker contre Caisse de maladie des employés privés », affaire C-120/95, Rec. 1998, p. I-1831, point 39.

opticien établi en Belgique, sur ordonnance d'un ophtamologiste luxembourgeois, au motif que l'achat avait été effectué sans l'autorisation préalable de la Caisse. Il convient toutefois de noter la prudence et le soin dans le langage parfois utilisé par la Cour, qui exprime ainsi une certaine réticence à limiter trop brutalement sa jurisprudence antérieure. Elle affirme en effet « *qu'il ne peut être exclu qu'un risque d'atteinte grave à l'équilibre financier du système de sécurité sociale puisse constituer une raison impérieuse d'intérêt général susceptible de justifier pareille entrave.*<sup>1107</sup> Ainsi des réglementations nationales peuvent être justifiées par la nécessité de maintenir la couverture sociale des frais sanitaires et indirectement par l'objectif de protection de la santé publique. Partant, un objectif économique ne constitue point un obstacle à la réhabilitation d'une réglementation restrictive des échanges, dès lors qu'il permet la satisfaction de l'objectif de protection de la santé publique.

La Cour adopte ainsi une vision à long terme et réaliste des risques sanitaires qui résulteraient d'une faillite des régimes sociaux, vision qui dans le même temps doit rester compatible avec les exigences du marché intérieur.<sup>1108</sup>

Cette dernière réserve explique la position du juge dans l'arrêt précité,<sup>1109</sup> selon laquelle le remboursement forfaitaire de lunettes et de verres correcteurs achetés dans un autre État membre n'aurait pas d'incidence sur le financement ou l'équilibre du système de sécurité sociale.<sup>1110</sup> La Cour ajoute que la réglementation litigieuse n'est pas justifiée par des motifs de protection de santé publique. Constatant que les conditions d'accès et d'exercice de la profession d'opticien ont été harmonisées, elle estime en effet que l'achat auprès d'un opticien établi dans un autre État membre, fournit les garanties nécessaires en matière de protection de la santé publique.<sup>1111</sup> La libre circulation des produits pharmaceutiques est ainsi privilégiée, au motif qu'ils ont été délivrés sur ordonnance par des professionnels de santé dont la fiabilité est garantie par des diplômes harmonisés. La Cour semble ainsi accorder aux vertus de l'harmonisation une confiance aveugle que nous avouons ne pas partager dans un domaine aussi sensible que celui de la santé publique. En revanche, la position de principe, à

---

<sup>1107</sup> *Ibid.*, point 39.

<sup>1108</sup> *Ibid.*, point 25 : Le fait que la réglementation nationale en cause relève de la sécurité sociale n'est pas de nature à exclure l'application de l'article 30 du traité (article 34 TFUE).

<sup>1109</sup> Arrêt du 28 avril 1998, « Nicolas Decker contre Caisse de maladie des employés privés », affaire C-120/95, Rec. p. 1831.

<sup>1110</sup> *Ibid.*, point 40.

<sup>1111</sup> Voir également les arrêts du 7 mars 1989, « Heinz Schumacher contre Hauptzollamt Frankfurt am Main-Ost », affaire 215/87, Rec. 1989, p. 617 ; et du 8 avril 1992, « Commission contre République Allemagne », Rec. 1992, p. I-2575.

savoir l'interprétation extensive du motif de protection de la santé publique conditionnée par la pérennité des régimes de sécurité sociale, nous semble en phase avec l'esprit du traité.

Cette logique conduit également la Cour à justifier une réglementation nationale particulièrement restrictive, visant à garantir la pleine efficacité de la mission des pharmaciens dans les établissements hospitaliers. Dans l'affaire 141/07<sup>1112</sup> est en cause la réglementation allemande soumettant la conclusion d'un contrat d'approvisionnement des hôpitaux en médicaments à des exigences cumulatives (fourniture en urgence des médicaments associée à un service de conseil au personnel de l'hôpital), ayant pour effet de rendre pratiquement impossible l'approvisionnement régulier d'un hôpital par des pharmacies situées dans d'autres États membres de l'Union européenne.

En vue d'apprécier la nécessité de la mesure, la Cour oppose à la Commission plusieurs arguments. Le premier fait directement référence à la nécessité de garantir l'unité et à l'équilibre du système d'approvisionnement des hôpitaux. La réglementation litigieuse vise en effet à « *transposer au système d'approvisionnement externe des exigences analogues à celles qui caractérisent le système d'approvisionnement interne* »<sup>1113</sup> dans un but d'efficacité. Plus concrètement, la proximité géographique du pharmacien externe garantirait une meilleure disponibilité, notamment en cas d'urgence.<sup>1114</sup> Sur ce sujet, l'avocat général Monsieur Yves Bot est plus précis lorsqu'il compare la situation des clients des officines qui bénéficient d'une relation personnelle et directe avec leur pharmacien, avec celles des patients hospitalisés qui se trouvent dans une position totalement passive. La mission du pharmacien en milieu hospitalier impliquerait donc que celui-ci puisse, au même titre que les autres membres de l'équipe thérapeutique, intervenir dans le processus de soin prodigué à chaque malade.<sup>1115</sup>

Mais surtout, un second argument d'ordre économique est également pris en compte par les juges. En vue d'apprécier la nécessité de la mesure, la Cour oppose à la Commission le fait que la répartition des tâches entre plusieurs pharmaciens pour assurer les différentes fonctions liées à l'approvisionnement aurait pour conséquence de générer des charges supplémentaires

---

<sup>1112</sup> Arrêt du 11 septembre 2008, « Commission des Communautés européennes contre République fédérale d'Allemagne », affaire C-141/07, Rec. 2008 p. I.6935, point 60.

<sup>1113</sup> *Ibid*, point 55.

<sup>1114</sup> *Ibid*, points 53 et 56.

<sup>1115</sup> Conclusions, points 108 à 110.

susceptibles d'en compromettre la bonne gestion et par voie de conséquence, la réalisation d'un niveau élevé de protection de la santé publique.<sup>1116</sup>

Cependant, une telle description du fonctionnement des hôpitaux n'est-elle pas idéalisée par rapport à la réalité ? Notre doute à ce propos traduit bien le niveau d'exigences et de précaution recherché par la Cour qui en la matière vise à éviter tout risque sanitaire dont elle refuse d'endosser la responsabilité. Notre conviction est renforcée par les conclusions de l'avocat général, lorsqu'il prône la généralisation des règles litigieuses tout en reconnaissant que leur application à tous les établissements hospitaliers, quelles que soient leur taille et leur spécialité, ne répondent pas au même degré de nécessité.<sup>1117</sup>

Nous observons que la Cour explique sa position afin de la concilier avec sa jurisprudence antérieure selon laquelle des intérêts d'ordre économique ne peuvent justifier une entrave au principe de libre circulation des marchandises. En l'occurrence, il convient d'apprécier le but ultime de la réglementation, à savoir « *le maintien d'un service médical et hospitalier équilibré et accessible à tous* », sans se focaliser sur le moyen d'y parvenir. En effet, dans la mesure où l'enjeu est la pérennité d'un tel dispositif dans le domaine de la médecine, la Cour de justice admet qu'un tel objectif puisse relever d'une dérogation pour des raisons sanitaires puisqu'il contribue à la réalisation d'un niveau élevé de protection de la santé.<sup>1118</sup>

Ainsi, la Cour reste fidèle à ses convictions au-delà d'une vision trop étroite des objectifs poursuivis par les États membres.

On retrouve le même souci de cohérence dans la jurisprudence de la Cour relative au problème de la conciliation entre les principes du marché intérieur et les entraves résultant des droits nationaux de la propriété industrielle.

## 2- La confrontation entre les droits nationaux de propriété industrielle et le principe de libre circulation des marchandises

---

<sup>1116</sup> affaire C-141/07, point 59 : « *L'approche privilégiée par la Commission obligerait les hôpitaux allemands qui choisissent de s'approvisionner auprès de pharmacies externes ou de pharmacies d'un autre hôpital à engager plusieurs pharmaciens pour assurer les différentes fonctions liées à l'approvisionnement, ce qui générerait, ...des charges supplémentaires liées à un tel engagement* ».

<sup>1117</sup> L'avocat général fait référence aux établissements spécialisés en gériatrie dans lesquels les personnes âgées ont des besoins stables et bien connus du personnel médical, contrairement aux centres spécialisés en chirurgie cardio-vasculaire ou traitant toutes les urgences médicales ( Conclusions, point 106).

<sup>1118</sup> *Ibid.*, points 58 et 60.

Il s'agit dans ce paragraphe d'analyser les interférences pouvant exister entre les motifs de dérogations de l'article 36 et d'observer tout particulièrement l'importance relative de la libre circulation des médicaments revendiquée notamment par les importateurs parallèles, d'une part, et celle de la protection des titulaires de brevets sur des médicaments, d'autre part.

Nous constatons tout d'abord que l'affirmation de la Cour, selon laquelle les motifs de l'article 36 TFUE seraient de nature non économique, semble contestable dans la mesure où la protection des droits de propriété industrielle figure dans la liste de ces motifs. Toutefois, comme le démontrent les affaires commentées ci-après, la spécificité du domaine de la santé publique est également prise en compte par la jurisprudence en matière de propriété industrielle et commerciale lors du difficile exercice de conciliation entre le principe de libre circulation des marchandises, les droits nationaux des brevets et les politiques nationales de santé publique.

Quant à l'opposition entre le principe de libre circulation des marchandises et les droits exclusifs d'exploitation reconnus aux titulaires de brevets par les législations nationales, la réalité et la sensibilité du problème proviennent notamment de la liberté des Etats membres de fixer les prix des médicaments et des niveaux de remboursement aux patients. En conséquence, les écarts de prix peuvent atteindre des proportions considérables avec pour effet, une incitation au développement du commerce parallèle, source d'inquiétudes pour les laboratoires pharmaceutiques.<sup>1119</sup>

La jurisprudence de la CJCE/CJUE s'est adaptée à la diversité des situations sans compromettre le subtil et nécessaire équilibre entre les intérêts en jeu : d'une part, le monopole incitant, fondement et raison d'être du droit des brevets et, d'autre part, l'ouverture des marchés visée par le traité.

---

<sup>1119</sup> L'article 168 paragraphe 7 du TFUE s'oppose à l'harmonisation des prix des médicaments : « *L'action de l'Union est menée dans le respect des responsabilités des Etats membres en ce qui concerne la définition de leur politique de santé, ainsi que l'organisation et la fourniture de services de santé et de soins médicaux. Les responsabilités des Etats membres incluent la gestion de services de santé et soins médicaux, ainsi que l'allocation des ressources qui leur sont affectées...* »

Ces différences de prix s'élèveraient parfois à 900% (Voir Rosnak Michal, « Le commerce parallèle des médicaments dans le droit de l'Union européenne – Les limites de la libre circulation des marchandises sur le marché pharmaceutique », Thèse soutenue à Poznan le 25 septembre 2012, pour le grade docteur de l'université de Rennes 1, p. 10.



Rappelons en effet que le Traité prévoit une exception au principe de libre circulation des marchandises, basée sur la protection des droits de propriété industrielle.<sup>1120</sup> Cependant, cette dérogation à la libre circulation des marchandises ne s'applique que dans la mesure où elle est justifiée par la sauvegarde des droits qui constituent l'objet spécifique du brevet qui est d'assurer à l'inventeur, afin de récompenser son effort créateur, un droit exclusif de première mise en circulation du produit, soit directement, soit indirectement par l'octroi de licences à des tiers.<sup>1121</sup>

Dans cette logique, « *si un tel obstacle à la libre circulation peut se justifier par des raisons de protection de la propriété industrielle lorsque cette protection est invoquée contre un produit en provenance d'un État membre où il n'est pas brevetable et a été fabriqué par des tiers sans le consentement du titulaire du brevet, en revanche, la dérogation au principe de la libre circulation des marchandises n'est pas justifiée lorsque le produit a été écoulé licitement sur le marché de l'État membre d'où il est importé, par le titulaire lui-même ou avec son consentement, notamment dans le cas d'un titulaire de brevets parallèles* ». <sup>1122</sup>

Dans cette dernière hypothèse, la première mise en vente sur le territoire du pays exportateur entraîne l'épuisement du droit de brevet. Cet équilibre garantit la récompense de l'effort créateur de l'inventeur (dans la mesure où il se voit octroyé un droit exclusif de première mise en circulation du produit <sup>1123</sup>) et encourage la recherche, sans sacrifier les avantages qu'offre le marché intérieur pour le consommateur.<sup>1124</sup>

La jurisprudence de la Cour a préservé cet équilibre dans l'hypothèse où la volonté légitime des États est de préserver l'intérêt public par la garantie d'un approvisionnement satisfaisant du marché national en médicaments. C'est en effet ce qui justifie le régime des licences

---

<sup>1120</sup> Article 36 TFUE : « *Les dispositions des articles 34 et 35 ne font pas obstacle aux interdictions ou restrictions d'importation, d'exportation ou de transit, justifiées par des raisons ... de protection de la propriété industrielle et commerciale...* ».

<sup>1121</sup> Arrêt du 3 octobre 1974, « Centrafarm / Sterling Drug », affaire 15/74, Rec. 1974, p. 1147, point 9.

<sup>1122</sup> *Ibid.*, point 11.

<sup>1123</sup> Arrêt du 14 juillet 1981, « Merck & Co. Inc. contre Stephar BV et Petrus Stephanus Exler », affaire 187/80, Rec. p. 2063.

<sup>1124</sup> Le prix des médicaments est largement déterminé par les coûts de recherche. Ceux-ci peuvent être financés grâce à des stratégies de prix discriminatoires en fonction du potentiel de chaque marché. Il convient en ce sens de réguler les importations parallèles qui à défaut empêcheraient toute discrimination tarifaire. Les adversaires du commerce parallèle des médicaments évoquent également le risque de pénurie de certains médicaments en raison de leur exportation vers des marchés plus rentables (Rosnak Michal, « Le commerce parallèle des médicaments dans le droit de l'Union européenne – Les limites de la libre circulation des marchandises sur le marché pharmaceutique », Thèse soutenue à Poznan le 25 septembre 2012, pour le grade docteur de l'université de Rennes 1, p. 12)

obligatoires permettant à son bénéficiaire d'exploiter l'invention. Dans cette hypothèse, c'est l'administration qui détermine l'étendue des droits du licencié.

Ainsi, dans l'affaire « Pharmon Bv contre Hoechst AG », <sup>1125</sup> le litige a pour origine l'importation d'un lot de médicaments aux Pays-Bas à partir du Royaume-Uni où la société exportatrice a obtenu une licence obligatoire conformément au droit anglais des brevets. (Celui-ci comportait un régime spécifique pour les brevets concernant les denrées alimentaires, les médicaments et les instruments chirurgicaux). La Cour souligne la particularité de cette situation par rapport à celles des affaires précédemment commentées, dans la mesure où dans le cas d'une licence obligatoire, le titulaire du brevet ne saurait être réputé avoir consenti à l'exportation. <sup>1126</sup> Afin de garantir la récompense de son effort créateur qui constitue la substance du droit de brevet, il est donc nécessaire de permettre au titulaire du brevet de s'opposer à l'importation et à la commercialisation des produits fabriqués dans le cadre d'une licence obligatoire. <sup>1127</sup>

Cet arrêt préserve l'équilibre affiché par la Cour entre les intérêts en présence. Il permet en effet de concilier, d'une part, les intérêts d'un État membre souhaitant permettre la fabrication d'un médicament sur son territoire grâce à la concession obligatoire d'une licence et, d'autre part, ceux du titulaire du brevet dont les droits ne sont pas épuisés dans les autres pays où des brevets parallèles ont été déposés.

Comme nous l'avons précédemment souligné, il y a cependant un pas que la Cour se refuse à franchir. Il s'agit de la prise en compte d'obligations morales invoquées par des particuliers et dont il est question dans l'arrêt « Merck et Beecham contre Europharm ». <sup>1128</sup> Dans les affaires au principal, les sociétés Merck et Beecham ont assigné des importateurs parallèles de produits pharmaceutiques en contrefaçon de brevets britanniques couvrant plusieurs médicaments. En l'occurrence, les importations provenaient d'Espagne et du Portugal où les produits concernés n'étaient pas brevetables. Après avoir rappelé notamment que lorsque le titulaire d'un brevet décide librement de commercialiser un produit dans un État membre où il n'est pas brevetable, il doit accepter les conséquences de ce choix et notamment les éventuelles

---

<sup>1125</sup> Arrêt du 9 juillet 1985, « Pharmon Bv contre Hoechst AG », affaire 19/84, Rec. 1985, p. 2281.

<sup>1126</sup> *Ibid.*, point 25.

<sup>1127</sup> *Ibid.*, point 26.

<sup>1128</sup> Arrêt du 5 décembre 1996, « Merck Co inc. et Beecham Group plc c/Europharm of worthing Ltd », affaires jointes C-267/95 et C-268/95, Rec. 1996, p. I-6285 (arrêt précité et commenté p. 90 et 91 de notre thèse).

importations parallèles. A la question de savoir si le principe s'applique également dans l'hypothèse où le titulaire du brevet serait moralement tenu de commercialiser ou de continuer à commercialiser le produit dans l'Etat d'exportation, la Cour répond par l'affirmative. Celle-ci admet en effet que le titulaire d'un brevet peut être admis à faire la preuve devant la juridiction saisie d'une demande d'interdiction d'importation, qu'il est tenu d'une « *obligation réelle et actuelle* » mais non simplement morale de commercialiser ses produits dans un autre État membre. La Cour justifie cette décision de principe par la difficulté qu'elle aurait à appréhender de telles considérations d'ordre moral.<sup>1129</sup>

L'analyse de la jurisprudence de la CJCE/CJUE relativise également l'idée selon laquelle la liberté des échanges correspondrait systématiquement à une menace pour la santé publique. A cet égard, la Cour avait jugé dans un arrêt précédent<sup>1130</sup> que les importations parallèles de médicaments ne doivent pas être défavorisées par les autorités sanitaires nationales. De telles politiques nationales favorisent, selon la Cour, une protection efficace de la santé et la vie des personnes dans la mesure où bien souvent, les importateurs parallèles peuvent offrir les médicaments à des prix inférieurs à ceux pratiqués par l'importateur agréé. Or l'accès aux médicaments exige qu'ils soient vendus à des prix raisonnables<sup>1131</sup>

Ainsi, la Cour semble vouloir ne pas prendre de risque dès lors que les dangers sont réels. En revanche, le bon fonctionnement du marché intérieur redevient logiquement prioritaire dans l'hypothèse inverse.

## **Conclusion de la section**

Nous avons tenté de démontrer qu'au delà de certains écarts avec sa jurisprudence classique relative à la définition des MEERQ, la Cour ne sacrifie pas, malgré les apparences, toute cohérence au nom du pragmatisme.

---

<sup>1129</sup> *Ibid*, point 53.

Cependant, la dimension morale n'est pas systématiquement ignorée par les institutions communautaires. Voir notamment la polémique à propos des négociations que la Commission européenne conduit avec les autorités indiennes en vue des accords de libre échange entre l'Union européenne et l'Inde. D'aucuns (contredits par la Commission) estiment que les dispositions proposées dans l'accord en matière de propriété intellectuelle risquent de provoquer une catastrophe humanitaire en privant l'industrie pharmaceutique indienne du droit de produire et de fournir à bas prix des médicaments génériques aux pays en développement. (Voir Pierre Chappard, Loon Gangte, Hakima Himmich « La pharmacie du monde en danger », *Le Monde.fr* 17 et 18 novembre 2010 ; Voir également John Clancy, porte-parole du commerce de l'Union européenne, « L'Europe n'entravera pas l'accès aux médicaments en Inde », *Le Monde.fr*, 3 décembre 2010.

<sup>1130</sup> Arrêt du 20 mai 1976, « De Peijper », affaire 104/75, Rec. 1976, p. 613.

<sup>1131</sup> *Ibid*, point 25.

Concernant ce dernier point, nous pensons que l'incertitude, fondement du principe de précaution, constitue une clé de lecture possible de la prudence particulière de la Cour de justice sur le sujet, permettant de concilier l'affirmation jurisprudentielle d'une compétence étatique provisoire avant une harmonisation et la reconnaissance par le traité d'une compétence résiduaire après une harmonisation.

Dans un second temps, nous avons conclu que le même principe de précaution pourrait expliquer l'originalité des interprétations de la Cour dans le domaine sanitaire tout en préservant une certaine cohérence avec sa ligne jurisprudentielle. Dans cet esprit, nous avons observé la sensibilité du juge communautaire à la nécessité d'assurer la pérennité des systèmes nationaux de sécurité sociale, mais aussi la garantie d'approvisionnement d'un État membre en médicaments ou encore le maintien d'un service hospitalier accessible à tous. L'analyse de la jurisprudence communautaire révèle également la prise en compte des exigences sanitaires dans l'exercice de conciliation entre le principe de libre échange et la protection des droits de propriété industrielle.

## **Conclusion du chapitre**

Loin d'être figée, la jurisprudence communautaire dans un souci de pragmatisme s'adapte aux nouvelles priorités des traités. Ainsi, la prudence de la Cour dans le domaine sensible de la santé publique correspond à une application plus ou moins explicite du principe de précaution. La sensibilité du juge de l'Union aux impératifs sanitaires apparaît avec d'autant plus d'éclat qu'elle émerge parfois d'une opposition avec son avocat général ou de raisonnements contradictoires au sein même de la juridiction communautaire. Toutefois, nous avons observé que le réalisme de la Cour et son adaptabilité ne sont pas toujours synonymes d'incohérence dans ses analyses. L'exemple des affaires relatives au maintien des régimes de sécurité sociale et des politiques nationales du médicament révèlent, au delà d'une vision étriquée des conditions d'application des motifs de dérogation de l'article 36 CJUE, une interprétation du droit communautaire respectueuse de l'esprit du traité.

## **Conclusion du titre**

Nous avons constaté et commenté certains écarts de la jurisprudence par rapport aux lignes que la Cour avait précédemment tracées, tant en ce qui concerne l'identification des obstacles au libre échange que l'interprétation des conditions et des motifs de dérogation à leur interdiction. Nous avons soumis à l'analyse critique les arguments de la Cour permettant d'y voir une forme d'adaptation aux nouvelles priorités au sein de l'Union, révélatrice d'une approche moins dogmatique que pragmatique.

Toutefois, nous proposons dans le titre II d'apprécier les nombreuses diversions constatées dans la jurisprudence sous un autre éclairage et qui permettrait, s'il en était besoin et dans une certaine mesure, de les légitimer.

## **Titre II- Les clés d'une jurisprudence légitime**

Le caractère instable de la jurisprudence a été largement dénoncé par la doctrine. Toutefois les apparences ne sauraient lui ôter toute légitimité dès lors que l'observateur choisit de l'interpréter à travers une grille de lecture originale. Pareille démarche exige de distinguer les réglementations en fonction de leur objet et de leurs finalités. On perçoit alors au delà des tatonnements de la jurisprudence, la volonté de reconnaître aux Etats membres une plus grande autonomie dans la défense des valeurs non économiques.

Néanmoins, cette tentative de réhabilitation de la jurisprudence de la Cour de justice ne parvient pas à dissimuler un bilan controversé. Notre propos tend à démontrer l'intérêt d'une évolution de la jurisprudence de la Cour vers le choix d'un critère d'identification unique des MEERQ tant à l'importation qu'à l'exportation. Cette unité jurisprudentielle serait idéalement fondée sur le critère revisité de l'accès au marché.

Nous commenterons successivement ces deux affirmations dans les chapitres suivants :

Chapitre 1- Une jurisprudence légitimée grâce aux critères combinés des compétences étatiques et des valeurs non économiques

Chapitre 2- Une évolution souhaitable vers l'unité jurisprudentielle fondée sur le critère revisité de l'accès au marché

## **Chapitre 1- Une jurisprudence légitimée grâce aux critères combinés des compétences étatiques et des valeurs non économiques**

Nous constatons ci-après la difficulté qu'éprouve la Cour de justice à déterminer le critère parfait de l'efficacité pour assurer la libre circulation des marchandises, sans dépasser ses attributions juridictionnelles.

On peut tenter d'expliquer cette relative instabilité jurisprudentielle par une sensibilité croissante des juges aux valeurs non économiques. Les risques d'empiètement de la Cour sur les prérogatives des États membres et les effets en cascade de certaines de ses décisions semblent en effet liés à la nature ou à l'objet de certaines réglementations. Ne pourrait-on, en conséquence, expliquer certaines décisions de la Cour par des raisons de politique judiciaire, de politique sociale et de politique sanitaire ? (Section 1)

Selon un raisonnement *a contrario*, une lecture non conventionnelle de la jurisprudence ne permettrait-elle pas de déceler, au delà des apparences, une certaine unité. (Section 2)

### **Section 1- L'évolution de la jurisprudence expliquée par des raisons de politique sociale et de politique sanitaire**

La raison invoquée par la Cour de justice pour justifier le revirement opéré à partir de l'arrêt « Keck et Mithouard », à savoir la multiplication des recours abusifs aux dispositions du traité pour contester toutes sortes de réglementation sans véritable rapport avec le commerce intracommunautaire, correspond de manière implicite au souci du juge de faire respecter le principe d'attribution des compétences entre les États membres et l'UE. Dans la même logique, ce principe n'est pas totalement étranger à la jurisprudence « Cassis de Dijon ». Les diversions constatées dans la jurisprudence de la Cour illustrent la nature complexe du marché intérieur. Elles expliquent également la réticence des juges à appréhender les questions de politique sociale (I) et à apprécier les politiques sanitaires, environnementales et culturelles nationales (II).

## I- L'évolution de la jurisprudence expliquée par des raisons de politique sociale

Nous avons souligné les effets potentiels induits par l'interprétation extensive de l'article 34 du TFUE. Plus précisément, les conséquences de l'arrêt « Dassonville » n'allaient-elles pas se traduire par un empiètement du pouvoir juridictionnel communautaire sur les prérogatives des Etats membres dans des domaines étrangers au commerce intracommunautaire et reflétant parfois de véritables choix de société ?<sup>1132</sup> Comme nous l'avons rappelé dans les lignes précédentes, le législateur communautaire se doit au nom du principe de subsidiarité, de respecter la ligne de démarcation entre les champs de compétences de l'Union, d'une part, et celles de ses membres, d'autre part.<sup>1133</sup>

Pour préserver cette répartition des compétences, la Cour a suivi plusieurs voies.

La première a consisté à reconnaître avant l'affaire « Keck et Mithouard » la nature particulière de certaines réglementations dont l'objet se révélait étranger au commerce intracommunautaire.

Ainsi et comme nous l'avons déjà mentionné, la Cour n'a pas attendu l'arrêt « Keck et Mithouard » pour confiner la jurisprudence « Dassonville » et placer certaines réglementations hors du champ des dispositions correspondant aujourd'hui aux articles 34 et 35 du TFUE.

Il s'agit tout particulièrement des règles nationales du travail relatives aux heures, jours et lieux de travail et la réglementation des lieux de vente qui correspondent à des choix de politiques sociale et culturelle dont la nature est étrangère à la pure sphère économique.

---

<sup>1132</sup> Le respect de ce principe transparait également dans la jurisprudence de la Cour Suprême des Etats-Unis : *"It must be borne in mind that the Constitution when conferring upon Congress the regulation of commerce, ... never intended to cut the States off from legislating on all subjects relating to the health, life, and safety of their citizens, though the legislation might indirectly affect the commerce of the country"*, 362 US 440, 443-4 (1960), cité par Catherine Barnard, « Restricting restrictions : lessons for the EU from the US ? », Cambridge Law Journal, 68(3), November 2009, pp. 589.

<sup>1133</sup> Le règlement (CE) n° 765/2008 du Parlement européen et du conseil du 9 juillet 2008 (JO L 218 du 13.08.2008) relatif à « l'accréditation et à la surveillance du marché pour la commercialisation des produits » constitue, à cet égard, un exemple intéressant. Son champ d'application exclut en effet formellement les produits d'origine humaine et des produits de plantes et d'animaux se rapportant directement à leur reproduction future. Cette disposition ne témoigne-t-elle pas clairement d'une volonté de l'Union de ne pas s'impliquer dans des sujets sociétaux extrêmement sensibles ?

En effet, le caractère politique du problème et l'intensité du débat proviennent notamment de l'opposition entre, d'une part, une majorité de consommateurs et les grands magasins qui veulent élargir leurs parts de marchés et, d'autre part, les petits commerces soumis à la concurrence des grandes surfaces et les syndicats soucieux du sort des salariés.

Ajoutons un autre constat confirmant la dimension politique de la question du repos dominical en ce qu'elle révèle un clivage nord sud. En effet, la trêve dominicale est généralement maintenue grâce à l'action des syndicats dans les pays du nord de l'Europe, et davantage à l'influence des groupes de pression représentant le petit commerce dans les pays du sud.<sup>1134</sup>

Enfin, il convient de prendre en compte la dimension religieuse et symbolique du premier jour de la semaine pour les chrétiens, sans oublier la préservation du lien familial, et dans un autre domaine la désertification des centres villes.<sup>1135</sup> Bien que toutes ces considérations n'apparaissent pas formellement dans les arrêts de la Cour, ils peuvent venir en appui des décisions jurisprudentielles que nous proposons de commenter ci-après.

L'affaire « Oebel »<sup>1136</sup> concerne la législation allemande sur le travail de nuit dans les boulangeries et les pâtisseries et sur le transport de nuit des produits des secteurs concernés. Concernant la restriction relative à la fabrication avant quatre heures du matin, la Cour souligne que la réglementation en cause relève de la politique économique et sociale,<sup>1137</sup> mais pour se placer ensuite sur le terrain classique inspiré par l'affaire « Groenveld ». En effet, la référence à la nature particulière de la réglementation en cause sert uniquement à démontrer le caractère non discriminatoire de la réglementation, permettant ainsi d'écarter l'application de l'article 34 CE (article 35 TFUE).

Concernant le transport et la livraison de nuit, le juge communautaire fait l'économie d'un raisonnement analytique dans la mesure où il utilise simultanément le même argument pour écarter une éventuelle application des articles 30 et 34 du traité (articles 34 et 35 TFUE).<sup>1138</sup>

---

<sup>1134</sup> Malcom Jarvis, « The Application of EC Law By National Courts – The Free Movement of Goods », Clarendon Press – Oxford, 1998, p. 198 et 199.

<sup>1135</sup> *Ibid*, p. 226.

<sup>1136</sup> Arrêt du 14 juillet 1981, « Oebel », affaire 155/80, Rec. 1981, p. 1993. Voir également les arrêts précités du 23 novembre 1989, « Torgaen Borough Council », affaire C-145/88, Rec. 1989, p. 3851, point 14 ; du 28 février 1991, « Union départementale de syndicats CGT de l'Aisne », affaire C-312/89, Rec. 1991, p. I-997, point 8.

<sup>1137</sup> Affaire « Oebel » (précitée), points 12 et 16.

<sup>1138</sup> « *Ibid* », points 17 à 21.



Une telle entorse à son approche traditionnelle, distinguant clairement les définitions des MEERQ à l'importation et à l'exportation peut s'expliquer par la nature et l'objet particuliers de la réglementation qui se trouverait de ce fait, hors d'atteinte des articles précités.

L'affaire « Blesgen »<sup>1139</sup> constitue un autre exemple proche du précédent. Est en cause la réglementation Belge sur le régime des alcools interdisant la vente de boissons spiritueuses dépassant 22 degrés de force alcoolique dans tous les locaux accessibles au public. La CJCE juge la réglementation nationale étrangère au champ d'application des articles 30 et suivants (articles 34 et suivant du TFUE), sans même s'être référée aux exigences impératives.<sup>1140</sup> Elle conforte ainsi la conviction du gouvernement belge soutenant que la mesure en cause vise à combattre l'alcoolisme, tout particulièrement chez les jeunes, et constitue de ce fait un choix de politique sociale légitime.<sup>1141</sup>

Concernant la réglementation des canaux de distribution et des lieux de vente, l'arrêt « Quietlynn Limited et Brian James Richards contre Southern Borough Council »<sup>1142</sup> porte sur une réglementation nationale interdisant la vente d'articles pornographiques licites par des boutiques non autorisées. En référence à l'arrêt « Oebel » précité, la Cour constate que les dispositions litigieuses ne présentent aucun lien avec les échanges intracommunautaires. En conséquence, elles ne sont pas de nature à entraver le commerce entre les Etats membres.<sup>1143</sup>

Toutefois, d'autres courants jurisprudentiels concernant des questions relatives au repos dominical ont révélé une tendance interventionniste de la Cour. De nombreux arrêts ont en effet rappelé le caractère potentiellement restrictif de réglementations relatives à la commercialisation des marchandises, conduisant la Cour à juger de la proportionnalité de la mesure ou déléguant cette responsabilité aux juridictions nationales.

Ce constat se vérifie dans l'arrêt « Torfaen Borough Council contre B & Q plc »,<sup>1144</sup> rendu à propos d'une réglementation britannique interdisant l'exercice d'activités commerciales le dimanche. En se référant également à l'affaire « Oebel », la Cour juge qu'une réglementation

---

<sup>1139</sup> Arrêt du 31 mars 1982, « Blesgen », affaire 75/81, Rec. 1982, p. 1211.

<sup>1140</sup> *Ibid.*, point 9.

<sup>1141</sup> *Ibid.*, point 6.

<sup>1142</sup> Arrêt du 11 juillet 1990, « Quietlynn Limited et Brian James Richards contre Southern Borough Council », affaire C-23/89, Rec. 1990, p. I-3059.

<sup>1143</sup> *Ibid.*, point 11.

<sup>1144</sup> Arrêt du 23 novembre 1989, « Torfaen Borough Council contre B & Q plc », affaire C-145/88, Rec. 1989, p. 3851.

litigieuse régissant les horaires de vente au détail constitue l'expression de certains choix de politique économique et sociale conforme aux objectifs d'intérêt général poursuivis par le traité. Dès lors, il appartient à la juridiction nationale de vérifier que ses effets ne dépassent pas le cadre des effets propres d'une réglementation de commerce.<sup>1145</sup>

Dans des affaires proches de la précédente,<sup>1146</sup> la Cour affirme toutefois que si l'interdiction d'occuper des travailleurs dans des commerces de détail le dimanche n'a pas pour objet de régir les échanges, une telle réglementation peut néanmoins avoir des conséquences négatives sur le volume des ventes et par conséquent sur les importations. La suite de son raisonnement respecte celui qu'elle avait développé dans l'affaire « Torfaen Borough Council contre B & Q plc », à la différence qu'elle conclut elle-même au caractère proportionné de la mesure nationale au regard de l'objectif visé qui est d'adapter les horaires de travail aux particularités sociales et culturelles.<sup>1147</sup>

En conséquence et plutôt que de tirer des conclusions hâtives d'une tendance hégémonique de la Cour, ne devrait-on pas analyser la pluralité des courants jurisprudentiels comme traduisant davantage l'embarras de la juridiction communautaire qu'une volonté de stigmatiser les Etats dans certains choix inspirés par des considérations sociales voire religieuses ?<sup>1148</sup> Autrement dit, ne pourrait-on également déceler dans la jurisprudence « Keck et Mithouard », une déclinaison du principe subsidiarité auquel est soumis le législateur communautaire ?

Précisons que la nature de cette question litigieuse pose les mêmes difficultés au juge national, lorsqu'il doit apprécier la proportionnalité de telles législations nationales. La comparaison entre les lois nationales et leur interprétation par les juridictions est à cet égard éclairante.<sup>1149</sup> L'application du test de proportionnalité correspond à un exercice compliqué en

---

<sup>1145</sup> *Ibid.*, points 15 et 16.

<sup>1146</sup> Arrêts du 28 février 1991, « Union départementale des syndicats CGT de l'Aisne contre SIFEDEF Conforama », affaire C-312/89, Rec. 1991, p. I-997 ; du 28 février 1991, « Procédure pénale contre André Marchandise... », affaire C-332/89, Rec. 1991, p. I-1027.

<sup>1147</sup> Arrêts du 28 février 1991, « Union départementale des syndicats CGT de l'Aisne contre SIFEDEF Conforama », affaire C-312/89, Rec. 1991, p. I-997 », points 11 et 12 ; du 28 février 1991, « Procédure pénale contre André Marchandise... », affaire C-332/89, Rec. 1991, p. I-1027, points 12 et 13.

<sup>1148</sup> L'avocat général Tesouro constate « l'incohérence et les contradictions » de la Cour dans ses conclusions relatives à l'arrêt du 15 février 1993, « Hurnermund e.a. contre Landesapothekerkammer Baden-Württemberg », affaire C-292/92, Rec. 1993, p. I-6787.

<sup>1149</sup> La Cour d'appel de Paris évoque : « L'expression d'un choix de politique sociale protectrice des salariés visant à imposer un repos hebdomadaire adapté aux particularités socioculturelles nationales. », CA Paris, 1<sup>ère</sup> ch. A, 19 décembre 1990, Gaz. Pal. 1991, I Jur. 249, « SA Virgin Megastore contre Fédération des services CFDT ». La séparation de l'église et de l'Etat est passée par là, à la différence de la situation outre Manche : « *The objective of the section 47 of the Shop act can be stated in a variety of ways, but it is wrong to say that it is unascertainable or to say that it has the limited objective of protecting shopworkers. The objective is the preservation of the special and traditional character of Sunday in England and*

raison de la nature particulière des réglementations qui sont souvent le résultat de compromis politiques illustrant les tensions entre le principe de liberté du commerce et la régulation économique. De telles tensions auxquelles sont soumis les juges nationaux sont d'autant plus importantes que les actions en justice peuvent être engagées par de grandes entreprises dénonçant les atteintes au libéralisme économique.

Une autre source de difficultés pour les juges tient à la nature complexe des réglementations nationales. Ainsi, les législations relatives au repos dominical visent des objectifs multiples et difficiles à cerner.<sup>1150</sup>

La difficulté de l'exercice serait également révélée par une certaine tendance des juridictions nationales, dans la période antérieure mais aussi postérieure à l'arrêt « Keck et Mithouard », à privilégier le critère de la discrimination au détriment de celui de l'entrave aux échanges, tout particulièrement dans les affaires relatives aux réglementations nationales sur le lieu et le temps de travail.<sup>1151</sup>

Cette appréciation est confortée par la jurisprudence portant sur un domaine autre que celui de la libre circulation des marchandises.

Ainsi dans l'affaire « Hoffmann »,<sup>1152</sup> la Cour de justice est invitée à interpréter la directive 76/207 du 9 février 1976 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes, en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelle et les conditions de travail, en vue d'apprécier la compatibilité avec le droit communautaire d'une disposition législative allemande ayant pour objet la protection sociale de la mère. Cet arrêt fait suite à l'action d'un père contre l'administration allemande lui refusant le droit à un congé correspondant au congé maternité prévu par la loi nationale. L'analyse de la Cour traduit son embarras à se positionner sur le plan des mœurs lorsqu'elle déclare :

---

*Wales as a day for rest, relaxation, socialising and for a significant part of the population, worship...* (Northampton Crown Court IN Wellingborough Borough Council contre Payless D.I.Y. Ltd, Kettering Borough Council contre W.H. Smith Do-It-All Ltd).

<sup>1150</sup> Mustill LJ in W.H. Smith Do-It-All Ltd contre Peterborough City Council: "How could ... a desire to keep the Sabbath holy be measured against the free-trade economic premises of the common market? If this is what the Cassis de Dijon exception requires, it seems to me that the task would be difficult to the point of impossibility in any but the simple case, where the balance is to be struck not between two conflicting trade interests, but between the Community free trade interest on the one hand, and an intangible and elusive national moral, social or cultural norm on the other".

<sup>1151</sup> Malcolm Jarvis, « The application of EC Law by National Courts », p. 439.

<sup>1152</sup> Arrêt du 12 juillet 1984, « Hoffmann », affaire 184/83, Rec. 1984, p. 3047.

« Il résulte de l'analyse de la Cour que la directive n'a pas pour objet de régler des questions relatives à l'organisation de la famille ou de modifier la répartition des responsabilités au sein du couple ». <sup>1153</sup>

Le professeur Pierre Rodière remarque que de telles réserves émises par le juge prêtent à sourire, tant il est vrai que le droit au congé post-natal modifie les rapports au sein du couple, selon qu'il est réservé à la mère ou également accordé au père. <sup>1154</sup>

Ces commentaires relatifs à la jurisprudence « Keck et Mithouard » peuvent à certains égards s'appliquer à la jurisprudence « Cassis de Dijon » dans la mesure où celle-ci peut être perçue comme la volonté de la Cour de ne pas interférer dans des secteurs politiquement sensibles.

Sur cet aspect, l'affaire « Cinéthèque » <sup>1155</sup> nous semble une référence intéressante dans la mesure où elle pose la délicate question de l'équilibre entre la liberté commerciale et l'interventionnisme étatique. Les litiges au principal concernent la diffusion de deux films exploités en salles de cinéma sous forme de cassettes avant l'expiration du délai d'un an prévu par la réglementation française. Dans la mesure où l'exploitation en salle produit l'essentiel des revenus des producteurs, elle conditionne la rentabilité des activités cinématographiques. La réglementation litigieuse vise donc à encourager la production cinématographique.

La Cour de justice relève qu'un tel régime susceptible d'entraîner des entraves aux échanges intracommunautaires de vidéocassettes peut toutefois être compatible avec le principe de libre circulation des marchandises, sous réserve de non discrimination et de proportionnalité des mesures avec l'objectif visé. Il s'agit en l'occurrence d'assurer, pendant une période initiale, la priorité à l'exploitation en salle des œuvres cinématographiques de toutes origines par rapport aux autres moyens de diffusion. <sup>1156</sup>

Plusieurs constats dans cet arrêt traduisent l'embarras de la Cour face au choix politique auquel correspond la législation française.

---

<sup>1153</sup> *Ibid*, point 24.

<sup>1154</sup> Intervention de Monsieur Pierre Rodière, professeur de droit social à l'Université de Paris I, Panthéon-Sorbonne, lors de la première partie du colloque du 14 février 2009, L'Europe au défi de la crise : « Le fonctionnement de l'Union ».

<sup>1155</sup> Arrêt du 11 juillet 1985, « Cinéthèque SA et autres contre Fédération nationale des cinémas français », affaires jointes 60 et 61/84, Rec. 1985, p. 2605.

<sup>1156</sup> *Ibid*, points 21 à 24.

Premièrement, aucune analyse économique approfondie ne vient justifier la décision de la Cour favorable à la réglementation française. Deuxièmement, le juge communautaire ne fait aucunement référence aux exigences impératives ni à l'arrêt Cassis de Dijon. Troisièmement, l'argumentation présentée révèle une certaine confusion et conduit à une conclusion équivoque. En effet, le point 23 de l'arrêt précise « *qu'une telle justification ne saurait être refusée à un régime national qui ... vise à réserver pendant une période initiale limitée, la diffusion de ces œuvres par priorité à l'exploitation en salle* », ce qui semble signifier que la réglementation litigieuse serait conforme à l'article 30 du traité (article 34 TFUE). Cependant, sa portée est immédiatement relativisée par une position de principe qui semble remettre en cause une réponse définitive à la question posée. Au point 25 de l'arrêt, la Cour ajoute en effet :

*« qu'il convient de répondre ... que l'article 30 du traité doit être interprété en ce sens qu'il ne s'applique pas à une législation »* correspondant à la réglementation litigieuse « *lorsqu'une telle interdiction s'applique indistinctement aux vidéocassettes fabriquées sur le territoire national ou importées et que les entraves éventuelles aux échanges intracommunautaires que son application peut provoquer ne vont pas au delà de ce qui est nécessaire pour assurer pendant une période initiale, la priorité à l'exploitation en salle des œuvres cinématographiques de toute origine par rapport à d'autres moyens de diffusion* ».

En conséquence, ne devrait-on pas conclure à l'inadaptabilité de la jurisprudence « Cassis de Dijon » pour apprécier la conformité d'un certain type de réglementations avec le traité ?<sup>1157</sup>

En effet, les principes posés dans l'affaire « Cassis de Dijon » auraient été justifiés par la perspective de disparités mineures portant sur des normes techniques et ne seraient pas transposables au contexte des modalités de vente. Comment confondre dans un seul régime juridique, les réglementations techniques, d'une part, et les réglementations nationales qui correspondent prioritairement à des choix de société, d'autre part ? Dans la mesure où les règles appartenant à cette seconde catégorie, ne sont pas arbitraires mais reflètent par exemple des politiques sociales (exemple du repos dominical), il devient illusoire de pouvoir les remplacer par des mesures alternatives moins restrictives.

---

<sup>1157</sup> Voir Daniel Wilsher – "Does Keck discrimination make any sense? An assessment of the non-discrimination principle within the European Single Market". E.L.Review, February 2008.

C'est pourquoi les juridictions nationales n'ont pas attendu l'arrêt « Keck et Mithouard » pour emprunter la voie tracée par la Cour, pour des raisons que la doctrine a pu qualifier de bon sens et dont les effets vertueux sont également d'ordre pratique. En effet, le revirement ainsi opéré depuis l'affaire « Keck et Mithouard », autorise les juridictions nationales à « exempter » de telles réglementations de l'interdiction, soulageant ainsi la Cour de justice d'une charge de travail non négligeable.<sup>1158</sup>

En effet, la jurisprudence « Keck et Mithouard » n'apporte-t-elle pas, dans le domaine de la libre circulation des marchandises, une réponse plus claire à ce genre de questions en éloignant d'office la menace de l'article 34 TFUE pour les réglementations nationales relatives aux modalités de vente, dans la mesure où elles affectent de la même manière les produits nationaux et les produits importés ?

L'avocat général Yves Bot explique la jurisprudence « Keck et Mithouard » dans ses conclusions relatives à l'affaire « Remorques italiennes »<sup>1159</sup> par la probable volonté de la Cour de trouver un juste équilibre entre l'établissement d'un régime de liberté des échanges et la réserve de souveraineté des Etats membres. Si l'article 28 du traité CE (nouvel article 34 du TFUE) doit conserver son rôle d'instrument «garde-fou » contre les réflexes protectionnistes, il doit également éviter d'empiéter sur les domaines relevant de la politique intérieure des Etats membres.<sup>1160</sup>

Une autre explication fondée sur la sensibilité de la Cour aux « valeurs premières » (c'est à dire non économiques) pourraient également contribuer à la compréhension des orientations jurisprudentielles de la Cour de Justice.

## **II- L'évolution tâtonnante de la jurisprudence expliquée par des raisons de politiques sanitaire, environnementale et culturelle**

La sensibilité particulière de la Cour notamment aux questions de santé publique autorise un regard différent et moins critique de la jurisprudence relative à la commercialisation des

---

<sup>1158</sup> Malcom Jarvis, "The application of EC Law by National Courts -The free Movement of Goods" Malcolm Jarvis, Clarendon Press-Oxford, 1988, p. 95.

<sup>1159</sup> 10 février 2009, « Commission des Communautés européennes contre République italienne », affaire C-110/05, Rec. 2009, p.I-519.

<sup>1160</sup> *Ibid*, point 75.

médicaments. En ce domaine en effet, la jurisprudence « Keck et Mithouard » semble correspondre à une application de la théorie du moindre risque (A).

Elle justifie également une plus grande tolérance vis à vis de certaines réglementations nationales grâce à une forme d'intégration des régimes relatifs à l'article 36 du traité, d'une part, et de celui des exigences impératives, d'autre part (B).

A- La jurisprudence « Keck et Mithouard » : une application par la Cour de la théorie du moindre risque ? Le cas du monopole de la distribution des médicaments.

La jurisprudence « Keck et Mithouard » apparaît à première vue comme un véritable bouleversement et un revirement de la jurisprudence relative à la notion de MEERQ. Rappelons en effet et à titre d'exemple que dans l'affaire « Monteil et Sammani »,<sup>1161</sup> la Cour s'inspire de la jurisprudence « Dassonville » pour juger que le monopole conféré aux pharmaciens d'officine pour la commercialisation de médicaments ou d'autres produits peut constituer une MEERQ dans la mesure où il canalise les ventes et de ce fait affecte potentiellement la vente des médicaments importés<sup>1162</sup>. Dans la seconde étape de son raisonnement, la Cour reconnaît la spécificité des médicaments comme produits, pour leur appliquer la dérogation de l'article 36 au nom de la protection de la santé publique.<sup>1163</sup> Dans l'affaire similaire « Delatre »,<sup>1164</sup> la CJCE laisse au juge national le soin d'apprécier la proportionnalité de la réglementation.

Avec l'arrêt « Keck et Mithouard », une nouvelle étape est franchie puisqu'il en résulte que l'institution d'un monopole de distribution des médicaments au profit des pharmaciens concerne des modalités de ventes et de ce fait échappe au domaine d'application de l'article 28 du traité CE (article 34 du TFUE).

L'affirmation d'un bouleversement causé par l'arrêt « Keck et Mithouard » devrait cependant être moins péremptoire, du moins dans le secteur des produits pharmaceutiques, et ce pour deux raisons.

---

<sup>1161</sup> Arrêt du 21 mars 1991, « Monteil et Sammani », affaire 60/89, Rec. 1991, p. I-1547.

<sup>1162</sup> *Ibid.*, point 38.

<sup>1163</sup> *Ibid.*, point 43.

<sup>1164</sup> Arrêt du 21 mars 1991, « Delatre », C 369/88, Rec. 1991, p. I-1487.

La première vient du fait que dans ce secteur particulier, la Cour appliquait déjà une présomption de conformité du monopole accordé aux pharmaciens au principe de proportionnalité, reconnaissant ainsi et sauf exception, la spécificité des médicaments.<sup>1165</sup> Ainsi, on peut considérer que dans une étape intermédiaire, la Cour avait déjà jugé que le monopole de distribution des médicaments concédé aux pharmacies était présumé constituer une forme adaptée de protection de la santé publique, la preuve contraire pouvant être rapportée concernant certains médicaments pour lesquels la soumission au monopole serait apparue manifestement disproportionnée.<sup>1166</sup> Cette présomption applicable aux médicaments par opposition aux produits de parapharmacie nous amène à la conclusion que la Cour n'a pas attendu l'arrêt « Keck et Mithouard » pour « adapter » sa jurisprudence dans un domaine aussi particulier.

La seconde raison est fondée sur une autre lecture des arrêts de la Cour. En effet, l'affirmation d'un revirement jurisprudentiel est-elle la seule analyse possible ? N'y a-t-il pas au contraire dans ce domaine précis, une autre logique permettant de ne déceler dans les interprétations de la Cour de Justice qu'une tendance à privilégier la santé publique lorsque des risques sérieux la menacent.

Ainsi appliqué au domaine du marché du médicament, l'arrêt « Keck et Mithouard » peut être lu sous un angle non plus strictement économique mais également sanitaire. Cette analyse s'expliquerait par la volonté supposée de la Cour de compenser la définition extensive qu'elle donne des marchandises auxquelles sont assimilés les médicaments. Elle s'inscrirait également dans un courant jurisprudentiel trouvant sa source avant 1992 et privilégiant clairement la protection de la santé publique, tel qu'il apparaît dans les arrêts d'interprétation de la directive de 1965 à propos de la définition du médicament et de la directive de 1976 sur la définition des cosmétiques.

Une telle analyse transparaît également dans l'affaire du lait maternisé<sup>1167</sup> concernant un recours de la Commission contre la Grèce pour avoir imposé la vente exclusive de lait 1<sup>er</sup> âge en pharmacie. Cet arrêt relatif à un produit dont l'usage est aujourd'hui largement banalisé dans les pays de l'UE, illustre clairement le risque que les Etats membres abusent de cette

---

<sup>1165</sup> *Ibid*, points 54 à 57.

<sup>1166</sup> Affaire 60/89 « Monteil et Samanni », précitée, point 43.

<sup>1167</sup> Arrêt du 29 juin 1995, « Commission contre Grèce », C-391/92, Rec. 1995, p. I-1289.



nouvelle liberté par une interprétation extensive du monopole pharmaceutique. Pour autant, la Cour n'hésite pas à contredire son avocat général en niant le caractère discriminatoire de la réglementation litigieuse.<sup>1168</sup> Ainsi par son arrêt de rejet, la CJCE adresse à la Commission un message clair. L'action en manquement ne se justifie guère dans un contexte où la bonne foi d'un Etat membre de protéger la santé (et en l'occurrence la vie des nourrissons) ne peut être mise en doute.

La considération croissante pour les valeurs non économiques transparait également dans une certaine confusion entre les valeurs listées dans l'article 36 TFUE et les exigences impératives.

B- Une priorité renforcée des enjeux sanitaires, environnementaux et culturels sur l'objectif de libéralisation des échanges, révélée par une forme d'intégration de l'article 36 du traité et des exigences impératives

L'intégration de l'article 36 et des exigences impératives est toute relative et ne concerne ni l'ensemble des dérogations tirées de l'article 36 ni celui des exigences impératives, comme nous l'avons mentionné dans la première partie de notre exposé. En atteste l'illustration suivante relative à un motif de protection de l'ordre public national dont la Cour adopte une interprétation stricte. En effet, dans l'affaire « Denkavit »<sup>1169</sup> elle ne se laisse pas entraîner sur le terrain de l'ordre public invoqué par la RFA au motif que les prescriptions réglementaires litigieuses sont assorties de sanctions pénales. De même, dans l'affaire « Kohl KG contre Ringelhan »,<sup>1170</sup> elle exclut de la notion d'ordre public, toute considération relative à la protection des consommateurs.

La frontière est pourtant particulièrement ténue entre, d'une part, certains domaines tels que la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux, couverts par l'article 36 TFUE et, d'autre part, l'exigence impérative de protection de l'environnement.

---

<sup>1168</sup> Malgré la circonstance qu'à cette époque, la Grèce ne produisait pas de lait maternisé.

<sup>1169</sup> Arrêt du 17 mai 1984, « Denkavit », affaire 16/83, Rec. 1984, p. 1289.

<sup>1170</sup> Arrêt du 6 novembre 1984, « Th. Kohl KG contre Ringelhan & Rennett SA et Ringelhan Eirnrichtungs GmbH », affaire 177/83, Rec. 1984, p. 3651, point 19.

L'affaire « Bluhme»<sup>1171</sup> illustre ce lien étroit lorsque la Cour justifie l'interdiction de l'introduction sur l'île de Laeso des abeilles brunes sur le fondement de l'article 36 au nom de la protection de la santé et de la vie des animaux, tandis que ses explications s'appuient sur la nécessité de protéger la biodiversité. Cet objectif ne relève-t-il pas davantage de la protection de l'environnement ? Cette option aurait pu en effet, être retenue par la Cour, la mesure litigieuse étant indistinctement applicable aux produits nationaux et aux produits importés.

Ainsi on peut s'interroger sur le degré de substituabilité des deux catégories d'exceptions au principe de libre circulation des marchandises.

A cet égard et dans un secteur précis, l'analyse de la jurisprudence démontre, en cohérence avec la lettre du traité, que la Cour n'ignore pas l'impossible dissociation de l'homme et de son environnement et tout particulièrement les liens de cause à effet pouvant exister entre les atteintes à l'environnement et leurs répercussions sur la santé publique.

Dans l'affaire « Heijn »,<sup>1172</sup> la question préjudicielle vise indirectement la réglementation néerlandaise en ce qu'elle interdit la commercialisation de denrées alimentaires ayant une teneur excessive en pesticides. Après avoir souligné les risques potentiels pour la santé des hommes et des animaux mais aussi pour l'environnement,<sup>1173</sup> la Cour concentre, dans la seconde étape de son raisonnement, son argumentation sur la proportionnalité de la mesure au regard du seul objectif de protection de la santé des consommateurs.<sup>1174</sup>

Pareille lecture de la jurisprudence de la Cour pourrait expliquer une évolution constatée dans l'arrêt « Déchets Wallons ». <sup>1175</sup> Rappelons qu'il s'agit d'un recours de la Commission contre le Royaume de Belgique dont la réglementation interdisant le dépôt, le déversement et l'entreposage dans la région wallonne de déchets provenant d'un autre État membre ou d'une région autre que la Wallonie contreviendrait notamment aux articles 30 et 36 du traité CEE. Dans une première étape, la Cour juge que la circulation des déchets, recyclables ou non, ne doit pas être empêchée, conformément à l'article 30 du traité. Concernant la seconde phase de

---

<sup>1171</sup> Arrêt du 3 décembre 1998, « Procédure pénale contre Ditlev Bluhme », Affaire C-67/97 Rec. 1998 p. I-8033.

<sup>1172</sup> Arrêt du 19 septembre 1984, « Procédure pénale contre Albert Heijn », affaire 94/83, Rec. 1984, p. 3263.

Voir également l'arrêt du 13 mars 1986, « Mirepoix », affaire 54/85, Rec. 1986, p. 1067.

<sup>1173</sup> *Ibid.*, point 13.

<sup>1174</sup> *Ibid.*, points 15 à 19.

<sup>1175</sup> Arrêt du 9 juillet 1992, « Commission des Communautés européennes contre Royaume de Belgique », affaire C-2/90, Rec. 1992, p. I-4431.

son raisonnement, nous avons souligné l'approche originale de la Cour en ce qu'elle justifie cependant la réglementation litigieuse au titre de l'exigence impérative de protection de l'environnement par une étonnante corrélation entre le caractère non discriminatoire de la mesure nationale et la nature particulière des déchets.<sup>1176</sup> Mais intéressons nous au motif retenu par la Cour à partir d'une comparaison avec la position de l'avocat général Jacobs. Dans ses conclusions, ce dernier ne retient pas une interprétation extensive de l'article 36 et notamment l'exception fondée sur la protection de la santé. A son avis, il n'est pas possible d'interpréter cette exigence d'une façon qui permettrait de justifier des restrictions au commerce de substances telles que des déchets qui ne menaceraient pas la santé ou la vie. L'avocat général relativise le caractère dangereux, pourtant expressément souligné des déchets en cause, pour n'admettre que les répercussions sur la « *qualité de la vie* ». <sup>1177</sup> Quant à la CJCE, après avoir estimé que la circulation des déchets, recyclables ou non, ne doit pas être empêchée, conformément à l'article 30 du traité CEE, elle se place sur le seul terrain de la protection de l'environnement lors de l'appréciation de la conformité du règlement litigieux avec l'article 30 (article 34 du TFUE).<sup>1178</sup>

D'aucuns ont en conséquence pu affirmer que le problème de la circulation des déchets ne pouvait relever de l'article 36 du traité avant de constituer un véritable danger pour la santé. En conclusion, l'article 36 ne serait pas applicable en l'absence de danger immédiat pour la santé des hommes ou des animaux ou encore pour les végétaux.

On peut toutefois s'interroger sur la signification du silence de la Cour. Celle-ci n'a-t-elle pas implicitement intégré les deux motifs pour conforter sa décision ? En effet, la nature particulière des déchets en cause, qui est à la base du raisonnement de la Cour, ne viendrait elle pas précisément de leur caractère dangereux non seulement pour l'environnement mais également à plus long terme pour la santé ? La Cour souligne en effet que la dangerosité des déchets pour l'environnement précède l'impact sanitaire.<sup>1179</sup>

Nous proposons de constater dans la démonstration de la Cour une forme d'assimilation ou d'intégration des risques sanitaires et environnementaux justifiant une appréhension du

---

<sup>1176</sup> *Ibid*, point 30.

<sup>1177</sup> Conclusions, point 20.

<sup>1178</sup> Arrêt du 9 juillet 1992, « Commission des Communautés européennes contre Royaume de Belgique », affaire C-2/90, Rec. 1992, p. I-4431, points 34 à 37.

<sup>1179</sup> *Ibid*, point 30.

problème sous le seul angle environnemental tout en lui appliquant une solution que seuls les motifs inscrits dans l'article 36 (en l'occurrence la santé publique) autorisent.

L'affaire « Aher Waggon »<sup>1180</sup> apporte un autre exemple d'intégration de l'article 30 (article 36 TFUE) et des exigences impératives. Est en cause une réglementation allemande subordonnant l'immatriculation des avions sur le territoire national au respect de normes acoustiques. Alors même que la réglementation est discriminatoire au détriment des avions importés, la Cour soumet la réglementation au test de proportionnalité sans distinguer les considérations de santé publique et de protection de l'environnement. En conséquence, une stricte observance ou lecture des principes précédemment posés par la Cour aurait dû la conduire à écarter le motif de protection de l'environnement. La Cour choisit de se focaliser sur la nécessité de garantir l'efficacité de la politique nationale visant à éliminer progressivement du parc national les avions hors normes. On peut choisir d'interpréter cette jurisprudence comme la traduction d'une forme d'assimilation ou de substitution possible des valeurs non économiques en cause, permettant en l'espèce d'élever le niveau de protection fixé par le législateur communautaire.

Cette interprétation est conforme à l'idée que l'absence de la protection de l'environnement dans la liste de l'article 36 serait liée à l'émergence tardive des préoccupations environnementales et non pas à une exclusion délibérée par les auteurs du traité.

Un autre argument d'ordre textuel pourrait également expliquer cette forme d'intégration partielle de l'article 36 TFUE et des exigences impératives et l'ambiguïté ainsi générée. En effet, le traité fait figurer les objectifs sanitaires parmi les objectifs environnementaux,<sup>1181</sup> ce que confirme l'arrêt C-524/07.<sup>1182</sup> Est en cause la réglementation autrichienne qui impose en vue de leur immatriculation, une procédure visant notamment à contrôler la conformité des véhicules d'occasion avec certaines exigences techniques relatives aux émissions sonores et de gaz d'échappement. Cependant, les véhicules anciens déjà immatriculés en Autriche et ne respectant pas ces nouvelles normes ne sont pas soumis en cas de réimmatriculation à de

---

<sup>1180</sup> Arrêt du 14 juillet 1998, « Aher Waggon GmbH contre Bundesrepublik Deutschland », affaire C-389/96, Rec. 1998, p. I-4473.

<sup>1181</sup> Article 191 TFUE - 1- *La politique de l'Union dans le domaine de l'environnement contribue à la poursuite des objectifs suivants :*

- *La préservation, la protection et l'amélioration de la qualité de l'environnement.*

- *La protection de la santé des personnes...*

<sup>1182</sup> Arrêt du 11 décembre 2008, « Commission contre République d'Autriche », affaire C-524/07, Rec. 2009, p. I-3717.

telles contraintes. La Cour relève le caractère discriminatoire de la mesure en cause. Pour autant, elle affirme qu'une MEERQ peut être justifiée non seulement par une des raisons d'intérêt général listées dans l'article 30 CE (article 36 TFUE) mais également par des exigences impératives. Dans la suite de son raisonnement, elle justifie cette assimilation des motifs de justification par le fait que l'objectif de protection de l'environnement visé par la mesure litigieuse contre la pollution sonore et la pollution de l'air, englobe la protection de la santé qui constitue le but ultime de la réglementation. Il n'y a donc pas lieu selon la Cour de justice d'apprécier séparément les arguments relatifs à la santé publique et ceux relatifs à la protection de l'environnement.<sup>1183</sup> On ne peut être plus clair dans l'affirmation de l'unité catégorielle des motifs au nom d'une finalité partagée. Elle permet à la Cour d'étendre à une exigence impérative le régime traditionnellement réservé aux motifs listés dans le traité.

Cette tendance à une assimilation des enjeux non économiques de l'article 36 TFUE et des exigences impératives peut être également perçue dans le domaine de la culture.

Rappelons que dans l'arrêt « Libro »,<sup>1184</sup> la Cour relève que la réglementation autrichienne sur le prix du livre prévoit un traitement moins favorable pour les livres importés dans la mesure où elle empêche les importateurs autrichiens et les éditeurs étrangers de fixer les prix minimaux de détail alors que les éditeurs autrichiens sont libres de fixer eux-mêmes des prix planchers pour la vente au détail sur le marché national.<sup>1185</sup> La Cour rappelle que si la protection du livre en tant que bien culturel ne relève pas du régime d'exception au titre de l'article 30 (article 36 TFUE) et notamment de « *la protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique...* »,<sup>1186</sup> elle peut être considérée comme une exigence impérative d'intérêt public.<sup>1187</sup> La Cour ayant écarté implicitement la condition de l'absence de discrimination, il s'opère alors sur le plan du régime juridique un rapprochement entre l'article 36 TFUE et les motifs d'exemption d'origine jurisprudentielle. De fait, on peut être tenté d'y déceler, bien que la Cour s'en défende, une volonté d'uniformiser les règles applicables aux domaines des arts (les trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique...) et de la culture (les livres font partie du patrimoine culturel et pour certains, historique des Etats membres).

---

<sup>1183</sup> *Ibid*, point 56.

<sup>1184</sup> Arrêt 30 avril 2009, « Fachverband der Buch- und Medienwirtschaft contre Libro Handelsgesellschaft mbH », affaire C-531/07, Rec. P. I-3717

<sup>1185</sup> *Ibid*, point 21.

<sup>1186</sup> *Ibid*, point 32.

<sup>1187</sup> *Ibid*, point 34.

## Conclusion de la section

Nous avons constaté que dans la sélection du critère parfait d'identification des MEERQ, la Cour de justice a suivi des chemins parfois sinueux dont il est difficile au premier abord de saisir toute la logique. C'est pourquoi nous avons recherché dans les arguments présentés par les juges et au delà, les fondements d'une évolution jurisprudentielle parfois tâtonnante, voire chaotique.

Dans un premier temps, nous nous sommes focalisés sur les explications présentées par la Cour elle-même. Nous avons décelé dans la pluralité des courants jurisprudentiels et les contradictions qui en découlent un certain embarras des juges face à des réglementations nationales dont la nature complexe dépasse largement la sphère strictement économique. Nous en avons déduit que la variété des décisions de la Cour traduisait la volonté plus ou moins explicite du juge de respecter la répartition des compétences entre l'UE et ses États membres notamment dans les domaines judiciaires, sociaux ou sanitaires. Cette analyse contribuerait à expliquer l'évolution vers la jurisprudence « Keck et Mithouard ».

Dans un second temps, nous avons souligné notamment à partir de l'exemple des secteurs de la santé publique et de la protection de l'environnement, le souci des juges de Luxembourg d'être en phase avec l'évolution du droit primaire et ses nouvelles priorités.

Ainsi, la jurisprudence « Keck et Mithouard » peut être reconsidérée sous un angle sanitaire en écartant une logique purement économique. Une telle interprétation correspond à un rééquilibrage des priorités et à une évolution logique caractérisée par une sensibilité croissante aux enjeux de santé publique. De même, nous avons constaté l'existence d'un courant jurisprudentiel favorable à l'extension du régime juridique des exceptions de l'article 36 TFUE aux exigences impératives, ces dernières bénéficiant, le cas échéant, d'une protection accrue en phase avec les nouvelles priorités fixées par le traité.

Ainsi la sensibilité croissante aux valeurs non économiques peut expliquer l'évolution et une relative instabilité de la jurisprudence communautaire. Toutefois une autre lecture de la jurisprudence communautaire permet d'y déceler, au delà des apparences une certaine unité.

## **Section 2- L'unité révélée au delà d'une jurisprudence éclatée**

La recherche d'une définition des MEERQ a conduit le juge communautaire vers des directions parfois divergentes. Ce faisant, la Cour de justice a prêté le flanc à de nombreuses critiques provenant d'une doctrine particulièrement prolixe au lendemain de l'arrêt « Keck et Mithouard ».<sup>1188</sup> Certains ont pu déceler dans cet arrêt un changement de cap susceptible d'affaiblir sensiblement le contrôle des réglementations nationales et par conséquent de menacer le bon fonctionnement du marché intérieur.

Cependant d'autres lectures des arrêts « Dassonville » et « Keck et Mithouard » sont possibles. Elles vont dans le sens, soit d'une certaine cohérence de la jurisprudence de la Cour, soit de la reconnaissance d'une évolution logique correspondant davantage à un « *continuum que d'un changement de nature* ». <sup>1189</sup> Dans les deux cas, elles permettent de comprendre (mais sans nécessairement le justifier), le dualisme constaté par la Cour dans la typologie des réglementations nationales soumises directement ou indirectement à son appréciation. A cet égard, nous observerons qu'une conciliation demeure possible entre la jurisprudence « Keck et Mithouard », d'une part, et les jurisprudences « Dassonville » (I) et « Cassis de Dijon » (II), d'autre part.

### **I- La conciliation possible des jurisprudences « Keck et Mithouard » et « Dassonville »**

Une telle conciliation peut être envisagée à partir d'une relecture des arrêts « Dassonville » (A) et « Keck et Mithouard » (B).

A- L'unité jurisprudentielle révélée par une autre interprétation de l'arrêt « Dassonville ».

Nous avons vu concernant l'arrêt « Keck et Mithouard », que la CJCE reconnaît et justifie sinon un revirement, tout au moins une certaine évolution de sa jurisprudence. Une partie de

---

<sup>1188</sup> Pour une analyse critique de l'évolution jurisprudentielle, voir Anne Rigaux, « La jurisprudence Keck et Mithouard à l'épreuve des règles nationales de publicité (rapide bilan à propos de l'arrêt de la Cour de justice dans l'affaire « Gourmet International Product ») », Europe mai 2001.5 et s.

<sup>1189</sup> Voir Robert Kovar, « Dassonville, Keck et les autres : de la mesure avant toute chose », RTDE 42 (2) avr-juin 2006, p. 222.

Voir également les conclusions de l'avocat général Jacobs dans l'affaire 412/93 « leclerc Siplec » (précitée), selon lesquelles le dualisme produit / modalité retenu par la Cour est trop strict.

la doctrine l'a également interprété comme un revirement et critiqué en tant que tel.<sup>1190</sup> Cependant, cette analyse peut donner lieu à débat.<sup>1191</sup> Au-delà des explications présentées par la Cour, il est possible d'imaginer une grille de lecture de l'arrêt « Dassonville » dans sa définition des MEERQ qui viendrait conforter, s'il en était besoin, une certaine cohérence de la jurisprudence communautaire.

Rappelons que selon les explications de la Cour dans l'affaire « Keck et Mithouard » :

*« Contrairement à ce qui a été jugé jusqu'ici, n'est pas apte à entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement le commerce entre les Etats membres, au sens de la jurisprudence « Dassonville », l'application à des produits en provenance d'autres Etats membres de dispositions nationales qui limitent ou interdisent certaines modalités de vente, pourvu qu'elles s'appliquent à tous les opérateurs concernés exerçant leur activité sur le territoire national, et pourvu qu'elles affectent de la même manière, en droit comme en fait, la commercialisation des produits nationaux et de ceux en provenance d'autres Etats membres ».*<sup>1192</sup>

Nous constatons que, bien que la Cour semble reconnaître l'évolution de sa jurisprudence, elle en relativise également la portée. En effet la jurisprudence « Dassonville » et plus précisément la définition qu'elle donne des MEERQ ne sont nullement remises en cause dans l'arrêt « Keck et Mithouard ». Au contraire, la Cour se réfère littéralement à la définition classique des MEERQ.<sup>1193</sup> C'est pourquoi elle souhaite seulement « préciser » sa jurisprudence antérieure. La rupture avouée porte seulement sur le sens et la portée qu'il convient de reconnaître à cette définition, comme le laisse entendre la formule suivante :

---

<sup>1190</sup> Fabrice Picod affirme que « la jurisprudence Keck et Mithouard a pour effet d'introduire de manière arbitraire des régimes différents selon les catégories de réglementations » in Picod Fabrice « La nouvelle approche de la Cour en matière d'entraves aux échanges », (avril, juin 1998) vol. 34.2, Revue Trimestrielle de droit européen, p. 177.

<sup>1191</sup> Voir Robert Kovar, « Dassonville, Keck et les autres : de la mesure avant toute chose », RTDE 42 (2) avr-juin 2006, p. 222 : « ...l'arrêt du 24 novembre 1994 que la Cour a présenté, peut-être avec une certaine exagération comme un revirement de jurisprudence ». Pour l'auteur, la rupture avec l'arrêt Dassonville doit être relativisée dans la mesure où la définition des MEERQ inspirée de cette affaire n'avait pas été systématiquement respectée dans la jurisprudence postérieure (p. 235).

<sup>1192</sup> Arrêt du 4 novembre 1993, « Keck et Mithouard », affaires jointes C-276/91 et C-268/91, Rec., p. I-6097, point 16.

<sup>1193</sup> *Ibid.*, point 11.

Voir également en ce sens Luis Gonzales Vaqué, « La jurisprudence relative à l'article 28 CE (ex article 30) après l'arrêt « Keck et Mithouard », Revue du Droit de l'Union Européenne 2/2000. L'auteur souligne qu'en reprenant dans l'affaire « Keck et Mithouard », la définition qu'elle avait donnée des MEERQ dans l'affaire Dassonville, la cour « ne s'écartait pas de ce qui avait toujours été une constante » depuis l'arrêt fondateur (p. 400).



... « *Il y a lieu de considérer que, contrairement à ce qui a été jugé jusqu'ici, n'est pas apte à entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement le commerce entre les Etats membres, au sens de la jurisprudence « Dassonville, l'application ... ».* »<sup>1194</sup>

L'avocat général s'est montré plus prudent en souhaitant seulement restreindre la portée de l'arrêt « Dassonville » par « *l'introduction d'une relation de causalité plus stricte* »<sup>1195</sup> entre la mesure litigieuse et les effets restrictifs.

Ne peut-on en déduire qu'une autre lecture de l'arrêt « Dassonville » est possible ? Le sens de l'expression « *entraver les échanges* » ne devait-il être pas être compris comme visant uniquement les mesures ayant un impact négatif sur les échanges, c'est à dire un effet protectionniste ?

Certes, la Cour en a souvent décidé autrement en y associant les mesures n'ayant aucun rapport avec le commerce intracommunautaire et/ou produisant les effets identiques sur la commercialisation des produits nationaux et celle des produits importés.

Toutefois, cette autre lecture de l'arrêt « Dassonville » pourrait être confortée par plusieurs arrêts antérieurs à l'affaire « Keck et Mithouard » dans lesquels la Cour avait estimé que les effets sur les échanges paraissaient trop aléatoires ou indirects.<sup>1196</sup>

Dans cette même optique, il est possible de se référer aux décisions de juridictions nationales qui tendent à conforter l'observateur dans la conviction que l'esprit de l'arrêt « Dassonville » n'est pas trahi par la jurisprudence « Keck et Mithouard ». En effet, la doctrine a estimé que certaines décisions des tribunaux nationaux écartant l'application de l'article 30 lorsque les mesures nationales n'ont absolument aucun rapport avec les échanges intracommunautaires, reposent sur un constat de bon sens,<sup>1197</sup> bien qu'elles aient été parfois désavouées par la Cour

---

<sup>1194</sup> Arrêt « Keck et Mithouard », point 16.

Voir également dans le même sens, l'opinion de Joël Molinier, Nathalie De Grove-Valdeyron, « Droit du marché intérieur », (précité), p. 62.

<sup>1195</sup> R. Kovar, « Dassonville, Keck et les autres : de la mesure avant toute chose », RTDE 42 (2), avril, juin 2006, p. 235.

<sup>1196</sup> Arrêts du 14 juillet 1981, « Oebel », affaire 155/80, Rec. 1981, p. 1993, point 20 ; du 31 mars 1982, « Blesgen », affaire 75/81, Rec. 1982, p. 1211, point 9 ; du 11 juillet 1990, « Quietlynn », affaire C-23/89, Rec. 1990, p. I-3059, point 10.

<sup>1197</sup> Malcom Jarvis, (Malcom Jarvis, « The application of EC law by national courts- The free movement of goods », Clarendon Press - Oxford 1998., p. 92 et 93) utilise l'expression de « *common sense* » pour justifier les décisions des juridictions des Etats membres relatives notamment aux réglementations nationales sur les jours et heures de travail.

de justice avant l'arrêt « Keck et Mithouard ».<sup>1198</sup> Cette jurisprudence nationale prémonitoire permet d'apprécier la nature véritable de la relation entre ces juridictions nationales et la Cour de justice dans le cadre du renvoi préjudiciel en interprétation. Ainsi, les attentes des juges nationaux doivent également être prises en compte, d'autant que sur le long terme et dans leur rôle de juge communautaire de droit commun, les renvois préjudiciels devraient idéalement devenir l'exception.<sup>1199</sup>

Une telle interprétation aurait pour conséquence de faire de la discrimination le critère d'identification des MEERQ aux lieux et places de l'entrave aux échanges. C'est précisément la position de la Cour dans l'affaire « Keck et Mithouard » lors de l'appréciation des modalités de vente.<sup>1200</sup>

Si la jurisprudence « Dassonville » peut ainsi être revisitée, il nous semble également intéressant de tenter d'expliquer l'arrêt « Keck et Mithouard », au-delà des justifications avancées par la Cour.

B- La cohérence du juge communautaire révélée par une autre lecture de l'arrêt « Keck et Mithouard »

L'arrêt « Keck et Mithouard » ne répond-il pas simplement au besoin de clarification du parcours sinueux suivi par la Cour de justice (1) alors même que la rupture proclamée avec l'arrêt Dassonville pourrait être en réalité moins marquée qu'il n'apparaît au premier abord (2).

1- Une interprétation de l'arrêt « Keck et Mithouard » comme réponse à l'exigence de rationalisation d'une jurisprudence plurielle.

---

<sup>1198</sup> Le TGI de Paris souligne, dans le jugement relatif à l'affaire « Cinéthèque » ( 11 juillet 1985 , affaires 60 et 61/84, Rec. 1985, p. 2605), qu'il ne semble pas y avoir d'incompatibilité manifeste entre la législation nationale en cause et le principe de libre circulation des marchandises (TGI Paris, 1<sup>ère</sup> Ch. I, 15 février 1984, Rev. Juris. Comm. 1984, 265-7).

<sup>1199</sup> Malcom Jarvis, « The application of EC law by national courts- The free movement of goods », Clarendon Press – Oxford 1998, p. 93 et 94.

<sup>1200</sup> Cette thèse a été défendue par le Professeur René Joliet, ancien juge à la CJCE. Voir René Joliet, « La libre circulation des marchandises : l'arrêt Keck et Mithouard et les nouvelles orientations de la jurisprudence » Journal des tribunaux- Droit européen – 20 octobre 1994 n°12 – pages 145 à 151.

Elle découle également de l'argumentation de l'avocat général Verica Trstenjak dans l'affaire « Libro » (arrêt du 30 avril 2009, « Fachverband der Buch- und Medienwirtschaft contre Libro Handelsgesellschaft mbH », affaire C-531/07, Rec. P. I-3717), lorsqu'elle constate que « les réglementations relatives aux produits ont en général un effet discriminatoire de facto, de sorte qu'elles sont de nature à la différence des modalités de vente à affecter de manière différente la vente des marchandises nationales et celles en provenance d'autres pays » (point 52).

Au delà de l'explication formelle apportée par la Cour elle-même au « revirement » résultant de l'arrêt « Keck et Mithouard », une autre raison à cette évolution tenait à la nécessité de clarifier une jurisprudence plurielle et incertaine. Une telle situation ne pouvait échapper à l'analyse critique d'une doctrine particulièrement fournie sur le sujet.<sup>1201</sup>

Commençons par préciser que la relative instabilité de la jurisprudence est une conséquence indirecte du choix de l'entrave aux échanges comme critère de la mesure d'effet équivalent, en raison de la difficulté pour le juge à en apprécier le caractère simplement potentiel.<sup>1202</sup> Une conception aussi large de la notion d'entrave aux échanges au sens de l'article 34 TFUE a certes permis de donner au principe de libre circulation des marchandises toute sa force, mais comment en fixer les limites ? C'est toute la difficulté rencontrée par la CJCE/CJUE et les juridictions nationales dont la jurisprudence traduit une relative instabilité voire une certaine incohérence. La sécurité juridique impliquait en effet de clarifier le champ d'application de l'article 30 CE, tandis que dans le même temps il s'agissait de donner aux juridictions nationales les outils nécessaires pour apprécier les réglementations nationales au regard du principe de libre circulation des marchandises. Dans cette optique, la jurisprudence « Keck et Mithouard » a pu être perçue comme un moyen de reconsidérer sa jurisprudence dans un but de clarification et de sécurité juridique.<sup>1203</sup> Sur le plan pratique, elle devait permettre d'alléger la charge de travail de la Cour de justice,<sup>1204</sup> tout en évitant aux juridictions nationales le difficile examen de la justification des mesures nationales. Pour être réels, de tels avantages ne devraient cependant pas être contrebalancés par les conséquences néfastes d'une application mécanique de la jurisprudence « Keck et Mithouard ».

Chronologiquement, la résistance à la jurisprudence « Dassonville » se manifeste avant l'arrêt « Keck et Mithouard » dans les affaires concernant les mesures relatives aux modes de

---

<sup>1201</sup> Voir les commentaires suivants :

Defalque Lucette, « Le concept de discrimination en matière de libre circulation des marchandises », cahier de droit européen 1987, p. 471 à 491.

A. Mattera : « De l'arrêt Dassonville à l'arrêt Keck : l'obscur clarté d'une jurisprudence riche en principes novateurs et en contradictions », Revue du Marché unique européen, 1994, p. 117.

Anne Rigaux, « Nouvel épisode de la difficile qualification des mesures d'effet équivalent : Le sort des abeilles brunes de Laeso », Europe, Editions du Juris Classeur, Mars 1999, p. 7.

Kovar Robert : « Dassonville, Keck et les autres : de la mesure avant toute chose », Revue Trimestrielle de Droit européen, n°2 Avril – Juin 2006, p. 213 à 247.

Voir également les conclusions de l'avocat général Jacobs dans l'affaire du 9 février 1995, « Leclerc-Siplec », (affaire C-412/93, Rec. 1995, p. I-179), point 34 : « L'arrêt Keck et Mithouard ... représentait une tentative de la part de la Cour de mettre en partie fin à la confusion créée par les contradictions de la jurisprudence antérieure ».

<sup>1202</sup> Voir Robert Kovar : Dassonville, Keck et les autres : de la mesure avant toute chose », (précité) p. 215.

<sup>1203</sup> Malcom Jarvis, "The application of EC Law by National Courts -The free Movement of Goods" Malcolm Jarvis, Clarendon Press-Oxford, 1988, p. 206.

<sup>1204</sup> *Ibid.*, p. 205.

commercialisation des produits, là précisément ou les vertus de la jurisprudence « Dassonville » trouvent leurs limites. A cet égard, ce courant prend naissance relativement tôt pour emprunter plusieurs voies qui néanmoins semblent toutes préfigurer le changement à venir.

Afin d'illustrer cette jurisprudence irréductible à l'arrêt « Dassonville », nous remarquons qu'un premier courant jurisprudentiel semble écarter certaines réglementations du champ d'application *rationae materiae* de l'article 28 du traité CE (article 34 TFUE), en raison de leur nature particulière. Il s'agit des mesures ne présentant aucun lien avec les échanges intracommunautaires.<sup>1205</sup>

L'affaire « Oebel »<sup>1206</sup> constitue l'une de ces illustrations du regard spécifique déjà porté par la Cour sur des réglementations nationales régissant la commercialisation des produits. Elle souligne que la réglementation allemande sur les heures de fabrication des produits de boulangerie et de pâtisserie constitue un choix de politique économique et sociale légitime visant à améliorer les conditions de travail dans un secteur sensible.<sup>1207</sup>

Dans l'arrêt « Blesgen »,<sup>1208</sup> la Cour se montre plus expéditive. En l'occurrence, le juge national doit apprécier la compatibilité avec le droit communautaire, de certaines dispositions de la législation belge interdisant la consommation de boissons fortement alcoolisées dans les lieux accessibles au public et notamment les restaurants. Dans sa réponse, la Cour prend soin de rappeler une définition des MEERQ assez proche de celle qu'elle avait posée dans l'affaire « Dassonville » et qu'elle complète par une référence à la définition donnée par la Commission dans la directive 70/50.<sup>1209</sup> Rappelons que selon cette dernière, les mesures indistinctement applicables aux produits nationaux et aux produits importés ne sont assimilables aux MEERQ que dans l'hypothèse où leurs effets restrictifs sur la libre circulation des marchandises dépassent le cadre des effets propres d'une réglementation de commerce. La Cour conclut que tel n'est pas le cas de la législation en cause, dans la mesure où elle n'établit aucune distinction en fonction de l'origine des produits et ne présente aucun

---

<sup>1205</sup> Voir Mattera Alfonso (1994) : « De l'arrêt Dassonville à l'arrêt Keck : l'obscur clarté d'une jurisprudence riche en principes novateurs et en contradictions », Revue du Marché unique européen, 199, p. 172. Voir également Picod Fabrice « La nouvelle approche de la Cour en matière d'entraves aux échanges », (avril, juin 1998) vol. 34.2, Revue trimestrielle de droit européen, p.169.

<sup>1206</sup> Arrêts du 14 juillet 1981, « Oebel », affaire 155/80, Rec. 1981, p. 1993.

<sup>1207</sup> *Ibid.*, point 12.

<sup>1208</sup> Arrêt du 31 mars 1982, « Blesgen », affaire 75/81, Rec. 1982, p. 1211, point 9.

<sup>1209</sup> Voir également l'arrêt du 23 novembre 1989, « Torfaen Borough Council », affaire 145/88, Rec. 1989, p. 3851, point 15.

lien avec l'importation des produits.<sup>1210</sup> La Cour souligne également l'absence de discrimination (critère central dans la jurisprudence « Keck ») et l'objet de la réglementation sans rapport avec l'importation des produits. En conséquence, la nature de la réglementation la place hors d'atteinte de l'article 30 TCE (article 34 TFUE).

C'est également la conclusion formulée par la Cour de Justice dans l'affaire « Quietlynn Limited »<sup>1211</sup> concernant l'interdiction de la vente d'articles pornographiques dans des boutiques non autorisées. A nouveau, la Cour souligne que les dispositions nationales en cause ne présentent aucun lien avec les échanges intracommunautaires et donc ne sont pas de nature à entraver le commerce entre Etats membres.<sup>1212</sup>

Un autre courant jurisprudentiel apprécie les réglementations litigieuses au regard de l'article 30 (article 34 TFUE) dont l'application est écartée au motif que les effets restrictifs sont proportionnés à un objectif justifié au regard du droit communautaire.

C'est la voie choisie par la Cour dans les affaires jointes « Cinéthèque »<sup>1213</sup> concernant la réglementation française interdisant provisoirement la commercialisation des vidéocassettes reproduisant des films exploités en salles, afin de promouvoir la production cinématographique. Comme dans le courant précédant, la Cour souligne comme nous l'avons précédemment mentionné, que la législation nationale n'a pas pour objet de régir les courants d'échange, ni pour effet de favoriser la production nationale. Toutefois, le juge communautaire n'exclut pas que le régime en cause puisse provoquer des entraves aux échanges, pour finalement conclure que de tels effets restrictifs ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer l'objectif visé<sup>1214</sup>. Cependant, la Cour ne se réfère nullement au concept d'exigence impérative.

Ce raisonnement est fréquemment repris dans les affaires relatives aux jours et heures d'ouverture des magasins.

---

<sup>1210</sup> Affaire « Blesgen », affaire 75/81 précitée, point 9.

<sup>1211</sup> Arrêt du 11 juillet 1990, « Quietlynn », affaire C-23/89, Rec. 1990, p. I-3059, point 10.

<sup>1212</sup> *Ibid.*, Point 11.

<sup>1213</sup> Arrêt du 11 juillet 1985, « Cinéthèque », affaires 60 et 61/84, Rec. 1985, p. 2605.

<sup>1214</sup> *Ibid.*, points 22 et 23.

Ainsi l'affaire « Torfaen Borough Council »<sup>1215</sup> répond à la question de la conformité au principe de libre circulation des marchandises de la réglementation britannique interdisant d'exercer des activités commerciales le dimanche. La Cour de justice commence par rappeler qu'une telle réglementation n'est pas interdite par l'article 30 du traité (article 34 TFUE) lorsque les effets restrictifs sur les échanges communautaires qui peuvent éventuellement en résulter, ne dépassent pas le cadre des effets propres à une telle réglementation. Puis, elle souligne clairement l'effet d'entrave sur le commerce par un renvoi au jugement national, dans lequel il est fait état que l'interdiction d'ouvrir les magasins le dimanche avait pour effet de réduire la totalité des ventes de l'entreprise, alors qu'environ 10% des marchandises offertes par celle-ci provenaient d'autres Etats membres et que logiquement une réduction des importations correspondantes devait s'ensuivre.<sup>1216</sup> Après avoir relevé l'absence de discrimination, la Cour se pose la question du caractère proportionné de la mesure au regard de l'objectif légitime correspondant à un choix de politique économique et sociale,<sup>1217</sup> préférant laisser cette appréciation à la juridiction nationale.<sup>1218</sup>

Cet arrêt inspire la Cour dans une autre affaire qui lui est proche, l'arrêt « Union Départementale des syndicats CGT »<sup>1219</sup> dans lequel elle conclut et dit pour droit que les effets restrictifs d'une réglementation interdisant l'occupation des travailleurs salariés le dimanche, n'apparaissent pas comme excessifs au regard du but poursuivi.<sup>1220</sup>

L'affaire « Torfaen Borough Council » sert également de référence à la Cour dans l'affaire « André Marchandise »,<sup>1221</sup> concernant des réglementations française et belge sur le repos dominical obligatoire. La Cour répond clairement au juge national que les effets restrictifs sur les échanges intracommunautaires sont proportionnés au but poursuivi, ne laissant sur ce point aucune liberté d'appréciation à la juridiction nationale (contrairement à son jugement dans l'affaire « Torfaen »). Elle justifie cette démarche plus directive afin de permettre aux juges nationaux d'apprécier uniformément la compatibilité des réglementations nationales avec le droit communautaire.

---

<sup>1215</sup> Arrêt du 23 novembre 1989, « Torfaen Borough Council », affaire 145/88, Rec. 1989, p. 3851.

<sup>1216</sup> *Ibid.*, point 7.

<sup>1217</sup> *Ibid.*, points 12 à 15.

<sup>1218</sup> *Ibid.*, point 16.

<sup>1219</sup> Arrêt du 23 février 1991, « Union Départementale des syndicats CGT de l'Aisne / SIEF Conforama et Société Arts et Meubles et Société Jima », Affaire 319/88, Rec. 1991, p. I- 997.

<sup>1220</sup> *Ibid.*, point 12.

<sup>1221</sup> Arrêt du 28 février 1991, « Procédure pénale contre André Marchandise, Jean-Marie Chapuis et SA Trafiflex », affaire C-332/89, Rec. 1991, p. I-1027.

Cette jurisprudence est enfin confirmée par la Cour dans l'affaire « Stoke-on-Trent »<sup>1222</sup> concernant l'interdiction d'ouvrir des magasins de vente au détail le dimanche. En effet, les parties au principal s'opposent sur l'interprétation à donner à des arrêts antérieurs et notamment les affaires « Conforama »<sup>1223</sup>, « André Marchandise »<sup>1224</sup> et « Torfaen »<sup>1225</sup> dans lesquels la Cour avait souligné que les législations « *concernant la fermeture dominicale des magasins n'avaient pas pour objet de régir les échanges* ». Ce nouvel arrêt donne à la Cour l'occasion de résumer sa position sur cette question. Elle affirme que :

*« le contrôle de la proportionnalité d'une réglementation nationale qui poursuit un but légitime au regard du droit communautaire met en balance l'intérêt national à la réalisation de ce but avec l'intérêt communautaire à la libre circulation des marchandises. ... Pour vérifier que les effets restrictifs de la réglementation en cause sur les échanges intracommunautaires ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif visé, il importe d'examiner si ces effets sont directs, indirects ou simplement hypothétiques et s'ils ne gênent pas la commercialisation des produits importés plus que celle des produits nationaux ».*<sup>1226</sup>

Nous venons de passer en revue un certain nombre d'arrêts témoignant d'une forme de rupture avec la jurisprudence « Dassonville » et dans une certaine mesure, d'une forme de prémonition de la jurisprudence « Keck et Mithouard ». Il convient cependant de ne pas occulter les avis plus nuancés de l'avocat général Van Gerven dans l'affaire « Torfaen Borough Council » et de l'Avocat général Tesauro dans ses conclusions relatives à l'affaire « Hunermund ».

Le premier expose une thèse selon laquelle l'affaire « Cinéthèque »<sup>1227</sup> correspondrait à une nouvelle application de la jurisprudence « Dassonville » qui doit être interprétée comme visant à garantir une ouverture suffisante des marchés aux produits importés. Il rapproche

---

<sup>1222</sup> Arrêt du 16 décembre 1992, « Council of the City of Stoke-on-Trent et Norwich City Council contre BB & Q plc », affaire C-169/91, Rec. 1992 p. I-6635.

<sup>1223</sup> Arrêt du 28 février 1991, « Union départementale des syndicats CGT de l'Aisne contre SIDEF Conforama », affaire C-312/89, Rec. 1991, p. I-997.

<sup>1224</sup> Arrêt du 28 février 1991, « Procédure pénale contre André Marchandise, Jean-Marie Chapuis et SA Trafitex », affaire C-332/89, Rec. 1991, p. I-1027..

<sup>1225</sup> Arrêt du 23 novembre 1989, « Torfaen Borough Council », affaire 145/88, Rec. 1989, p. 3851.

<sup>1226</sup> Arrêt du 16 décembre 1992, « Council of the City of Stoke-on-Trent et Norwich City Council contre BB & Q plc », affaire C-169/91, Rec. 1992 p. I-6635, point 15.

<sup>1227</sup> Arrêt du 11 juillet 1985, « Cinéthèque », affaires 60 et 61/84, Rec. 1985, p. 2605.

cette décision d'autres affaires et notamment de l'affaire « Buet », <sup>1228</sup> dont elle nous semble pourtant s'écarter. Ainsi dans l'affaire « Buet » concernant une loi française interdisant le démarchage à domicile pour la vente de matériel pédagogique, la Cour suit une démarche classique. Elle commence par constater qu'en privant l'opérateur de la possibilité de pratiquer une méthode de commercialisation grâce à laquelle il réalise la quasi-totalité de ces ventes, la réglementation litigieuse constitue un obstacle aux échanges. <sup>1229</sup> Dans une seconde étape, la Cour examine et constate que les conditions d'application de la théorie des exigences impératives sont en l'occurrence réunies dans le but de protection des consommateurs. <sup>1230</sup>

Le second affirme également que les affaires commentées ci-dessus (« Torfaen », « Union départementale des syndicats CGT de l'Aisne », et « Procédure pénale contre André Marchandise ») traduisent des applications mécaniques de la jurisprudence « Dassonville », dans la mesure où la Cour a affirmé que les mesures litigieuses pouvaient avoir des conséquences sur les ventes et donc sur les importations.

On peut tirer de ce constat d'une certaine instabilité de la jurisprudence, la conclusion selon laquelle la jurisprudence « Keck et Mithouard » sert à canaliser certaines formes de dissidence dans l'exercice complexe de l'interprétation du droit communautaire relatif au marché intérieur. En ce sens, l'arrêt « Keck et Mithouard » correspondrait à une approche de principe contribuant à une plus grande sécurité juridique. Il pourrait également être le signe ou la révélation d'une certaine maturité. En effet, après une période de marche forcée vers l'unité du marché et son achèvement, le temps n'était-il pas venu, dans l'esprit du principe de subsidiarité, de laisser aux États membres une plus grande liberté pour réglementer les modalités de vente ?

L'analyse de la jurisprudence « Keck et Mithouard » sur la durée, amène également à s'interroger sur l'importance de la rupture avec la jurisprudence « Dassonville ».

2- Une interprétation de l'arrêt « Keck et Mithouard » synonyme de rapprochement avec la jurisprudence « Dassonville »

---

<sup>1228</sup> Arrêt du 16 mai 1999, « Buet e.a. contre Ministère public », affaire 382/87, Rec. 1989, p. 1235.

<sup>1229</sup> Voir également l'arrêt du 15 décembre 1982, « Oosthoek », affaire 286/81, Rec. 1982, p. 4575.

<sup>1230</sup> Arrêt du 16 mai 1999, « Buet e.a. contre Ministère public », affaire 382/87, Rec. 1989, p. 1235, points 10 à 17.



On a précédemment relevé une apparente volonté de la Cour de fixer sa jurisprudence relative aux modalités de vente. Dans le même temps, la Cour serait bien inspirée de clarifier la nature de l'interdiction des MEERQ après une longue période marquée par de nombreuses hésitations jurisprudentielles, sources d'insécurité juridique tant pour les opérateurs économiques que pour les institutions communautaires et nationales.

A cet égard, on relève en effet que le principe selon lequel les réglementations nationales relatives à des modalités de vente échappent à l'interdiction édictée par l'article 34 TFUE (article 28 du traité CE), a été appliqué par la Cour sur la base de formulations diverses.

Rappelons que dans l'arrêt « Keck et Mithouard », la Cour s'exprime de la manière suivante :

*« N'est pas apte à entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement le commerce entre les Etats membres au sens de la jurisprudence Dassonville, l'application à des produits en provenance d'autres Etats membres de dispositions nationales qui limitent ou interdisent certaines modalités de vente ».*<sup>1231</sup>

L'expression « n'est pas apte » a été reprise dans la plupart des arrêts, et ce jusqu'à une époque récente.<sup>1232</sup> Toutefois, la Cour a parfois préféré une autre terminologie ne laissant pas davantage d'ambiguïté sur le sens et la portée de l'exception relative aux modalités de vente :

*« L'application à des produits en provenance d'autres Etats membres de dispositions nationales qui limitent ou interdisent certaines modalités de vente ne relèvent pas de l'article 30 du traité CE »* (article 34 TFUE).<sup>1233</sup>

Ces expressions témoignent d'une certaine forme de radicalité soulignant la rupture avec l'arrêt « Dassonville » et que l'on décèle moins dans une autre formule employée par la Cour dans des affaires plus récentes :<sup>1234</sup>

---

<sup>1231</sup> Arrêt du 4 novembre 1993, « Keck et Mithouard », affaires jointes C-276/91 et C-268/91, Rec., p. I-6097, point 16.

<sup>1232</sup> Arrêts du 18 septembre 2003, « Morellato », affaires C-416/00, Rec. 2003, p. I-9343, point 27 ; du 25 mars 2004, « Karner », affaire C-71/02, REc. 2004, p. I-3025, point 37.

<sup>1233</sup> Arrêt du 13 janvier 2000, « TK Heimdiens », affaire C-254/98, Rec. 2000, p. I-151, point 23.

<sup>1234</sup> Arrêts du 26 mai 2005, « Burmanjer », affaires C-20/03, Rec. 2005, p. I-4133, point 24 ; du 23 février 2006, « A-Punkt Schmukhandels GmbH », affaire C-441/04, Rec. 2006, p. I-2093, point 15.

«...des dispositions nationales limitant ou interdisant certaines modalités de vente ne sont pas de nature » à entraver le commerce entre États membres au sens de la jurisprudence inaugurée par l'arrêt « Dassonville ».

Ainsi, tout en faisant référence au point 16 de l'arrêt « Keck et Mithouard », la Cour en nuance parfois la portée et permet d'envisager l'hypothèse où les effets de la réglementation seraient contre nature,<sup>1235</sup> c'est à dire que celle-ci pourrait malgré son objet être de nature à entraver les échanges.

Ces nuances apportées par la Cour pourraient ne pas être totalement neutres ou anodines. Elles pourraient souligner l'importance qu'elle attache au critère tiré de la discrimination formelle ou matérielle pouvant être révélée par les réglementations nationales et dont le constat justifierait l'application de la jurisprudence « Dassonville ». A cet égard, il convient de reconnaître que le contrôle des effets d'une réglementation nationale sur l'accès au marché conformément à la jurisprudence « Keck et Mithouard », ne se distingue pas franchement de l'identification d'une entrave au sens de l'arrêt « Dassonville ».<sup>1236</sup>

Ainsi, il est possible de comprendre mais aussi de relativiser la rupture que représente la jurisprudence « Keck et Mithouard », par rapport à l'arrêt fondateur que représente l'affaire « Dassonville ». De la même manière nous proposons ci-après de concilier, la jurisprudence « Keck et Mithouard », d'une part, et la jurisprudence « Cassis de Dijon », d'autre part, sous l'angle du critère de la discrimination.

## **II- La conciliation entre la jurisprudence « Keck et Mithouard » et la jurisprudence « Cassis de Dijon »**

La portée exacte de la jurisprudence « Cassis de Dijon » n'apparaît pas de manière limpide au premier abord. Certes, la Cour a précisé que la justification d'une réglementation entravant les échanges sur le fondement d'une exigence impérative ne vaut que pour les mesures indistinctement applicables aux produits nationaux et aux produits importés. Cette réserve exclut les mesures entraînant une discrimination matérielle affectant les produits nationaux.

---

<sup>1235</sup> Voir en ce sens, l'article d'A. Rigaux, « *Vers une application apaisée de la jurisprudence Keck et Mithouard ?* » Europe 2006, n°4 Page 13 Comm.109.

<sup>1236</sup> *Ibid.*

Mais qu'en est-il des mesures affectant davantage les marchandises importées que les mesures nationales, lorsque l'effet discriminatoire n'est pas l'objectif de l'Etat d'importation ?

Il nous semble que la réponse peut être recherchée dans la comparaison avec la jurisprudence « Keck et Mithouard » et la jurisprudence ultérieure venue en préciser la portée, et dont l'application est soumise à une première condition que la réglementation s'applique à tous les opérateurs concernés exerçant leur activité sur le territoire national, et à une seconde condition qu'elles affectent de la même manière, en droit comme en fait, la commercialisation des produits nationaux et de ceux en provenance d'autres Etats membres.

Ainsi et à priori, la discrimination ferait obstacle tant à l'application de la jurisprudence « Cassis de Dijon » qu'à celle de la jurisprudence « Keck et Mithouard ». Comment dès lors, interpréter la décision de la Cour dans l'affaire « Gourmet » concernant l'interdiction de la publicité des alcools sous certaines formes, et dans laquelle la Cour refuse à la Suède l'immunité tirée de la jurisprudence « Keck et Mithouard » en raison du caractère « discriminatoire » de la réglementation nationale litigieuse. L'effet discriminatoire tient en l'occurrence au fait que l'interdiction litigieuse pénalise davantage la vente des produits importés que celle des produits nationaux.<sup>1237</sup> Or, ce constat n'empêche pas la Cour d'apprécier dans la seconde étape de son raisonnement la conformité de la réglementation litigieuse au regard de l'exigence impérative de protection de la santé publique.

Ce constat nous mène à la conclusion que la conciliation entre, d'une part l'arrêt « Keck et Mithouard », et d'autre part, l'arrêt « Cassis de Dijon », exige une interprétation subtile de la notion de discrimination. Au delà de la distinction entre la discrimination formelle et la discrimination matérielle, il apparaît que si la discrimination matérielle non recherchée constitue un obstacle à l'application de la jurisprudence « Keck et Mithouard », elle ne fait en revanche, nullement barrière à l'invocation par un Etat membre d'une exigence impérative pour justifier une mesure restrictive.

Malgré toutes ses tentatives de justification ou d'éclaircissement des interprétations jurisprudentielles, le bilan de la Cour reste controversé au regard notamment des effets produits par l'arrêt « Keck et Mithouard ».

---

<sup>1237</sup> Arrêt du 4 novembre 1993, « Keck et Mithouard », affaires jointes C-276/91 et C-268/91, Rec. 1993, p. I-6097, point 21.

## **Conclusion de la section**

Nous avons choisi de revisiter les arrêts fondateurs dans une perspective d'unité et de clarification.

Une première étape nous conduit vers une tentative de conciliation des jurisprudences « Dassonville » et « Keck et Mithouard ». Dans cette optique, nous constatons qu'une autre lecture de la première affaire privilégiant le critère de la discrimination contribuerait à un rapprochement avec la seconde.

De même, un certain regard porté sur la jurisprudence « Keck et Mithouard » permet de relativiser la rupture avec la jurisprudence antérieure. Ainsi et premièrement, nous observons que l'évolution résultant de la jurisprudence « Keck et Mithouard » a constitué une réponse au besoin de canaliser une jurisprudence instable dans le but évident de répondre au besoin de sécurité juridique. Deuxièmement, nous constatons dans la terminologie employée par la Cour une forme d'assouplissement de ses positions de principe laissant entrevoir qu'une réglementation nationale portant sur des modalités de vente pourrait exceptionnellement être de nature à entraver les échanges.

Dans une seconde et ultime étape nous comparons les arrêts « Keck et Mithouard » et « Cassis de Dijon » afin d'y mesurer le rôle joué par le critère de la discrimination. Nous en concluons que si la discrimination matérielle non sciemment visée par un État membre exclut l'application de la jurisprudence « Keck et Mithouard », elle ne contrarie en rien l'action en réhabilitation par un État membre fondée sur une exigence impérative.

## **Conclusion du Chapitre**

La critique est facile face au constat d'une jurisprudence caractérisée par son instabilité en raison de la difficulté qu'éprouvent les juges à trouver l'équilibre nécessaire entre la lutte contre le protectionnisme étatique et le respect de la souveraineté des États membres. Aussi tentons nous dans ce chapitre de comprendre et de relativiser l'importance des soubresauts de la jurisprudence relative à la définition des MEERQ.

A cette fin, nous proposons dans un premier temps, une nouvelle grille de lecture de la jurisprudence, fondée sur les critères de politique judiciaire, de politique sociale et de politique sanitaire. A cette fin, deux angles d'observation sont possibles. Le premier consiste à reconnaître le souci des juges à respecter le principe d'attribution des compétences entre l'Union Européenne, d'une part, et les États membres, d'autre part. Cette analyse pourrait expliquer, au delà des justifications apportées par la Cour de justice elle-même, l'évolution vers la jurisprudence « Keck et Mithouard ». Le second angle permet de déceler chez le juge communautaire, une sensibilité croissante pour les valeurs non économiques dont l'importance relative contribue à justifier une jurisprudence en mouvement.

Dans une seconde étape, nous proposons de revisiter la jurisprudence afin d'y rechercher au delà des apparences une certaine unité. Celle-ci pourrait être fondée sur une interprétation subtile du critère de discrimination dans les jurisprudences « Dassonville », « Keck et Mithouard » et « Cassis de Dijon ».

Ces tentatives de clarification ne suffisent pourtant pas à « réhabiliter » totalement le parcours souvent hésitant de la Cour de justice. L'unité jurisprudentielle, gage d'une meilleure lisibilité, ne passe-t-elle pas par la sélection d'un critère commun d'identification des MEERQ, quel que soit l'objet des réglementations nationales ?

## **Chapitre 2- Une évolution souhaitable vers l'unité jurisprudentielle fondée sur le critère revisité de l'accès au marché**

Les difficultés pour la Cour à réconcilier sa jurisprudence autour d'un critère unique permettant d'identifier les mesures d'effet équivalent aux restrictions quantitatives à l'importation et à l'exportation ne sont pas récentes. Nos développements précédents portant sur la recherche de cohérence dans les arrêts fondateurs ont tenté de le démontrer. Une jurisprudence plus récente fondée sur les arrêts « Remorques italiennes »<sup>1238</sup> et « Vedettes suédoises »<sup>1239</sup> ne contribuent guère à clarifier la situation, dans la mesure où ils consacrent une nouvelle définition MEERQ à l'importation dont le sens et la portée suscitent des interrogations.

---

<sup>1238</sup> Arrêt du 10 février 2009, « Commission des Communautés européennes contre République italienne », affaire C-110/05, Rec. 2009, p.I-519.

<sup>1239</sup> Arrêt du 4 juin 2009, « Percy Mickelsson et Roos », affaire. C-142/05, Rec. 2009, p. I-4273.

Cette nouvelle définition des MEERQ telle qu'elle apparaît dans les deux affaires précitées confirme la difficulté de la Cour à établir une fois pour toute sa jurisprudence. Les inconvénients résultant de cette instabilité sont aggravés par un autre défaut : celui de la complexité. Quel est le sens de la nouvelle définition des MEERQ ? Quelle relation entretient-elle avec la/les précédentes ?

Après avoir interprété la nouvelle classification des MEERQ et recherché un éventuel point de rupture avec la précédente, notre axe de réflexion s'oriente vers la recherche d'un socle commun reliant les nouvelles catégories de MEERQ telles qu'elles résultent de la jurisprudence « Remorques italiennes » et « Vedettes suédoises » et qui permettrait de faire le lien avec la jurisprudence antérieure.

Nos propos visent à démontrer qu'au delà des mots et des formules, la réalité du critère de l'accès au marché comme fondement de la définition des MEERQ à l'importation s'impose, alors que la jurisprudence s'obstine parfois à le reléguer dans un rôle secondaire.

Nous pensons en effet que la nouvelle typologie des MEERQ issue des deux arrêts précités renforce la place centrale du critère de l'accès au marché telle qu'elle figurait dans les arrêts fondateurs « Dassonville » et « Cassis de Dijon ».

Ce constat nous conforte dans l'idée d'une évolution souhaitable vers le choix d'un critère unique. En effet, la pertinence du maintien de la jurisprudence « Keck et Mithouard » mérite d'être vérifiée. Logiquement nous tentons de démontrer dans un second temps que la Cour devrait tirer toutes les conséquences de la formule employée dans les affaires « Remorques italiennes » et « Vedettes suédoises », pour donner au critère de l'accès au marché toute sa mesure au détriment du critère de la discrimination dans les affaires relatives aux modalités de vente. Une telle option supposerait, selon nous, de rompre avec une certaine conception du marché telle qu'adoptée par la Cour de justice.

Après avoir souligné la centralité du critère de l'accès au marché dans la définition des MEERQ à l'importation (Section 1), nous nous interrogeons sur l'opportunité d'une évolution parallèle de la jurisprudence relative aux MEERQ à l'exportation. Celle-ci est en effet entachée de défauts comparables de complexité et d'un certain degré d'incohérence. Pour y

remédier, nous présentons un certain nombre d'arguments favorables à une interprétation réconciliée des articles 34 et 35 du TFUE autour du critère de l'accès au marché (Section 2).

### **Section 1- Le critère de l'accès au marché, pierre angulaire de l'édifice jurisprudentiel abritant la définition des MEERQ à l'importation**

Il s'agit dans cette section de relire la jurisprudence et d'interpréter son évolution à la lumière du critère de l'accès au marché. En effet, ce critère est sous-jacent depuis les arrêts fondateurs « Dassonville » et « Cassis de Dijon ». Reste à déterminer si une telle affirmation reste d'actualité au regard de la nouvelle typologie des MEERQ telle qu'elle apparaît dans les arrêts « Remorques italiennes » et « Vedettes suédoises ». Autrement dit, il s'agit d'évaluer la portée du changement induit par les deux affaires précitées, et d'en apprécier les conséquences au regard des jurisprudences « Dassonville » et « Cassis de Dijon » dans un premier temps, puis de la jurisprudence « Keck et Mithouard ».

Concernant le premier point, cette nouvelle classification des MEERQ constitue-t-elle un revirement de jurisprudence ou tout simplement une nouvelle expression dont la fidélité avec la formulation antérieure repose sur la prééminence du critère de l'accès au marché ? Autrement dit, la nouvelle définition des MEERQ relègue-t-elle le critère de l'accès au marché dans un rôle subsidiaire ou bien au contraire, vient elle confirmer son rôle fondamental dans une définition plus globale qui remplace les catégories issues de sa jurisprudence antérieure ? Nous tenterons de répondre à cette question dans un premier paragraphe (I).

Concernant le second point, la nouvelle définition des MEERQ ne traduit-elle pas au contraire le rejet d'une définition des MEERQ fondée sur la distinction entre les réglementations selon leur objet, au profit d'un critère fondé sur ses effets ? Le cas échéant, on pourrait se demander si la jurisprudence Keck et Mithouard demeure pertinente. (II)

## **I- Reniement ou consolidation des jurisprudences « Dassonville » et « Cassis de Dijon » autour du critère de l'accès au marché ?**

Le critère de l'accès au marché constituait déjà le fondement de la jurisprudence « Dassonville » et « Cassis de Dijon ». Toutefois, le positionnement résiduaire du critère de l'accès au marché, ainsi que le caractère redondant des catégories référencées dans la nouvelle définition des MEERQ à l'importation consacrée par les affaires « Remorques italiennes » et « Vedettes suédoises », posent question dans l'attente d'une clarification (A). La nouvelle formule ne traduirait-elle pas une évolution plus formelle que refondatrice ? (B).

### **A- Une jurisprudence en attente de clarification**

Cette nécessaire clarification s'impose à la suite des affaires « Remorques italiennes »<sup>1240</sup> et « vedettes suédoises »<sup>1241</sup> dont nous rappelons ci-après les faits.

Le premier a été rendu à la suite d'un recours en constatation de manquement visant à faire constater qu'en édictant dans le code de la route, une interdiction aux cyclomoteurs, motocycles, aux tricycles et aux quadricycles de tirer une remorque, l'Italie a manqué à ses obligations découlant de l'article 28 du traité (article 34 TFUE). A l'appui de son action, la Commission soutient que la réglementation en cause a pour effet d'entraver l'importation en Italie desdites remorques dans la mesure où elles sont interdites d'utilisation.

Dans le cadre du second arrêt, le renvoi préjudiciel doit permettre d'apprécier à l'aune des articles 28 à 30 CE (articles 34 et suivants TFUE), une réglementation suédoise limitant à certaines voies navigables l'usage des véhicules nautiques à moteur.

Dans ces deux affaires, la Cour utilise une formule dont on s'interroge sur la signification. Elle précise en effet que :

*« Doivent être considérées comme des mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives à l'importation, au sens de l'article 28 CE, les mesures prises par un Etat*

---

<sup>1240</sup> Arrêt du 10 février 2009, « Commission contre République italienne » (« Remorques italiennes »), affaire C-110/05, Rec. 2009, p. I-519.

<sup>1241</sup> Arrêt du 4 juin 2009, « Percy Mickelsson et Roos » (« Vedettes suédoises »), affaire. C-142/05, Rec. 2009, p. I-4273.



*membre ayant pour objet ou pour effet de traiter moins favorablement des produits en provenance d'autres Etats membres, ainsi que les entraves à la libre circulation des marchandises 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 auxquelles doivent répondre ces marchandises, même si ces règles sont indistinctement applicables à tous les produits. Relève également de la même notion toute autre mesure qui entrave l'accès au marché d'un Etat membre des produits originaires d'autres Etats membres ».*<sup>1242</sup>

Ainsi, la nouvelle définition des MEERQ couvre les mesures nationales discriminatoires de jure ou de facto (première catégorie) et les entraves à la libre circulation telles qu'elles sont définies dans l'affaire « Cassis de Dijon » (seconde catégorie). Elle englobe également, mais dans une troisième catégorie que l'on peut qualifier de résiduaire, les « autres mesures » qui entravent l'accès au marché. Dans cette dernière catégorie, la Cour se focalise sur les effets de la mesure et délaisse une catégorisation des réglementations selon leur objet, à savoir, la distinction entre, d'une part, les mesures relatives aux produits, et d'autre part, les mesures relatives aux modalités de vente (échappant au champ d'application de l'article 34 TFUE) et les réglementations relatives aux modalités d'utilisation des produits.

Cette formulation peut surprendre dans la mesure où la troisième catégorie de mesures englobe les deux précédentes. De plus, et il s'agit là d'une source de confusion supplémentaire, cette définition est précédée par un rappel des arrêts « Dassonville », « Cassis de Dijon » et « Keck et Mithouard ».<sup>1243</sup> Toutefois, l'évolution consacrée par les arrêts « Remorques italiennes » et « Vedettes suédoises », par rapport aux jurisprudences « Dassonville » et « Cassis de Dijon » ne présente-t-elle pas un caractère plus formel que réellement fondateur ?

---

<sup>1242</sup> Arrêt « Remorques italiennes », point 37. Arrêt « Vedettes suédoises », point 24.

<sup>1243</sup> La référence formelle à l'arrêt « Keck et Mithouard » n'apparaît que dans l'affaire « Remorques italiennes », points 33 à 36.

## B- Une évolution plus formelle que refondatrice

A priori, la référence au critère de l'accès au marché dans les affaires « Remorques italiennes » et « Vedettes suédoises » ne révèle pas de changement de fond, en raison de la référence aux arrêts fondateurs. Toutefois, en utilisant le critère de l'accès au marché de manière subsidiaire dans la dernière catégorie de cette définition en forme de triade, on peut s'interroger sur son importance réelle d'autant que, comme nous l'avons souligné, la dernière catégorie paraît englober les deux précédentes. En conséquence, doit-on conclure à l'obsolescence des jurisprudences « Dassonville » et « Cassis de Dijon » ? Cette question en appelle deux autres auxquelles nous tenterons d'apporter des réponses :

Premièrement, la jurisprudence « Dassonville » est-elle menacée par la nouvelle définition des MEERQ ? (1)

Deuxièmement, cette nouvelle formulation affecte-t-elle la portée du principe de la reconnaissance mutuelle ? (2)

### 1- La jurisprudence « Dassonville » menacée par la nouvelle définition des MEERQ ?

Il existe un lien évident entre, d'une part, la jurisprudence « Dassonville » et , d'autre part, celle issue des affaires « Remorques italiennes » et « Vedettes suédoises », fondée sur la centralité du critère de l'accès au marché afin de caractériser les MEERQ à l'importation.

Cette affirmation s'appuie en premier lieu sur le constat que la discrimination ne constitue pas le critère de principe permettant d'identifier une MEERQ comme le démontrent les observations suivantes :

Premièrement, il convient de rappeler que dans l'affaire « Dassonville », la Cour a défini la notion de MEERQ à l'importation comme toute mesure susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement le commerce intracommunautaire.<sup>1244</sup> Comme nous l'avons précédemment indiqué, cette définition ne fait aucune référence au caractère discriminatoire ou non de la réglementation en cause.

---

<sup>1244</sup> Arrêt du 11 juillet 1974, « Dassonville », affaire 8/74, Rec. 1974, p 837, point 5.

Cette conclusion peut également être tirée d'un raisonnement à contrario, dans la mesure où la Cour de justice différencie, d'une part, la définition des MEERQ à l'importation et, d'autre part, celle des MEERQ à l'exportation qui elle, intègre formellement une condition de discrimination.<sup>1245</sup>

Enfin, ce constat renvoie par analogie à la jurisprudence de la Cour relative aux obstacles tarifaires, et plus particulièrement à la définition des taxes d'effet équivalent aux droits de douane. En la matière en effet, la Cour a fait évoluer leurs définitions d'un critère fondé sur la discrimination<sup>1246</sup> vers celui du franchissement de la frontière.<sup>1247</sup> Or le critère de l'accès au marché n'est guère éloigné de celui du franchissement de la frontière.

Ainsi, l'application de la jurisprudence « Dassonville » conduit la Cour vers une approche plus économique « basée sur le concept d'accès au marché »,<sup>1248</sup> quelle que soit l'importance donnée au constat d'une discrimination matérielle affectant la commercialisation des produits importés, par rapport à celle de leur produits nationaux concurrents.<sup>1249</sup>

A l'appui de ces affirmations, nous observons également que l'importance du critère de l'accès au marché avait été soulignée par l'avocat général Van Gerven dans l'affaire « Cinéthèque », y voyant une nouvelle application de la règle « Dassonville ». Selon ce dernier, la réglementation litigieuse, indistinctement applicable aux produits importés et aux produits nationaux rend ...

*« ... l'accès aux nouveaux marchés et la pénétration de ceux-ci par les entreprises d'autres États membres impossibles,<sup>1250</sup> plus difficiles (plus onéreux) ou beaucoup moins attrayants*

---

<sup>1245</sup> Conformément à la jurisprudence « Groenveld », constituent des MEERQ à l'exportation des « 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 du commerce d'autres Etats membres » (point 7).

<sup>1246</sup> Arrêt du 14 décembre 1962, « Pain d'épice », affaires jointes 2 et 3/62, Rec. p. 813.

<sup>1247</sup> Arrêt du 1 juillet 1969, « Fonds des diamantaires », affaire 2/69, Rec. 1969, p.211. Le critère du franchissement de la frontière permettant d'englober dans la catégorie des taxes d'effet équivalent à des droits de douane, les taxes frappant des produits non fabriqués dans l'Etat d'importation.

<sup>1248</sup> David O'Keefe et Antonio F. Bavasso cité par Damien Ferraille : « La définition Dassonville permet un élargissement du concept de libre circulation vers une approche plus économique basée sur le concept d'accès au marché ». (Ferraille Damien, « L'accès au marché en droit du marché intérieur », thèse présentée et soutenue le 9 juillet 2009 pour l'obtention du titre de Docteur en droit).

<sup>1249</sup> Ferraille Damien, (thèse précitée). L'auteur constate que la Cour procède parfois à une comparaison de l'incidence des mesures sur les produits nationaux et importés, tandis qu'à d'autres occasions la comparaison demeure succincte ou se révèle totalement inexistante.

<sup>1250</sup> C'est le cas dans l'arrêt du 23 février 1988, « Commission contre France » (succédané du lait), affaire 216/84, Rec. 1988, p. 793, concernant la réglementation française indistinctement applicable aux produits nationaux et aux produits

*(non rentables). Dans une situation de ce genre, il faut comparer non pas les produits importés et nationaux, mais les marchés nationaux entre eux. L'interdiction des restrictions quantitatives visée à l'article 30 (article 34 TFUE) qui est un des fondements essentiels de l'unité du marché commun, a en effet pour corollaire que tous les marchés nationaux de la Communauté doivent rester suffisamment accessibles pour les entreprises des autres États membres... ».*<sup>1251</sup>

Pour l'avocat général, le cloisonnement des marchés nationaux correspond ainsi au critère de référence, ce qui n'est pas sans rappeler la jurisprudence relative à l'interprétation de l'article 101.1 TFUE.<sup>1252</sup> Ainsi, dès lors qu'une réglementation nationale a pour effet de fermer l'accès au marché, elle devrait être automatiquement assimilée à une MEERQ. Si en revanche, l'accès est seulement rendu plus difficile, il convient d'en apprécier la portée par une analyse du contexte juridique et économique, pouvant conduire à une interdiction au titre de l'article 34 du traité.

Nous constatons que le critère de l'accès au marché conserve sa suprématie dans les arrêts « Remorques italiennes » et « Vedettes suédoises ». La Cour affirme en effet que les réglementations en cause peuvent avoir une influence sur le comportement des acheteurs, et par conséquent, affecter l'accès de ces véhicules au marché de ces États membres.<sup>1253</sup>

Si le critère de l'accès au marché demeure ainsi comme le fondement des décisions de la Cour, on peut toutefois s'interroger sur un élément contradictoire au sein de la nouvelle définition des MEERQ. En effet, la troisième catégorie de mesures de la nouvelle typologie vise toute mesure qui « *entrave l'accès au marché d'un État membre des produits originaires d'autres États membres* », ce qui semble constituer une rupture avec la formule

---

importés, dans la mesure où elle interdit l'importation et la vente de succédanés du lait en poudre et du lait concentré avec pour conséquence une fermeture totale du marché aux dits produits.

<sup>1251</sup> Arrêt du 11 juillet 1985, « Cinéthèque », affaires 60 et 61/84, Rec. 1985, p. 2605, conclusions, point 18.

<sup>1252</sup> Voir la distinction faite par l'avocat général Van Gerven entre la protection territoriale relative et la protection territoriale absolue ou bien selon ses termes, entre les règles qui cloisonnent par « *elles mêmes* » un marché national et celles qui se bornent à rendre « *l'accès au marché plus difficile* ».

L'article 101.1 du TFUE interdit les ententes entre entreprises restrictives de concurrence et qui sont susceptibles d'entraver les échanges à l'intérieur du marché commun. La Cour et la Commission interprètent cet article dans le sens où il s'applique en présence de comportements d'entreprises ayant pour objet ou effet de cloisonner, c'est à dire de « compartimenter » les marchés nationaux. Ainsi, concernant les accords verticaux, les autorités communautaires distinguent la protection territoriale relative des distributeurs, qui bénéficie d'une exemption catégorielle, d'une part, de la protection territoriale absolue qui est définitivement interdite, d'autre part. La différence d'appréciation est justifiée par l'existence ou l'absence de perméabilité des marchés. En effet, dans un marché unique ouvert à la concurrence, les importations parallèles entre les territoires nationaux ne doivent pas être empêchées.

<sup>1253</sup> Arrêt « Remorques italiennes », point 56. Arrêt « « Vedettes suédoises », point 26.

« Dassonville » ciblant les mesures susceptibles d'entraver actuellement ou potentiellement les échanges. Doit-on en déduire que l'interdiction figurant à l'article 34 du traité ne concerne que les réglementations exerçant une influence effective et d'une certaine intensité ?<sup>1254</sup>

En revanche le lien entre la jurisprudence « Cassis de Dijon » et les affaires « Remorques italiennes » et « Vedettes suédoises », paraît plus clair dès lors que l'on décèle dans ces dernières, la nouvelle expression du principe de reconnaissance mutuelle.

2- Une nouvelle expression du principe de la reconnaissance mutuelle fondée sur le critère de l'accès au marché

Dans l'affaire « Remorques italiennes », la Cour utilise l'expression en rappelant « *qu'il est de jurisprudence également constante que l'article 28 CE reflète l'obligation de respecter les principes de non-discrimination et de reconnaissance mutuelle des produits légalement fabriqués et commercialisés dans d'autres États membres, ainsi que celle d'assurer aux produits communautaires un libre accès aux marchés nationaux* », tout en faisant une référence expresse à l'arrêt « Cassis de Dijon ». <sup>1255</sup>

Cependant si les entraves de type « Cassis » sont clairement visées et rattachées à la seconde catégorie de la nouvelle définition des MEERQ, elles peuvent également être englobées dans la troisième catégorie visant les mesures qui « *entravent l'accès au marché d'un État membre, des produits originaires d'autres États membres* ». En effet, le critère de l'accès au marché est tout aussi fondamental dans la jurisprudence « Cassis de Dijon », <sup>1256</sup> plus particulièrement dans l'interprétation qui en a été faite par la Commission au travers du principe de la reconnaissance mutuelle et dont l'expression est tout à fait explicite : « *Tout produit légalement fabriqué et commercialisé dans un État membre doit être, en principe, admis sur le marché de tout État membre* ». <sup>1257</sup> Cette conviction semble partagée par la Cour lorsqu'elle affirme que « *l'objectif poursuivi par la libre circulation des marchandises consiste*

---

<sup>1254</sup> Cette thèse est défendue par M. Jean Paul Kepenne, « La libre circulation des marchandises » JDE 2009, Chronique, p. 280.

<sup>1255</sup> Arrêt « Remorques italiennes », point 34. Cette jurisprudence est confirmée dans l'arrêt du 10 septembre 2009, « Commission contre Royaume de Belgique », affaire C-100/08, Rec. p. I-140, point 81.

<sup>1256</sup> Voir également en ce sens l'article de Catherine Barnard, « Restricting restrictions : lessons for the EU from the US ? », Cambridge Law Journal, 68(3), November 2009, pp. 592 : « *This market access approach also appears to be the driving force behind the earlier cases on free movement of goods such as Dassonville ... and the principle of mutual recognition in Cassis de Dijon* ».

<sup>1257</sup> Communication de la Commission sur les suites de l'arrêt Cassis de Dijon, JO C 256 du 3 octobre 1980, p. 2.

*précisément à assurer aux produits des différents États membres l'accès de marchés sur lesquels ils n'étaient pas précédemment représentés* ». <sup>1258</sup>

Comment dès lors expliquer une telle répétition a priori surabondante ? D'aucuns ont tenté de la justifier par la prise en compte du moment de l'examen de l'entrave. Ainsi, le principe de la reconnaissance mutuelle s'appliquerait au stade de l'entrée sur le marché, tandis que le critère de l'accès au marché rendu impossible ou plus difficile concernerait la phase postérieure à la mise sur le marché. Cependant, cette approche ne serait pas en phase avec une réalité de plus en plus marquée, selon laquelle les conditions de vente postérieures à la mise sur le marché peuvent avoir un effet aussi restrictif que les conditions relatives au produit. Nous pensons tout particulièrement aux conséquences du développement du commerce en ligne.

C'est pourquoi nous considérons que le caractère totaologique de la nouvelle définition des MEERQ ne remet nullement en cause le principe de la reconnaissance mutuelle. L'aspect redondant correspond simplement à une différenciation formelle des mesures selon qu'elles visent les produits d'une part, et de celles relatives aux « autres mesures » d'autre part, les deux catégories étant appréciées sous l'angle du critère commun de l'accès au marché. <sup>1259</sup>

## **Conclusion du paragraphe**

A la question d'un éventuel reniement des jurisprudences « Dassonville » et « Cassis de Dijon » suscitée par les arrêts « Remorques italiennes » et « Vedettes suédoises », nous avons répondu par la négative. Tout au plus, on pourrait y déceler un assouplissement de la jurisprudence « Dassonville ». Quant au principe de la reconnaissance mutuelle, il n'est guère remis en question par le caractère répétitif de la nouvelle définition des MEERQ à l'importation dont le critère de l'accès au marché constitue le ciment d'une jurisprudence apparemment divisée.

Il convient dorénavant d'examiner la place de la jurisprudence « Keck et Mithouard » à l'aune de la nouvelle formule employée par la Cour afin d'en apprécier la pertinence.

---

<sup>1258</sup> arrêt du 14 juillet 1983, « Sandoz », affaire 174/82, Rec. 1983, p. 2445, point 26.

<sup>1259</sup> Une certaine doctrine a pu déceler dans la formule employée dans les affaires 110/05 et 142/05 une nouvelle formulation du principe de la reconnaissance mutuelle. Voir Anne-Lise Sibony, Alexandre Defossez, « Marché intérieur (marchandises, capitaux, établissement, services) », RTD eur. 46,(1), janv. – mars 2010, p. 131 et 132.

## II- La jurisprudence « Keck et Mithouard » demeure-t-elle pertinente ?

Malgré un bilan controversé (A), la jurisprudence la plus récente traduit la fidélité de la Cour à la jurisprudence « Keck et Mithouard ». Ce faisant, elle manque l'occasion d'un revirement favorable à l'unité jurisprudentielle fondée sur les effets des réglementations (B).

### A- La jurisprudence « Keck et Mithouard » : un bilan controversé

Le passif de la jurisprudence « Keck et Mithouard » ne peut être occulté. Bien que la doctrine ait souligné le fait qu'elle facilite le travail des juridictions nationales,<sup>1260</sup> ladite jurisprudence présente des défauts persistants, tant au niveau de son interprétation (1) que de son application (2).

#### 1- Un lourd passif lié à la nature ambiguë du concept et aux objectifs non atteints

L'un des reproches récurrents de la doctrine vis à vis de la jurisprudence « Keck et Mithouard » tient à l'ambiguïté du concept de modalité de vente, celui-ci n'ayant jamais été clairement défini par la Cour, alors qu'il était supposé clarifier sa jurisprudence<sup>1261</sup>. A cet égard, l'analyse présentée par l'avocat général Maduro est sans équivoque :

*« ... Conçue pour limiter le nombre de recours et contenir les excès auxquels a donné lieu l'application du principe de libre circulation des marchandises, la jurisprudence « Keck et Mithouard » finit par multiplier les interrogations sur les contours exacts dudit principe ».*<sup>1262</sup>

Cette ambiguïté est liée à plusieurs facteurs tels que la complexité de certaines situations (a), le caractère trop restrictif d'une classification en seulement deux catégories (b), tandis que le critère de discrimination qui se trouve au cœur de la jurisprudence « Keck et Mithouard » est également source de difficulté d'interprétation et d'application (c).

#### a- La difficulté de classement liée à la complexité de certaines situations

---

<sup>1260</sup> Peter Oliver « Some further reflections on the scope of articles 28-30 EC » CML Rev.36, 1999, p.797.

<sup>1261</sup> Fabrice Picod, « La nouvelle approche de la Cour de justice en matière d'entraves aux échanges », (article précité), p. 174. Mario Todino et Tilman Lüder, « La jurisprudence « Keck » en matière de publicité : vers un marché unique inachevé ? », Revue du Marché Unique Européen 1/1995, p. 182.

<sup>1262</sup> Conclusions de l'avocat général M. Poiras Maduro dans l'arrêt du 14 septembre 2006, « Alfa Vita Vassilopoulos et Carrefour-Mrinopoulos », affaires jointes C -158/04 et C-159/04, Rec. p. I-8135, point 34.

Le caractère parfois indivisible du produit et de sa méthode de commercialisation est souligné par la doctrine <sup>1263</sup> qui rejoint ainsi l'opinion de l'avocat général Poiares Maduro dans l'affaire « Alfa Vita Vassilopoulos », <sup>1264</sup> lorsqu'il affirme qu'il est « *en certains cas difficile de distinguer ce qui relève des modalités de vente de ce qui relève des réglementations relatives aux caractéristiques des produits, tant l'existence d'une restriction aux échanges est dépendante du mode d'application d'une réglementation et de ses effets concrets* ». <sup>1265</sup> L'avocat général Jacobs ne dit pas autre chose dans ses conclusions sur l'affaire « Leclerc-Siplec ». Par exemple, comment qualifier les réglementations environnementales imposant un type particulier de transport ?

Cette difficulté transparait également dans l'affaire « Morellato » <sup>1266</sup> où afin de déterminer si une réglementation nationale d'un Etat membre qui impose au revendeur de pain précuit un conditionnement préalable à l'achèvement de sa cuisson, constitue une restriction quantitative ou une MEERQ, la Cour fait un inventaire de ses décisions en vue de préciser la portée de l'arrêt « Keck et Mithouard ». Elle rappelle qu'ont été qualifiées de modalités de vente « *des dispositions concernant le lieu et les horaires de vente de certains produits ainsi que la publicité faite à leur égard et certaines méthodes de commercialisation* », alors qu'ont été exclues de cette catégorie des dispositions nationales qui, tout en réglant certains aspects de la mise en vente de produits, requièrent une modification de ceux-ci. Elle en conclut dans la première partie de son raisonnement, qu'une réglementation qui conditionne la mise en vente d'un produit importé d'un autre Etat membre à la modification de l'emballage ou de l'étiquette d'origine exclut qu'il s'agisse d'une modalité de vente. <sup>1267</sup> Dans une seconde étape cependant, elle considère qu'en l'espèce la réglementation se rapporte à une modalité de vente dans la mesure où l'exigence de conditionnement concerne la commercialisation du pain

---

<sup>1263</sup> Peter Oliver « Some further reflections on the scope of articles 28-30 EC » CML Rev.36, 1999, p.795.

Voir également : Anne Rigaux « Symphonie déconcertante ou Keckofonie ? à propos des dissonances de l'arrêt Morellato », Europe, novembre 2003: « ... *il est clair que bon nombre de réglementations se réduisent difficilement ... à la dichotomie artificiellement introduite ... entre les réglementations relatives aux produits et celles relatives aux modalités de vente* », p.9.

<sup>1264</sup> Arrêt du 14 septembre 2006, « Alfa Vita Vassilopoulos », affaires jointes C-158/04 et C-159/04, Rec. 2006, p. I-8135.

<sup>1265</sup> *Ibid*, point 31. Voir également en ce sens, les conclusions de l'avocat général Jacobs à propos de l'arrêt du 9 février 1995, « Leclerc-Siplec », affaire C-412/93, Rec. 1995, p. I-179.

<sup>1266</sup> Arrêt du 18 septembre 2003, « Tomaso Morellato contre Comune di Padova », affaire C-416/00, Rec. 2003 p. I-9343.

<sup>1267</sup> « *Ibid* », points 28 et 29.

Cette approche correspond à la thèse défendue par une certaine doctrine considérant que « ... *dans les cas où l'impossibilité d'utiliser un moyen de promotion déterminé implique une modification quelconque du produit et de sa présentation entendue dans un sens large ... la jurisprudence Cassis devrait être encore valable lorsque de telles situations se présentent* ». (Mario Todino et Tilman Lüder, « La jurisprudence « Keck en matière de publicité » : vers un marché unique inachevé ? » Revue du Marché Unique Européen 1/1995, p. 183.



résultant de la cuisson finale et non celle du pain précuit tel qu'il se présente à l'importation.<sup>1268</sup>

Pour une certaine doctrine, cette approche raisonne comme un aveu des difficultés à utiliser les critères de l'arrêt « Keck et Mithouard »,<sup>1269</sup> tandis qu'un autre courant doctrinal y voit une démarche parfaitement claire et cohérente.<sup>1270</sup>

L'ambiguïté liée à la jurisprudence « Keck et Mithouard » vient également du cadre trop restrictif de la classification fondée en seulement deux catégories en fonction de leur objet.<sup>1271</sup>

b- Le caractère excessivement restrictif d'une classification en deux catégories en fonction de l'objet des réglementations.

La doctrine évoque à cet égard l'existence d'une zone grise correspondant à des réglementations dont les particularités les excluent en principe des catégories définies par la Cour dans l'affaire « Keck et Mithouard », tandis que d'autres réglementations présentent des éléments de rattachement communs aux deux catégories.<sup>1272</sup>

Pour être plus précis, Fabrice Picod affirme l'existence de « *réglementations hors catégories* » dans lesquelles figurent les réglementations imposant des formalités ou des contrôles aux importations et aux exportations.<sup>1273</sup> Dans le même registre, Claire Vial prend l'exemple d'une réglementation environnementale imposant un contrôle préventif à la

---

<sup>1268</sup> Arrêt du 18 septembre 2003, « Tomaso Morellato contre Comune di Padova », affaire C-416/00, Rec. 2003 p. I-9343, points 35 et 36.

<sup>1269</sup> Anne Rigaux, « Symphonie déconcertante ou Keckofonie ? à propos des dissonances de l'arrêt Morellato », Europe, novembre 2003, p.8. L'auteur souligne « *l'exercice de virtualité jurisprudentielle* » auquel la Cour se livre en rappelant les limites de la jurisprudence « Keck et Mithouard » qui ne s'applique pas dès lors qu'une réglementation nécessite la modification de l'emballage ou de l'étiquetage des produits importés, pour finalement considérer que la réglementation italienne constitue une modalité de vente. Voir également Simon Denys, « Commercialisation des produits « bake off », Europe 2006, Commentaires, p. 17.

<sup>1270</sup> Robert Kovar, « Dassonville, Keck et les autres : de la mesure avant toute chose », p. 243. L'auteur dénonce la critique visant une distinction « *fragile* » entre les réglementations relatives aux produits et celles relatives aux modalités de vente, alors que la Cour en justifierait parfaitement la raison d'être (p. 243).

<sup>1271</sup> Voir Picod, F., « La nouvelle approche de la Cour de justice en matière d'entraves aux échanges », Revue Trimestrielle de droit européen, 1998, p. 169.

<sup>1272</sup> Ann Fromon et Christophe Verdure, « La consécration du critère de l'« accès au marché » au sein de la libre circulation des marchandises : mythe ou réalité ? – Department of European Legal Studies, College d'Europe, p. 9.

<sup>1273</sup> Voir Picod, F., « La nouvelle approche de la Cour de justice en matière d'entraves aux échanges », Revue Trimestrielle de droit européen, 1998, p. 183 et 184. Voir également Picod Fabrice, « La jurisprudence Keck et Mithouard a-t-elle un avenir ? (p. 57 à 60), in « L'entrave dans le droit du marché intérieur », sous la direction de Loïc Azoulaï, Collection Droit de l'Unio européenne, Bruylant 2011.

frontière lors de l'importation, afin de vérifier les effets des produits sur l'environnement.<sup>1274</sup> Alors même qu'une telle mesure ne concerne pas des modalités de vente, elle ne vise pas davantage directement le produit. Pour autant, une telle mesure aurait pour effet de restreindre l'accès au marché et mériterait la qualification de MEERQ.

Le premier commentateur précité ajoute à sa liste, les réglementations relatives aux moyens de protection juridique des produits ainsi que d'autres réglementations à propos desquelles la Cour a tout simplement ignoré la classification « keck et Mithouard ». <sup>1275</sup>

Une autre source d'interrogations vient de la difficulté à manier le concept qui implique l'absence de discrimination.

#### c- Des incertitudes relatives au concept de discrimination

Dans l'affaire du lait maternisé en Grèce, dans laquelle était en cause la réglementation nationale interdisant la vente de lait « premier âge » en dehors des pharmacies, la Cour a jugé que l'absence de production nationale ne permettait pas de conclure à l'existence d'une discrimination. On constate pourtant la thèse inverse dans l'affaire « Morellato » dans laquelle la Cour précise en effet que *« s'il n'y a pas de production du produit concerné dans l'État d'importation, une telle exigence bien qu'indistinctement applicable désavantagerait uniquement les produits importés, en ce qu'elle découragerait leur importation ou les rendrait moins attrayants pour le consommateur final. Si tel était le cas ... la dite exigence constituerait une entrave à l'importation et tomberait donc sous le coup de l'interdiction prévue à l'article 30 ... »*. <sup>1276</sup>

Si le bilan de la jurisprudence « Keck et Mithouard » est ainsi alourdi par l'ambiguïté du concept de modalité de vente, il convient également d'ajouter dans son passif, un certain nombre d'incohérences.

---

<sup>1274</sup> Claire Vial, « Protection de l'environnement et libre circulation des marchandises », Collection Droit de l'Union européenne, dirigée par Fabrice Picod, Bruylant 2000, p. 150.

<sup>1275</sup> Fabrice Picod évoque les réglementations relatives au transport et au stockage de marchandises (arrêt du 15 décembre 1993, « Ligure Carni », affaires jointes C-277/91, C-318/91, C-319/91, Rec. p. I-6621, point 36), les réglementations liées à un monopole concédé à des personnes détentrices d'une licence (arrêt du 23 octobre 1997, « Franzen », affaire C-120/95, Rec. I, points 70 à 73) et des réglementations relatives aux soins ou aux produits médicaux (arrêt du 28 avril 1998, « Decker », affaire C-120/95, point 36).

<sup>1276</sup> Arrêt du 18 septembre 2003, « Tomaso Morellato contre Comune di Padova », affaire C-416/00, Rec. 2003 p. I-9343, point 37.

## 2- Des incohérences de principe

Ces incohérences résultant de l'affaire «Keck et Mithouard » sont dénoncées par l'avocat général Jacobs dans ses conclusions relatives à l'affaire « Leclerc-Siplec ». <sup>1277</sup> Un double constat vient en effet affecter le bilan de la jurisprudence « Keck et Mithouard ».

Premièrement, l'objectif de lutter contre les entraves étatiques aux échanges intracommunautaires s'accommode mal de critères ou de conditions différents selon l'objet des règles nationales. Seul l'effet des mesures nationales devrait compter aux yeux des autorités chargées de les apprécier au regard des règles du traité. L'avocat général Jacobs estime à juste titre que les effets restrictifs d'une règle relative aux modalités de vente, peuvent être aussi sévères qu'une interdiction d'importation. <sup>1278</sup> Ce serait par exemple le cas d'une réglementation nationale n'autorisant la vente de certains produits que dans quelques petits magasins. <sup>1279</sup> Un autre exemple concerne les restrictions de la publicité, comme l'a d'ailleurs reconnu la Cour dans l'affaire « Gourmet international » en constatant que l'interdiction de la publicité peut affecter plus lourdement la commercialisation des produits originaires d'autres États membres que celle des produits nationaux, et constituer par conséquent une entrave au commerce inter étatique entrant dans le champ d'application de l'article 30 du traité (article 34 TFUE). En effet, dans un environnement devenu hautement concurrentiel, les réglementations de la promotion commerciale sont susceptibles d'entraver les échanges d'une manière plus sensible encore que les réglementations portant sur les produits. <sup>1280</sup>

Deuxièmement, l'introduction d'une discrimination a pour conséquence qu'une réglementation nationale restrictive des échanges sans fondement, devient acceptable à la condition qu'elle impose la même restriction arbitraire à la commercialisation des produits nationaux. Or, l'élimination du caractère discriminatoire d'une mesure ne signifie nullement

---

<sup>1277</sup> Arrêt du 9 février 1995, « Leclerc-Siplec », affaire 412/93, Rec. 1995, p. I-179, conclusions, points 38 et 39. Voir également les conclusions de l'avocat général Yves Bot dans l'arrêt du 17 juillet 2008, « Corporacion Dermestetica SA contre To Me Group Advertising Media », C-500/06, Rec. 2008, p. I-5785, points 84 et 86.

<sup>1278</sup> Les incohérences résultant de l'affaire « Keck et Mithouard » sont dénoncées par l'avocat général Jacobs à propos de l'arrêt du 9 février 1995, « Leclerc-Siplec », affaire C-412/93, Rec. 1995, p. I-179. Également en ce sens, voir Peter Oliver « Some further reflections on the scope of articles 28-30 EC » CML Rev.36, 1999, p.795.

<sup>1279</sup> Arrêt du 8 mars 2001, « Konsumentombudsmannen contre Gourmet International Products AB », Affaire C-405/98, Rec. 2001, p. I-1795, point 25. Voir également Peter Oliver « Some further reflections on the scope of articles 28-30 EC » CML Rev.36, 1999, p.795.

<sup>1280</sup> Voir en ce sens, Mario Todino et Tilman Lüder, « La jurisprudence « Keck » en matière de publicité : vers un marché unique inachevé ? », Revue du Marché Unique Européen 1/1995, p. 181.

la suppression de l'entrave, les deux aspects étant de nature différente. En effet, le test de la discrimination introduit par l'arrêt « Keck et Mithouard » ne correspond pas à l'objectif de création du marché intérieur qui requiert l'absence d'entrave. Monsieur Jacobs, dont nous partageons le point de vue, en conclut que le critère de discrimination est incompatible par principe avec les objectifs du traité.<sup>1281</sup>

Au passif de la jurisprudence « Keck et Mithouard », il convient enfin d'ajouter un élément qui « plombe » véritablement le bilan de la Cour, dans la mesure où les objectifs visés ne sont guère atteints.

### 3- Des objectifs non réalisés

Les reproches adressés à la jurisprudence « Keck et Mithouard » ne concernent pas uniquement les conditions de son exercice mais également les résultats obtenus.

Rappelons que la motivation principale du revirement résidait dans la crainte de contestations abusives provenant des opérateurs économiques contre toutes sorte de réglementations nationales y compris celles qui ne visent pas les produits. Or, la pertinence de cet argument favorable au revirement opérée par l'arrêt « Keck et Mithouard » doit être relativisée. En effet, alors que l'arrêt « Keck et Mithouard » devait contribuer à limiter les recours abusifs, la doctrine a souligné l'abondance de la jurisprudence postérieure.<sup>1282</sup>

Pire encore, comme une certaine doctrine a pu le faire remarquer non sans ironie, la jurisprudence « Keck et Mithouard » a parfois produit le résultat inverse des effets recherchés.<sup>1283</sup> Ce constat concerne notamment l'affaire « Bluhme »<sup>1284</sup> relatif, rappelons le, à la réglementation danoise interdisant de détenir sur l'île de Laeso, des abeilles n'appartenant pas à une espèce locale endémique. L'argument des autorités danoises mérite d'être souligné :

---

<sup>1281</sup> Voir en ce sens également Miguel Poiares Maduro : « *The distinction between rules on product requirements and rules on market circumstances does not appear to be sufficiently clear or soundly-based to stand for long, nor does there seem to be any normative basis for making such distinction* » in « We the Court, The European Court of Justice and the European Economic Constitution », A critical reading of Article 30 of the EC Treaty, Oxford Portland Oregon, p. 45.

<sup>1282</sup> Joël Molinier, Nathalie De Grove-Valdeyron, « Droit du marché intérieur », 3<sup>ème</sup> édition, LGDJ, *Système Droit* (2011), p. 62.

J.-S. Berge & S. Robin-Olivier, « Droit européen », 2<sup>ème</sup> édition, coll. Thémis, Paris, PUF, 2008, p. 135.

Nourissat Cyril, Clavière Bonnamour Blandine, « Droit de la concurrence, libertés de circulation – Droit de l'Union – Droit interne », Dalloz 2013, 4<sup>ème</sup> édition, p. 109.

<sup>1283</sup> Rigaux Anne, « Nouvel épisode de la difficile qualification des mesures d'effet équivalent : Le sort des abeilles brunes de Laeso », Europe, Editions du Juris Classeur, Mars 1999, p. 7, 8.

<sup>1284</sup> Arrêt du 3 décembre 1998, « Procédure pénale contre Ditley Bluhme », affaire C-67/97, Rec. 1998 p. I-8033.

La réglementation litigieuse devrait être considérée comme une modalité de vente.<sup>1285</sup> A ce propos, d'aucuns ont critiqué un effet pervers de l'arrêt « Keck et Mithouard » correspondant à une nouvelle tendance à « *invoquer en défense, de manière presque aussi automatique et arbitraire, les mannes du revirement opéré* ». <sup>1286</sup> L'ambiguïté générée par la jurisprudence « Keck et Mithouard » n'y est pas étrangère. Elle est pourtant niée par le juge communautaire qui affirme clairement que la réglementation en cause au principal porte sur les caractéristiques intrinsèques des abeilles et ne saurait en conséquence concerner une modalité de vente. <sup>1287</sup> L'avocat général est à cet égard moins péremptoire. Dans une démarche plus analytique, il constate qu'une réglementation limitant la distribution des abeilles sur une partie du territoire national pourrait être assimilée à la fois à une réglementation portant sur des modalités de vente mais aussi à une mesure relative aux produits, dans la mesure où peuvent être exclues du territoire visé des abeilles dont le morphotype et les origines sont différents de ceux de l'espèce locale. Constatant l'ambivalence de ce constat, il recommande à la Cour de fonder son jugement sur le critère de l'accès au marché.

Un autre objectif de l'évolution issue de la jurisprudence « Keck et Mithouard » était la clarification de la nature de l'interdiction des MEERQ. Or les incertitudes liées à son application se sont révélées dans les faits comme une source d'insécurité juridique pour les entreprises, les institutions communautaires et les États membres. <sup>1288</sup>

Enfin, si l'application du principe de libre circulation devait s'en trouver facilitée, la réalité est tout autre en raison de la difficulté d'application du concept. En témoigne une certaine propension de la Cour de justice à renvoyer au juge national la charge d'apprécier la nature et les effets des mesures nationales contestées. <sup>1289</sup>

L'analyse du bilan de la jurisprudence « Keck et Mithouard » passe également par un examen de son application effective et notamment de sa pérennité.

---

<sup>1285</sup> *Ibid*, point 16.

<sup>1286</sup> Rigaux Anne, « Nouvel épisode de la difficile qualification des mesures d'effet équivalent : Le sort des abeilles brunes de Laeso », Europe, Editions du Juris Classeur, Mars 1999, p. 7, 8.

<sup>1287</sup> Arrêt du 3 décembre 1998, « Procédure pénale contre « Ditley Bluhme », affaire C-67/97, Rec. 1998 p. I-8033, point 21.

<sup>1288</sup> Bien qu'il semble possible de regrouper les modalités en deux catégories : les réglementations de la vie socio-économique ( exemple du repos dominical), d'une part, et les modalités de vente au sens strict (exemple : l'exclusivité de vente de certains produits en pharmacie) , d'autre part.

<sup>1289</sup> Voir en ce sens, les points 31 et 32 des conclusions de l'avocat général Poiras Maduro dans l'arrêt du 14 septembre 2006, « Alfa Vita Vassilopoulos et Carrefour-Mrinopoulos », affaires C 158/04 et C 159/04, Rec. p. I-8135.

#### 4- « Keck et Mithouard » : une jurisprudence obsolète ?

Il s'agit dans ce paragraphe de démontrer que la présomption de conformité avec l'article 34 du traité, des modalités de vente non discriminatoires est de moins en moins justifiée, eu égard à la sophistication grandissante des techniques utilisées dans la promotion et la vente des produits.

Une application orthodoxe de la jurisprudence « Keck et Mithouard » suppose prioritairement un examen du caractère discriminatoire des modalités de vente litigieuses. Il semble cependant que la Cour réalise que les fondements d'une telle approche reposant sur la présomption d'un accès non restreint au marché de l'État d'importation sont de moins en moins pertinents en raison notamment du développement du commerce électronique. Par conséquent, se pose la question d'une adaptation de la jurisprudence à l'évolution des techniques du marketing et de la vente.

L'élimination progressive des obstacles aux échanges intracommunautaires d'origine étatique a ouvert aux entreprises des perspectives nouvelles. Leur développement international dépend de leurs capacités d'innovation, mais aussi d'adaptation à l'évolution du commerce international. A cet égard, la publicité joue un rôle croissant comme outil de promotion des ventes grâce à la généralisation des moyens modernes de communication, notamment dans le cadre d'une stratégie de développement international. L'avocat général Jacobs souligne qu'en l'absence de publicité, les consommateurs conserveraient leurs habitudes de consommation, ce qui permettrait aux fabricants établis de conserver leur marché au détriment des nouveaux entrants.<sup>1290</sup> Ainsi, le marketing se trouve au cœur de la stratégie des entreprises souhaitant promouvoir et commercialiser leurs produits dans un marché mondialisé dont les opportunités sont plus évidentes encore à l'échelle de l'Europe communautaire. Dans un environnement devenu hautement concurrentiel, les réglementations de la promotion commerciale sont susceptibles d'entraver les échanges d'une manière plus sensible que les réglementations portant sur les produits.<sup>1291</sup>

---

<sup>1290</sup> Conclusions de l'Avocat général Jacobs dans l'arrêt du 9 février 1995, « Leclerc-Siplec », affaire C-412/93, Rec. 1995, p. I-179, points 19, 20 et 21, dans lesquels il reprend également les déclarations d'un arrêt de la Cour suprême des Etats-Unis : « *Tant que nous conserverons une économie où la libre entreprise prédominera, la répartition de nos moyens se fera, dans une large mesure, par le biais de nombreuses décisions économiques privées. L'intérêt public veut que ces décisions soient dans l'ensemble avisées et bien documentées. A cette fin, il est indispensable que l'information commerciale circule librement* ».

<sup>1291</sup> Voir en ce sens, Mario Todino et Tilman Lüder, « La jurisprudence « Keck » en matière de publicité : vers un marché unique inachevé ? », Revue du Marché Unique Européen 1/1995, p. 181.

L'influence du développement de la vente en ligne constitue un autre exemple de l'évolution technologique induisant de nouvelles formes de consommation. La généralisation progressive de la vente à distance qui rapproche virtuellement le vendeur et le consommateur, contribue à relativiser l'obstacle de la distance entre les opérateurs du commerce international, qu'ils aient leur siège ou leur résidence à Paris, Berlin ou Madrid.<sup>1292</sup> La Cour de justice prend peu à peu la mesure du potentiel formidable qu'elle représente dans le commerce intracommunautaire, comme le révèle la jurisprudence analysée ci-après.

En effet, l'utilisation croissante des nouvelles technologies dans le marketing et la vente des marchandises favorise l'intégration des marchés. Nul doute que le droit doit évoluer et s'adapter à une époque qui voit apparaître de nouveaux moyens et outils de communication et de transaction. Ainsi, le commerce électronique et par induction la publicité et la vente via « internet » tendent à saper ou du moins à fragiliser les fondements d'une jurisprudence qui distingue les réglementations sur les produits, d'une part, et celles relatives aux modalités de vente, d'autre part. Cette analyse pourrait expliquer les commentaires parfois amusés, voire sarcastiques d'une certaine doctrine déclarant à propos de l'affaire « Ker-Optika »<sup>1293</sup> :

*« ... L'arrêt Keck reprend du service pour interdire d'interdire certaines modalités de ventes et spécialement la vente en ligne. Keck instrument de la libéralisation du commerce électronique, qui l'eût cru ? ».*<sup>1294</sup>

Cette approche est également défendue par certains commentateurs soulignant la situation particulière des « *new comers* » qui doivent supporter un effort particulier pour pénétrer un nouveau marché. En effet, pour ces derniers la discrimination peut résider non pas dans le traitement différent des opérateurs déjà présents sur le marché, d'une part, et les nouveaux entrants, d'autre part, mais dans l'application de règles commerciales relatives à la promotion, susceptibles de créer, au détriment des nouveaux acteurs, une barrière à l'entrée du marché national.<sup>1295</sup>

---

<sup>1292</sup> « L'intérêt de la vente en ligne est ... qu'Internet offre aux opérateurs une vitrine dotée d'une visibilité qui dépasse les frontières, sans que l'opérateur supporte les coûts et contraintes liés à la possession d'un magasin « réel. » (Extrait des conclusions de l'avocat général Paolo Mengs dans l'arrêt du 2 décembre 2010, « Ker-Optica bt », aff. C-108/09, Rec. 2010, p. I-12213.

<sup>1293</sup> Arrêt du 2 décembre 2010, « Ker-Optica bt », aff. C-108/09, Rec. 2010, p. I-12213.

<sup>1294</sup> Anne lise Sibony, Alexandre Defossez, « Libre circulation des marchandises, chronique de jurisprudence juillet 2010 à juillet 2011 », RTDE page 588.

<sup>1295</sup> Mario Todino et Tilman Lüder, « La jurisprudence « Keck » en matière de publicité : vers un marché unique inachevé ? », p. 183. L'auteur s'inspire notamment de la jurisprudence de la Cour en matière de réglementation sur les prix et notamment de l'affaire 231/83, « Cullet/Leclerc », en précisant que les circonstances peuvent engendrer une discrimination

Cette évolution du contexte dans lequel évoluent les acteurs du commerce international est un paramètre auquel la Cour n'est pas restée insensible dans ses analyses, et notamment en vue d'apprécier les conditions d'application de la jurisprudence « Keck et Mithouard ».

Ainsi, la Cour de justice souligne dans sa jurisprudence plus récente l'importance de la publicité dans la stratégies de développement international des entreprises. C'est pourquoi elle juge qu'une interdiction de publicité ou de la vente en ligne indistinctement applicable quelle que soit l'origine des produits peut néanmoins avoir un impact plus néfaste pour les produits importés que pour les produits nationaux,<sup>1296</sup> dans la mesure où leur consommation dans l'État d'importation est parfois liée à des pratiques traditionnelles. Cela ne doit-il pas conduire la Cour à en tirer la conclusion que la présomption de conformité des réglementations relatives aux modalités de vente avec l'article 34 du traité ne se justifierait plus ? Ainsi, le critère de l'accès au marché redeviendrait le critère suprême d'identification des MEERQ, quel que soit l'objet des réglementations nationales. Une telle évolution est aujourd'hui perceptible bien qu'elle demeure à notre avis hésitante et insuffisante.

Toutefois, si la Cour tend à concéder au critère de l'accès au marché une plus grande place, elle semble également lui refuser l'exclusivité qui aurait entrainer la disparition pure et simple de la distinction entre les réglementations relatives aux produits et les réglementations relatives aux modalités de vente.

B- L'occasion manquée d'un revirement favorable à l'unité jurisprudentielle fondée sur les effets des réglementations

La jurisprudence relative aux modalités d'utilisation des produits illustre les difficultés qu'éprouve la Cour de justice à adapter ses positions de principe aux nouveaux cas d'espèce. En la matière, la sécurité juridique passe également par une clarification des décisions relatives aux modalités d'utilisation des produits (1). La nouvelle définition des MEERQ qu'elle consacre ne menace t-elle pas la pérennité de la jurisprudence « Keck et Mithouard » ?  
(2)

---

contre les produits importés. Ainsi des prix fixés trop bas peuvent compromettre toute profitabilité, tandis que des prix trop hauts diminuent l'avantage concurrentiel. L'auteur justifie et renforce l'argument en regrettant à propos de l'affaire « Keck et Mithouard » que la Cour se soit contentée d'observer l'égalité de traitement des opérateurs sur le marché national sans prendre en compte la situation particulière des nouveaux entrants.

<sup>1296</sup> Arrêt du 8 mars 2001, « Konsumentombudsmannen contre Gourmet International Products AB », Affaire C-405/98, Rec. 2001, p. I-1795., point. 21.



1- Une clarification nécessaire suite aux affaires relatives aux modalités d'utilisation.

La nécessité d'une telle clarification s'impose suite au constat d'une jurisprudence divisée (a) et de la difficulté à l'interpréter (b).

a- Une jurisprudence divisée

Le chemin chaotique évoqué ci-dessus passe en effet par deux axes opposés.

Une première tendance de la Cour de justice est de considérer ces réglementations à l'aune de la jurisprudence « Dassonville » sans référence aux modalités de ventes, alors même que l'objet spécifique des réglementations porte, non sur le produit lui-même mais sur son utilisation.

Ce courant peut être illustré par les affaires « Toolex »<sup>1297</sup> et des « films colorés pour pare-brises ». <sup>1298</sup> La première affaire répond à une question préjudicielle se rapportant à la réglementation suédoise, en ce qu'elle contient une interdiction de principe assortie de dérogations individuelles pour l'usage du trichloréthylène à des fins professionnelles. La Cour estime qu'une interdiction de principe de l'usage du produit, tout comme l'obligation imposée aux opérateurs économiques de demander une exemption ou une dérogation, constituent une MEERQ qu'elle estime toutefois justifiée au regard du motif de protection de la santé des personnes.

La seconde affaire oppose la Commission et la République portugaise, à propos d'une réglementation nationale interdisant l'apposition de films colorés sur le pare-brise et les vitrages correspondant aux sièges des passagers des véhicules automobiles. Après un rappel de la jurisprudence « Dassonville », la Cour constate que la réglementation en cause a pour effet que les commerçants et les particuliers n'ont pratiquement aucun intérêt à en acheter, ce qui affecte la commercialisation de ces produits légalement fabriqués et commercialisés dans d'autres Etats membres. Ainsi, la Cour assimile totalement la réglementation en cause à celles qui sont applicables aux produits eux mêmes, (c'est à dire qui portent sur leur dénomination, leur forme, leur dimension, leur poids, leur composition, leur présentation, leur étiquetage, leur conditionnement). Dans une formule plus explicite encore, l'Avocat général précise que

---

<sup>1297</sup> Arrêt du 11 juillet 2000, « Kemikalieninspektionen contre Toolex Alpha AB », affaire C- 473/98, Rec. 2000, p. I-5681.

<sup>1298</sup> Arrêt du 10 avril 2008, « Commission contre République portugaise », affaire C-265/06, Rec. 2008, p. I-2245.

« bien qu'une mesure nationale n'ait pas pour objet de régler les échanges de marchandises entre les Etats membres, ce qui est déterminant, c'est son effet sur le commerce intracommunautaire qu'il soit actuel ou potentiel ». <sup>1299</sup>

Si ce premier courant jurisprudentiel peut susciter l'étonnement, il a au moins le mérite de la clarté. Il en va différemment de la formule employée dans plusieurs arrêts récents.

En effet, un certain flou relatif au fondement juridique caractérise plusieurs décisions relatives à des réglementations ayant pour objet l'utilisation de produits, ou plus précisément qui régissent « le mode et le lieu d'utilisation des produits ». Ceux qui, à ces occasions, attendaient du juge communautaire une clarification de la notion de modalité de vente ont pu être déçus, tant la formule employée par la Cour est ambiguë.

La question se justifie à la lecture de la nouvelle définition des MEERQ tirée des arrêts « Remorques italiennes » <sup>1300</sup> et « Vedettes suédoises » <sup>1301</sup>. L'impression d'une référence surperfétatoire à la jurisprudence « Keck et Mithouard » provient de l'apparente intégration de la jurisprudence « Keck » dans la troisième catégorie de la formule trilogique.

Quelle signification donner à la nouvelle formule ? Comment concilier la jurisprudence applicable respectivement aux modalités de vente et aux modes d'utilisation des produits ? A cet égard, certains commentaires doctrinaux ont souligné le flou de ces décisions <sup>1302</sup> dont on peut malheureusement tirer des conclusions opposées.

#### b- Des interprétations divergentes

Selon une première interprétation, qui semble la plus logique, la nouvelle formule rappellerait implicitement les arrêts « Cassis de Dijon » et « Keck et Mithouard », tandis que l'originalité des affaires « Remorques italiennes » et « Vedettes suédoises » viendrait d'une analyse

---

<sup>1299</sup> *Ibid*, conclusions, point 37.

Voir également l'arrêt du 11 juillet 2000, « Kemikalieninspektionen contre Toolex Alpha AB », affaire C- 473/98, Rec. 2000, p. I-5681. La question préjudicielle se rapporte à la réglementation suédoise, en ce qu'elle contient une interdiction de principe assortie de dérogations individuelles pour l'usage du trichloréthylène à des fins professionnelles. La Cour estime qu'une interdiction de principe de l'usage du produit est susceptible d'entraîner une restriction du volume des importations.

<sup>1300</sup> Arrêt du 10 février 2009, « Commission des Communautés européennes contre République italienne », affaire C-110/05, Rec. 2009, p.I-519.

<sup>1301</sup> Arrêt du 4 juin 2009, « Percy Mickelsson et Roos », affaire. C-142/05, Rec. 2009, p. I-4273.

<sup>1302</sup> Journal du Marché Intérieur - L'actualité juridique et politique de l'Union européenne vue par l'institut d'Etudes Juridiques Européennes ([www.iej.net](http://www.iej.net)), 26/02/2009.

particulière des « *autres mesures qui entravent l'accès au marché* ». Ainsi, la jurisprudence « Keck et Mithouard » demeurerait la référence pour les réglementations relatives aux modalités de vente (à l'exclusion des modalités d'utilisation).

Si l'on retient cette thèse, trois régimes juridiques peuvent être distingués en fonction de l'objet des dispositions nationales. Les réglementations relatives aux produits sont systématiquement visées par l'article 28 du traité (article 34 TFUE). Le sont également les modalités de ventes discriminatoires ou constituant une entrave aux échanges. Enfin, les autres réglementations portant notamment sur les modalités d'utilisation des produits correspondent à des MEERQ, dans la mesure où elles limitent l'accès au marché d'un Etat membre.

Une telle interprétation suscite la critique sur le fond, dans la mesure où des restrictions nationales d'utilisation, de nature proche de celle des modalités de vente et produisant les mêmes effets, ont été assimilées à des entraves nécessitant une exemption.

Elle présente un autre inconvénient majeur. Comment en effet expliquer que certaines règles clairement et objectivement restrictives des échanges pourraient échapper à l'emprise de l'article 28 du traité (article 34 TFUE) à la condition de ne pas être discriminatoires (ce qui correspond à la l'interprétation de l'affaire « Keck et Mithouard »), alors que certaines modalités d'utilisation de produits, ayant un impact moins sensible sur l'accès au marché, seraient systématiquement frappées d'interdiction sans égard à leur caractère non discriminatoire.<sup>1303</sup>

D'aucuns ont pourtant apporté des arguments contraires visant à justifier la distinction des régimes selon qu'il s'agit de modalités de vente ou d'utilisation, sans considération réelle des effets sur l'accès au marché.

L'un d'entre eux repose sur le constat que la plupart des modalités de vente ont été considérées comme tombant sous le coup de l'article 28 (nouvel article 34 TFUE), en raison

---

<sup>1303</sup> Voir Spaventa E, « Leaving Keck behind ? the free movement of goods after the ruling in Commission v. Italy and michelsson and Roos », EL Rev. 2009, N°34, p. 922.

notamment de leur caractère discriminatoire ou du fait de l'exclusion de certaines catégories de modalités de vente du régime d'exemption.<sup>1304</sup>

En outre, rien n'indiquerait que les raisons ayant motivé l'exclusion des modalités de vente du champ d'application de l'article 28 du traité CE (article 34 TFUE ) se confondent avec celles qui sont relatives aux modalités d'utilisation des produits.<sup>1305</sup>

Une seconde interprétation de l'expression « *toute autre mesure* » utilisée dans les affaires « Remorques italiennes » et « Vedettes suédoises » ne peut être écartée, contribuant ainsi au flou de la jurisprudence évoqué précédemment. Elle correspond à la substitution du test de l'accès au marché à la jurisprudence « Keck et Mithouard » posant ainsi la question de la pérennité de la jurisprudence « Keck et Mithouard ».

2- La pérennité de la jurisprudence Keck et Mithouard » menacée par la nouvelle définition des MEERQ ?

La question de l'abandon progressif de la jurisprudence « Keck et Mithouard » a été posée suite aux arrêts « Remorques italiennes » et « Vedettes suédoises » (a). Cependant les décisions ultérieures révèlent que la Cour lui demeure obstinément fidèle (b).

a- L'abandon de la jurisprudence « Keck et Mithouard », une question pertinente

Rappelons la nouvelle définition précitée des MEERQ :

*« ...doivent être considérées comme des « mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives à l'importation » au sens de l'article 28 CE, les mesures prises par un Etat membres ayant pour objet ou pour effet de traiter moins favorablement des produits en provenance d'autres Etats membres, ainsi que les entraves à la libre circulation des marchandises 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*

---

<sup>1304</sup> Voir. E. Spaventa : "The outer limits of the treaty free movement provisions » in C Barnard and Odulu (eds) "the outer limits of European Union law" 2009, p. 245.

<sup>1305</sup> Voir les conclusions de l'Avocat général Yves Bot dans l'arrêt « Remorques italiennes », affaire C-110/05, Rec. 2009, p.I-519, point 89.

*doivent répondre ces marchandises, même si ces règles sont indistinctement applicables à tous les produits ... Relève également de la même notion toute autre mesure qui entrave l'accès au marché d'un Etat membre des produits originaires d'autres Etats membres ».*<sup>1306</sup>

La thèse selon laquelle cette définition signifierait la substitution du critère de l'accès au marché à la formule « Keck » repose sur plusieurs constats.

Premièrement, la référence expresse à la jurisprudence « Keck et Mithouard » n'est pas systématique.<sup>1307</sup> Deuxièmement, pareille déduction pourrait également résulter de la démonstration de la Cour dans l'affaire « Ker Optika » dans laquelle la formule utilisée semble intégrer la jurisprudence « Keck et Mithouard » dans la troisième catégorie de la triade : « *Relève également de la notion de MEERQ toute autre mesure qui entrave l'accès au marché de l'Etat membre des produits originaires d'autres Etats membres. Pour cette raison*<sup>1308</sup> *est susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement, le commerce entre les Etats membres, au sens de la jurisprudence issue de l'arrêt Dassonville, précité, l'application à des produits en provenance d'autres Etats membres de dispositions nationales qui limitent ou interdisent certaines modalités de vente...* ».<sup>1309</sup>

La Cour ne manifesterait-elle pas ainsi une forme de désaveu de la jurisprudence « Keck et Mithouard » ?<sup>1310</sup>

Cette option aurait pu conduire la Cour à unifier sous un même régime les règles relatives aux modalités de vente et celles concernant les modalités d'utilisation des produits. Cette thèse est défendue par l'avocat Général Kokott à propos de l'affaire « Vedettes suédoises ».<sup>1311</sup>

Dans une première partie de son raisonnement, cette dernière souligne les similitudes entre les modalités d'utilisation des produits, d'une part, et, d'autre part, les modalités de vente dont les critères devraient en conséquence être transposés au premières.

---

<sup>1306</sup> Affaire « Vedettes suédoises », point 24.

<sup>1307</sup> Affaire « Vedettes suédoises ».

<sup>1308</sup> Nous soulignons ce point.

<sup>1309</sup> Arrêt du 2 décembre 2010, « Ker-Optica », aff. C-108/09, Rec. p. I-12213, points 50 et 51.

<sup>1310</sup> Journal du Marché Intérieur – L'actualité juridique et politique de l'Union européenne vue par l'Institut d'Etudes Juridiques Européennes ([www.ieje.net](http://www.ieje.net)), 26/02/2009.

<sup>1311</sup> Arrêt du 4 juin 2009, « Mickelsson et Roos », affaire C-142/05, précité.

Son analyse peut être résumée de la manière suivante. Le champ d'application de la jurisprudence « Dassonville » englobe également les réglementations nationales limitant l'usage d'un produit, qui de ce fait, requièrent une justification par les autorités nationales. Toutefois, il convient de limiter la portée de la jurisprudence « Dassonville » en excluant du champ d'application de l'article 28 CE (article 34 TFUE) les modalités d'utilisation par analogie avec les modalités de vente. A défaut, on risquerait une dérive du système par une multiplication des actions opportunistes des opérateurs économiques mais également des particuliers contre des réglementations pour la seule raison qu'elles auraient pour effet de limiter leur « *liberté d'action générale* ». <sup>1312</sup> Madame Kokott constate également que les modalités de vente et les modalités d'utilisation sont comparables dans la mesure où elles ont toutes deux une influence indirecte sur le comportement du consommateur et n'ont point pour objet de régir les échanges entre les Etats membres. <sup>1313</sup>

Cette réflexion générale sur le régime applicable aux modalités d'utilisation est suivie par une appréciation des conclusions qu'il convient d'en tirer et de son application dans la présente affaire.

Précisément, l'intérêt de la démarche suivie par l'avocat général réside notamment dans la conclusion qu'elle tire de la jurisprudence « Keck et Mithouard », dont elle propose de préciser les conditions d'application dans le sens où une mesure nationale qui restreint ou interdit une modalité d'utilisation, n'échappe pas au champ d'application de l'article 28 CE (article 34 TFUE) lorsqu'elle empêche le produit concerné d'accéder au marché. <sup>1314</sup> En conséquence, la vérification d'un effet discriminatoire de la réglementation pourrait s'avérer inutile, dès lors que celle-ci empêcherait ou ne laisserait subsister qu'une possibilité marginale d'utilisation des véhicules nautiques à moteur. <sup>1315</sup>

Ainsi, le critère de l'accès au marché retrouverait, au détriment d'une application mécanique de la « formule Keck » la première place (celui de « *critère général suprême* » selon la formule de l'avocat général Stix-Hackl) et qui correspond, selon nous, à l'esprit des arrêts majeurs de la Cour. Encore aurait-il convenu, pour que cette évolution fût parfaite, qu'elle

---

<sup>1312</sup> Affaire C-142/05, « Michelsson et Roos » (précitée), conclusions, point 48.

<sup>1313</sup> *Ibid.*, point 53.

<sup>1314</sup> *Ibid.*, conclusions, points 66 et 87.

<sup>1315</sup> *Ibid.*, conclusions, point 64.

renonçât simplement à associer sous un même régime, les règles relatives aux modalités de vente et celles qui encadrent les conditions d'utilisation des produits.

C'est pourquoi, nous nous sentons plus proches encore des convictions exprimées par l'avocat général Yves Bot dans ses conclusions relatives à l'affaire « Remorques italiennes » et dont la thèse se différencie sensiblement de celle l'avocat général Kokott. Il commence en effet par manifester son désaccord pour une extension de la jurisprudence « Keck et Mithouard » aux réglementations relatives aux modalités d'utilisation des produits. Cette position serait justifiée par le caractère inapproprié de l'introduction d'une nouvelle catégorie d'exceptions venant s'ajouter à celle des modalités de vente et ce, essentiellement pour les raisons suivantes.

Premièrement et comme nous l'avons préalablement mentionné, il ne serait pas démontré que les motifs ayant justifié l'exclusion de ces dernières du champ d'application de l'article 28 (article 34 TFUE) seraient applicables aux réglementations des modalités d'utilisation des produits. En effet, la Cour n'aurait pas été saisie d'un nombre important de recours abusifs visant à contester toutes sortes de réglementations nationales relatives aux modalités d'utilisation, justifiant de ce fait un régime exceptionnel. En outre, une telle extension serait source de confusion pour les juridictions nationales. Enfin, s'ajouterait le risque de limiter l'effet utile de l'article 34 TFUE en concédant aux Etats membres une trop grande marge de manœuvre.

Deuxièmement, il conviendrait de ne pas limiter le contrôle de la Cour sur des mesures potentiellement très restrictives des échanges intracommunautaires, tandis que les États conserveraient, sur la base d'une jurisprudence bien établie (« Dassonville » et « Cassis de Dijon ») les moyens de protéger des intérêts légitimes.

Au terme de son raisonnement, Monsieur Bot estime qu'une réglementation qui interdit purement et simplement l'utilisation d'un produit ou qui en fixe simplement les modalités d'utilisation, avec pour conséquence qu'il le prive ainsi de toute utilité, constitue par nature une entrave à la libre circulation des marchandises, dans la mesure où elle empêche ces derniers d'accéder au marché.

Cette suprématie du critère de l'accès au marché pourrait, selon notre point de vue, être étendue à l'ensemble des réglementations quelque soit leur objet, comme l'exprime Monsieur Bot :

*« L'examen auquel doit procéder le juge communautaire devrait ... s'exercer sur la base d'un critère formulé à la lumière de l'objectif poursuivie par l'article 28 CE (article 34 TFUE) et commun à l'ensemble des restrictions aux libertés de circulation, à savoir le critère de l'accès au marché ... Le critère que nous proposons, serait donc un critère général qui se fonde davantage sur l'effet de la mesure sur l'accès au marché que sur l'objet de la réglementation en cause. Ce critère s'appliquerait donc à tous les types de réglementations, qu'il s'agisse d'exigences liées aux caractéristiques d'un produit, de modalités de vente ou encore de modalités d'utilisation».*<sup>1316</sup>

En dépit de ces arguments auxquels nous adhérons, la Cour demeure fidèle à la jurisprudence « Keck et Mithouard ».

b- La Cour obstinément fidèle à la jurisprudence « Keck et Mithouard »

Une évolution favorable à l'accès au marché comme critère central et fédérateur est encouragée par certains commentateurs qui dénoncent une tendance à appliquer de manière trop mécanique ou doctrinaire la jurisprudence « Keck et Mithouard », par une exclusion quasi automatique des réglementations relatives aux modalités de vente du champ d'application de l'article 34 TFUE et sans véritable examen in concreto des effets restrictifs sur les échanges.<sup>1317</sup> Cette forme de dérive correspondrait à un aveu du bilan négatif de la jurisprudence « Keck et Mithouard » et plus particulièrement de son application par les tribunaux nationaux.<sup>1318</sup>

---

<sup>1316</sup> Conclusions de l'avocat général Yves Bot dans l'affaire C-110/05, points 107 et 109. Toutefois, l'avocat général considère qu'il serait aujourd'hui inopportun de revenir sur la jurisprudence « Keck et Mithouard » (point 86).

<sup>1317</sup> Anne Rigaux regrette l'attitude de la Cour qui consisterait à rejeter hors du champ de l'article 28 du traité (article 34 TFUE), des mesures sans se livrer à une analyse réelle de leur impact sur les échanges, ou à les soumettre de manière factice au contrôle de la Cour. Voir Rigaux Anne, « la jurisprudence Keck et Mithouard à l'épreuve des règles nationales de publicité » Europe mai 2005, n°5, p. 9.

Voir du même auteur, « Symphonie déconcertante ou keckophonie ? à propos des dissonances de l'arrêt Morellato, Europe, novembre 2003, p. 9 et 10.

<sup>1318</sup> Malcolm Jarvis, The Application of EC Law by National Courts – The Free Movement of Goods, « *The national court judgments applying Keck to date therefore, confirm more the dangers than the advantages of that ruling* », p. 433 – 443.



Pour autant, des arrêts récents confirment la fidélité de la Cour à la jurisprudence « Keck et Mithouard ».

Celle-ci sert en effet de fondement à l'argumentation de la Cour dans l'affaire « Fachverband »<sup>1319</sup> pour apprécier la conformité d'une loi fédérale autrichienne avec l'article 28 CE (article 34 TFUE).<sup>1320</sup> Elle y juge en effet que la réglementation sur le prix des livres au public ne porte pas sur les caractéristiques des produits mais concerne les modalités de vente, ce qui la rend susceptible d'échapper à l'article 28 du traité (article 34 TFUE) en l'absence de discrimination.<sup>1321</sup>

Plus révélatrice encore est l'affaire « Ker-Optika »<sup>1322</sup> dans laquelle la Cour se prononce notamment sur le fait de savoir si une interdiction de vendre en ligne des lentilles de contact est compatible avec les dispositions du traité sur la libre circulation des marchandises. Dans l'affaire au principal cette interdiction découle de la réglementation hongroise qui n'autorise la commercialisation des lentilles de contact que dans des magasins spécialisés dans la vente de dispositifs médicaux.

Dans cette affaire, la comparaison entre les raisonnements suivis par l'avocat général Paolo Mengozzi, d'une part, et par la Cour de justice, d'autre part, est significative. Le premier respecte les étapes classiques de la jurisprudence « Keck et Mithouard » à savoir l'identification de la mesure comme établissant une modalité de vente de ce type de marchandises (référence au fait que la vente doit se faire dans un magasin spécialisé respectant les exigences relatives à la superficie minimale et au personnel qualifié, ou éventuellement par livraison à domicile à des fins d'essai ou d'adaptation), puis le rappel de la formule « keck » et son application au cas d'espèce.

Le juge communautaire quant à lui choisit une autre voie. Après avoir également relevé que la mesure porte sur une modalité de vente caractérisée par la livraison des lentilles au domicile du consommateur, il reprend dans une formule assez proche la trilogie annoncée dans les

---

<sup>1319</sup> Arrêt du 30 mars 2009, « Fachverband der Buch – und Medienwirtschaft », affaire C-531/07, Rec. 2009, p. I-3717.

<sup>1320</sup> *Ibid.*, point 17.

<sup>1321</sup> *Ibid.*, point 20.

<sup>1322</sup> Arrêt du 2 décembre 2010, « Ker-Optika bt contre ANTSZ Dél-dunantuli Regionális Intézet », affaire C-108/09 Rec. 2010, p. I-12213.

affaires « Remorques italiennes » (à laquelle il se réfère formellement) et « Vedettes suédoises ». <sup>1323</sup>

La Cour affirme en effet que *« doivent être considérées comme des mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives, les mesures prises par un Etat membre qui ont pour objet ou pour effet de traiter moins favorablement des produits en provenance d'autres Etats membres, de même des règles relatives aux conditions auxquelles doivent répondre ces marchandises, même si ces règles sont indistinctement applicables à tous les produits. Relève également de la même notion toute autre mesure qui entrave l'accès au marché d'un Etat membre des produits originaires d'autres Etats membres »*. <sup>1324</sup>

Ce n'est que dans une étape suivante de son raisonnement que la Cour semble, mais en apparence, retrouver le chemin d'une certaine orthodoxie dans l'application de sa jurisprudence « Keck et Mithouard ». Elle constate en premier lieu que la réglementation litigieuse s'applique à tous les opérateurs exerçant leur activité sur le territoire national. En revanche, elle relève que la seconde condition tirée de la formule « keck » n'est pas respectée puisque *« l'interdiction des ventes de lentilles de contact par correspondance prive les opérateurs provenant d'autres Etats membres d'une modalité particulièrement efficace de commercialisation de ces produits et gêne ainsi considérablement l'accès au marché de l'Etat membre concerné »*. <sup>1325</sup> Il en résulte que la commercialisation des lentilles par des opérateurs hongrois est plus sérieusement affectée que celle opérée par leurs concurrents étrangers en Europe. La réglementation hongroise constitue donc à priori une MEERQ sous réserve de justification. <sup>1326</sup>

Ce faisant, la Cour semble réaffirmer de manière non équivoque son attachement à la jurisprudence « Keck et Mithouard », même si elle paraît, comme nous l'avons précédemment souligné, rattacher la formule « Keck et Mithouard » et la troisième catégorie de la trilogie.

Cette intégration des modalités de vente et des règles d'utilisation dans la catégorie des mesures qui entravent l'accès au marché ne va-t-elle pas dans le sens d'un critère unique ?

---

<sup>1323</sup> *Ibid.*, points 45.

<sup>1324</sup> *Ibid.*, points 49 et 50.

<sup>1325</sup> *Ibid.*, points 53 et 54.

<sup>1326</sup> *Ibid.*, points 55 et 56.

Malheureusement, cette référence obstinée à la jurisprudence « Keck et Mithouard » oriente la Cour de justice dans un labyrinthe juridique. Il nous semble que la Cour aurait pu évoluer plus radicalement dans un sens favorable au critère de l'accès au marché avec pour conséquence qu'une violation grave de cette liberté compromette d'emblée l'application de la jurisprudence « Keck et Mithouard ». <sup>1327</sup>

## Conclusion du paragraphe

Malgré un sérieux passif figurant au bilan de la jurisprudence « Keck et Mithouard » dont la pérennité a posé question au lendemain des affaires « Remorques italiennes » et « Vedettes suédoises », il apparaît que la Cour a manqué l'occasion de s'affranchir du passé. <sup>1328</sup> Des références persistantes à la jurisprudence « Keck et Mithouard », parfois associées à une formule unifiant les modalités de vente et les règles d'utilisation des produits dans la catégories des mesures qui entravent l'accès au marché, ajoutent à la confusion.

Le temps n'est-il pas venu de consacrer l'unité jurisprudentielle autour du critère revisité de l'accès au marché aux fins d'identification des MEERQ ? Il nous semble que pareille évolution de la jurisprudence suivrait logiquement celle du marché intérieur vers le stade de la maturité.

---

<sup>1327</sup> Catherine Prieto porte cependant un regard plus positif sur cette situation : « Certes la Cour aurait pu faire l'économie de cette juxtaposition en attribuant à l'accès au marché le rôle de critère unitaire. Pour autant, on peut lire cette motivation de manière constructive en considérant qu'elle ne procède pas à une juxtaposition en millefeuilles, mais plus à une ouverture en mentionnant en dernier lieu le critère le plus large ». Cette analyse lui est inspirée de la formule plus concise retenue par la Cour dans l'arrêt du 10 septembre 2009, « Marquage des oiseaux », (affaire C-100/08, Rec. p. I-140) : « l'article 28 CE 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 » (point 81). Prieto Catherine, « Entrave et accès au marché » in « L'entrave dans le droit du marché intérieur », sous la direction de Loïc Azoulai, Collection Droit de l'Union européenne, Bruylant 2011 (p. 79).

<sup>1328</sup> Farice Picod note qu' « il est excessif de considérer que la jurisprudence Keck et Mithouard a vécu comme certains commentateurs le laissent entendre ». Picod Fabrice, « La jurisprudence Keck et Mithouard a-t-elle un avenir ? (p. 47-72) in « L'entrave dans le droit du marché intérieur », sous la direction de Loïc Azoulai, Collection Droit de l'Union européenne, Bruylant 2011, p. 51.

### **III- Une évolution inachevée vers l'unité jurisprudentielle autour du critère revisité de l'accès au marché**

La jurisprudence la plus récente relative aux modes d'utilisations des produits témoigne d'une évolution favorable à la « renaissance » du critère de l'accès au marché. En effet et bien que la CJUE n'ait pas abandonné la jurisprudence « Keck et Mithouard » privilégiant le critère de la discrimination, elle n'a pas pour autant souhaité étendre son champ d'application à des règles naturellement proches de celles relatives aux modalités de vente. Ce retour en grâce du critère de l'accès au marché contribue à renforcer le potentiel d'influence de la Cour de Justice. En cela, on peut affirmer qu'il modifie l'équilibre des pouvoirs entre l'UE et les Etats membres.

Nous défendons la thèse d'une évolution souhaitable vers le choix d'un critère unique d'identification des MEERQ fondé sur le critère revisité de l'accès au marché, contribuant ainsi à réduire le libre arbitre des Etats membres dont les réglementations seraient plus systématiquement appréciées par le juge communautaire. Paradoxalement, nous avons souligné dans la première partie de notre thèse, les risques de dérives des interprétations et des applications du droit communautaire par la Cour de justice, dont on pourrait penser qu'il serait judicieux d'en limiter l'action. C'est précisément dans le but d'éviter ces risques qu'il conviendrait dans le même temps de reconsidérer l'application du test de l'accès au marché dont l'application concernerait l'ensemble des réglementations quel que soit leur objet. Cela suppose de percevoir la notion d'accès au marché dans une nouvelle perspective, celle d'une intégration idéale des marchés nationaux et qui aurait pour conséquences de limiter la portée de l'article 34 du traité.

Dans cette perspective, il convient dans un premier temps de préciser sous un regard critique le sens et l'importance du critère de l'accès au marché dans la jurisprudence (A).

Nous proposons dans une seconde étape la sélection d'un critère d'identification unique des MEERQ à l'importation quel que soit l'objet des réglementations nationales et qui serait basé sur les effets des réglementations nationales sur les échanges (B).

A- L'accès au marché : un critère dont l'importance et la signification doivent être précisées

Nous tentons de démontrer que si le test de l'accès au marché ou de l'entrave aux échanges introduit par la jurisprudence « Dassonville » a été partiellement écarté par la jurisprudence « Keck et Mithouard », le critère de l'accès au marché conserve une place relativement importante dans la jurisprudence de la Cour quel que soit l'objet des réglementations nationales mises en cause (1). Néanmoins, dans les affaires relatives aux modalités de vente, on doit constater que ce critère est au mieux, relégué à la seconde place pour venir en appui de la démonstration du caractère discriminatoire des réglementations nationales (2). Enfin, devant le constat des imperfections du critère de la discrimination, nous soulignons le caractère vertueux d'une inversion de tendance ou de priorité visant à privilégier celui de l'accès au marché (3).

1- La jurisprudence « Keck et Mithouard », illustration d'une combinaison complexe de critères fondés sur l'objet des réglementations, d'une part, et sur leur effet, d'autre part.

L'arrêt « Keck et Mithouard » ne révèle-t-il pas un paradoxe ? Alors qu'il privilégie une approche formaliste fondée sur l'objet des réglementations nationales, il se concentre dans le même temps sur l'effet de celles-ci sur l'accès au marché. La Cour précise en effet, à propos des modalités de vente répondant aux conditions qu'elle posait pour sortir du champ des articles 28 et suivant du traité (articles 34 et suivants TFUE), que de telles mesures « *ne sont pas de nature à empêcher l'accès au marché du produit concerné ou à le gêner davantage qu'elle ne gêne celui des produits nationaux* »<sup>1329</sup>. Autrement dit, la jurisprudence « Keck et Mithouard » induit une présomption de conformité des modalités de vente non discriminatoires au traité, fondée sur une absence supposée d'impact sur le marché avec pour conséquence qu'une réglementation y afférant, ne relève en principe pas de l'article 34 du TFUE. Elle ne requiert en conséquence aucune justification par l'État membre qui se la verrait reprocher.<sup>1330</sup>

---

<sup>1329</sup> Arrêt « Keck et Mithouard », point 17.

<sup>1330</sup> Logiquement, cette présomption disparaît lorsque la réglementation nationale est de nature à gêner davantage l'accès au marché des produits originaires des autres États membres que celui des produits nationaux. En effet et selon la Cour, de telles réglementations nationales n'ont généralement pas pour effet de désavantager les produits importés d'autres États membres par rapport aux produits nationaux similaires. Là se situe la rupture avec la jurisprudence « Cassis de Dijon » qui dénonce l'existence présumée d'une restriction à l'importation, lorsque les fabricants établis dans un État membre doivent adapter leurs produits aux normes nationales régissant la composition, le conditionnement, la dénomination ou l'étiquetage des produits dans l'État membre d'importation. En conséquence, seule une raison d'intérêt général peut légitimer et en quelque sorte réhabiliter une telle mesure.

Ce constat amène une partie de la doctrine à considérer que l'apport de la jurisprudence « Keck et Mithouard » doit être relativisé, eu égard à la suprématie du critère de l'accès au marché par rapport à celui de l'objet de la réglementation,<sup>1331</sup> comme l'illustrent les affaires suivantes.

L'arrêt préjudiciel « Hunermund »<sup>1332</sup> concerne une règle déontologique d'un land allemand qui interdit aux pharmaciens de faire de la publicité en dehors de leur officine pour les produits parapharmaceutiques. En l'occurrence, la Cour applique sa jurisprudence « Keck et Mithouard » dont elle reproduit fidèlement les termes. Elle relève notamment que la réglementation litigieuse s'applique sans distinguer selon l'origine des produits à tous les pharmaciens du ressort de la chambre professionnelle et n'affecte pas la commercialisation des produits en provenance d'autres États membres d'une manière différente de celle des produits nationaux.<sup>1333</sup> A la question essentielle de savoir si la simple diminution des ventes doit finalement suffire à qualifier une disposition nationale de MEERQ,<sup>1334</sup> l'arrêt « Keck et Mithouard » apporte une réponse de principe applicable dans le cas d'espèce. En effet, après avoir relevé que l'interdiction n'affecte pas la possibilité pour les opérateurs économiques autres que les pharmaciens de promouvoir les produits en question, la Cour estime qu'une telle mesure n'empêche nullement leur accès au marché.<sup>1335</sup> Ainsi c'est bien « *l'accès au marché des produits importés des autres États membres qui doit être préservé et non le volume des ventes de ces produits* ». <sup>1336</sup>

La Cour suit un raisonnement identique dans l'arrêt « Leclerc Siplec »<sup>1337</sup> dans lequel elle s'interroge notamment sur l'interprétation de l'article 30 du traité (article 34 TFUE), à propos de la réglementation française interdisant la publicité télévisée dans le secteur de la distribution. Avant d'appliquer rigoureusement sa jurisprudence relative aux modalités de vente, la Cour précise que l'interdiction en cause n'affecte pas la possibilité pour les distributeurs d'utiliser d'autres formes de publicité. En se focalisant ainsi, non pas sur l'effet discriminatoire de la mesure vis à vis des produits importés, mais plutôt sur le critère de

---

<sup>1331</sup> Joël Molinier, Nathalie de Grove-Valdeyron, Droit du marché intérieur européen, 3<sup>ème</sup> édition, Système, LGDJ, p. 60.

<sup>1332</sup> Arrêt du 15 décembre 1993, « Hunermund », affaire C-292/92, Rec. 1993, p. I-6787.

<sup>1333</sup> *Ibid.*, point 23.

<sup>1334</sup> *Ibid.*, point 20.

<sup>1335</sup> *Ibid.*, point 19.

<sup>1336</sup> Kovar Robert : « Dassonville, Keck et les autres : de la mesure avant toute chose », Revue Trimestrielle de Droit européen, n°2 Avril – Juin 2006, p. 213 à 247, p. 239.

<sup>1337</sup> Arrêt du 9 février 1995, « Société d'importation Edouard Leclerc-Siplec contre TF1 Publicité SA et M6 Publicité SA », affaire C-412/93, Rec. 1995, p. I-179.

l'accès au marché qui en l'occurrence n'est pas compromis (malgré une diminution possible du volume des ventes), la critique selon laquelle la Cour aurait dû apprécier matériellement le caractère discriminatoire de la réglementation nationale, perd de sa pertinence.<sup>1338</sup>

Comparons ces deux dernières affaires avec l'arrêt préjudiciel « Familiapress »<sup>1339</sup> rendu à titre préjudiciel par la CJCE, à la suite d'une action intentée par un éditeur de presse autrichien visant à interdire à un éditeur allemand la vente sur le territoire autrichien de publications permettant aux lecteurs de participer à des jeux dotés de prix, pratique interdite par le droit autrichien. La Cour de justice est interrogée à titre préjudiciel sur la conformité de cette réglementation avec l'article 30 du traité CE (article 34 TFUE). Après avoir rappelé la définition des MEERQ tirée de l'arrêt « Dassonville » et affirmé que la réglementation en cause ne relevait pas de la jurisprudence « Keck et Mithouard » contrairement aux apparences, la Cour justifie sa décision de principe qu'une telle mesure est contraire à l'article 30 du traité (sous réserve du régime dérogatoire), dès lors que « *l'interdiction en cause compromet l'accès du produit au marché de l'État membre d'importation* ».

Le critère de l'accès au marché constitue donc une base commune de réflexion de la Cour en matière de libre circulation des marchandises. Autrement dit, compte tenu de l'objectif fixé par le droit primaire, la distinction formelle entre les règles applicables aux produits et celles applicables aux modalités de vente, telle qu'elle apparaît dans l'affaire « Keck et Mithouard », est moins importante que la motivation véritable qui la sous-tend, à savoir l'identification et l'élimination des mesures affectant l'accès aux marchés nationaux. Il apparaît ainsi que les notions d'entraves aux échanges et d'accès au marché tendent à rapprocher les différentes voies empruntées par la jurisprudence de la Cour lorsqu'elle s'inspire de l'affaire « Dassonville » ou de l'affaire « Keck et Mithouard ».

Cette idée transparaît également dans les conclusions de l'avocat général Antonio Tizzano s'exprimant dans les termes suivants : « *le ratio de la jurisprudence « Keck et Mithouard »*

---

<sup>1338</sup> Cette critique est émise par Anne Rigaud qui regrette une application trop « doctrinaire » de la jurisprudence « Keck et Mithouard ». Voir « La jurisprudence Keck et Mithouard à l'épreuve des règles nationales de publicité (Rapide bilan à propos de l'arrêt de la Cour de justice dans l'affaire Gourmet International Products), Europe, mai 2001, p.6. Cette appréciation est à son tour la cible d'une sévère critique par Robert Kovar : « Dassonville, Keck et les autres : de la mesure avant toute chose », Revue Trimestrielle de Droit européen, n°2 Avril – Juin 2006, p. 239.

<sup>1339</sup> Arrêt du 26 juin 1997, « Familiapress », affaire C-368/95, Rec. 1997, p. I-3689.

*réside dans le double critère de l'accès au marché et de la discrimination. Constitue une entrave à la libre circulation toute mesure nationale qui empêche l'accès au marché...*<sup>1340</sup>

Elle n'est pas moins absente de l'opinion formulée par l'avocat Général Jacobs dans l'affaire « Gourmet international »<sup>1341</sup> lorsqu'il constate la constance de la Cour depuis l'arrêt « Dassonville » à rappeler le caractère essentiel de l'effet actuel ou potentiel des mesures sur l'accès au marché.<sup>1342</sup> Cette opinion est corroborée par la décision de la Cour de justice qui relève qu'une réglementation interdisant toute diffusion de message publicitaire pour les boissons, constitue une entrave au commerce intra communautaire entrant dans le champ de l'article 28 du traité (article 34 TFUE), dans la mesure où elle est de nature à gêner davantage l'accès au marché des produits originaires d'autres États membres que celui des produits nationaux.<sup>1343</sup>

Ces appréciations convergent vers la conclusion selon laquelle « Keck et Mithouard » correspondrait davantage à un ajustement plutôt qu'à un revirement de jurisprudence.<sup>1344</sup>

Ces observations relatives à un fondement commun des interprétations de la Cour relatives à l'application de l'article 34 du traité conduisent à s'interroger sur l'utilité de la jurisprudence « Keck et Mithouard ».

2- Une évolution jurisprudentielle insuffisante vers la suprématie du critère de l'accès au marché

Cette observation s'appuie sur plusieurs arrêts faisant formellement référence au critère de l'accès au marché selon un raisonnement qui aurait pu conduire à un renoncement de la

---

<sup>1340</sup> Arrêt du 5 octobre, « Caixabank », affaire C-442/02, Rec. p. I-8961, conclusions, point 72.

<sup>1341</sup> Arrêt du 8 mars 2001, « Konsumentombudsmannen contre Gourmet International Productss AB », Affaire C-405/98, Rec. 2001, p. I-1795.

<sup>1342</sup> Arrêt du 8 mars 2001, « Konsumentombudsmannen contre Gourmet International Productss AB », Affaire C-405/98, Rec. 2001, p. I-1795, conclusions, point 31.

<sup>1343</sup> *Ibid.*, points 18 à 25.

Voir également dans ce sens l'arrêt du 11 décembre 2003, « Deutscher Apothekerverband eV contre DocMorris NV et Jacques Waterval », affaire C-322/01, Rec. p. I-14887, concernant l'interdiction de la vente par correspondance de médicaments (point 74).

<sup>1344</sup> Voir Joel Molinier, Nathalie De Grove-Vadeyron, « Droit du marché intérieur européen » LGDJ (3<sup>ème</sup> édition), 2011, collection systèmes, p. 60 : « Au total, l'apport de la jurisprudence Keck et Mithouard, avec la distinction entre conditions auxquelles doivent répondre les marchandises et les modalités de vente de celles-ci, doit être relativisé dès lors qu'en dernière analyse les effets de la mesure nationale quant à l'accès au marché l'emportent sur son objet ».



distinction entre les réglementations relatives aux produits et celles relatives aux modalités de vente.

a- Une timide évolution vers la suprématie du critère de l'accès au marché

Nous avons ainsi sélectionné plusieurs affaires ayant pour point commun une réglementation relative à la publicité des produits,<sup>1345</sup> dans lesquels la Cour refuse clairement de franchir ce cap tout se référant formellement, mais à titre secondaire, au critère de l'accès au marché.

Dans l'arrêt « Leclerc Siplec »<sup>1346</sup> la Cour s'interroge notamment sur l'interprétation de l'article 30 du traité (article 34 TFUE), à propos de la réglementation française interdisant la publicité télévisée dans le secteur de la distribution. Avant d'appliquer rigoureusement sa jurisprudence relative aux modalités de vente, la Cour précise que l'interdiction en cause n'affecte pas la possibilité pour les distributeurs d'utiliser d'autres formes de publicité.<sup>1347</sup> Elle semble ainsi se focaliser, non pas sur l'effet discriminatoire de la mesure vis à vis des produits importés, mais plutôt sur le critère de l'accès au marché qui en l'occurrence n'est pas compromis. Néanmoins elle retrouve dans une seconde étape de sa démonstration, le chemin classique de la formule « Keck » dont elle tire la conclusion qu'en l'occurrence les dispositions en cause s'appliquent sans distinction à tous les opérateurs économiques opérant dans le secteur de la distribution et n'affectent pas la commercialisation des produits en provenance d'autres Etats membres d'une manière différente de celle des produits nationaux.<sup>1348</sup>

La Cour se distingue ainsi de l'avocat général Jacobs qui certes, présente à la Cour une analyse basée sur une application classique de l'affaire « Keck et Mithouard », c'est à dire sur le critère la discrimination le conduisant vers la conclusion selon laquelle l'interdiction ne relève en principe pas de l'article 30 du traité, puisque la baisse des produits résultant de l'interdiction de publicité télévisée affecterait pareillement produits nationaux et produits

---

<sup>1345</sup> Le rattachement des réglementations nationales de la publicité à la jurisprudence « Keck et Mithouard » ne va pas de soi, ce qui peut également expliquer les hésitations du juge. Ainsi et selon l'avocat général Jacobs, « « Sans l'arrêt Hünermund e.a., il n'aurait peut-être pas été clair que la phrase « dispositions nationales qui limitent ou interdisent certaines modalités de vente » de l'arrêt « Keck et Mithouard » couvraient les règles relatives à la publicité » - Conclusions dans l'arrêt du 9 février 1995, « Société d'importation Edouard Leclerc-Siplec contre TF1 Publicité SA et M6 Publicité SA », affaire C-412/93, Rec. 1995, p. I-179, point 37.

<sup>1346</sup> Arrêt du 9 février 1995, « Société d'importation Edouard Leclerc-Siplec contre TF1 Publicité SA et M6 Publicité SA », affaire C-412/93, Rec. 1995, p. I-179, point 37.

<sup>1347</sup> *Ibid.*, point 19.

<sup>1348</sup> *Ibid.*, point 23.

importés. Cependant, l'avocat général suggère une « *analyse différente* » privilégiant le critère de l'accès au marché.<sup>1349</sup> Pour M. Jacobs, le raisonnement suivi par la Cour dans l'affaire « Keck et Mithouard » n'est pas satisfaisant.<sup>1350</sup> Il propose donc de s'inspirer du principe directeur selon lequel toutes les entreprises exerçant leur activité dans un Etat membre devrait avoir « *un accès libre à l'ensemble du marché communautaire* ». <sup>1351</sup> En conséquence, le critère approprié consiste à se fonder sur l'existence d'une restriction substantielle au marché,<sup>1352</sup> ce qui en l'occurrence ne serait pas confirmé.

La Cour souligne également l'importance du critère de l'accès au marché dans les affaires « Agostini TV Shop »<sup>1353</sup> ayant pour objet l'interprétation de la législation suédoise relative au contenu de la publicité télévisée. Sont en cause certaines pratiques de publicité télévisée en Suède, susceptibles de nuire aux enfants (première affaire) et aux consommateurs (seconde et troisième affaires).

Dans la première phase de son raisonnement, la Cour de justice rappelle par référence à l'arrêt « Leclerc-Siplec », que la législation interdisant la publicité dans un secteur particulier correspond à une modalité de vente et, conformément à la jurisprudence « Keck et Mithouard », que ces dernières ne relèvent pas de l'article 30 du traité (article 34 TFUE), pour autant qu'elles ne présentent aucun caractère discriminatoire. A cet égard, elle précise toutefois qu'« *il ne saurait être exclu qu'une interdiction totale, dans un Etat membre, d'une forme de promotion d'un produit, qui y est licitement vendu, ait un impact plus important sur les produits en provenance d'autres Etats membres* ». <sup>1354</sup>

Dans sa démonstration, la Cour rappelle les conditions d'application de la jurisprudence « Keck et Mithouard ». Selon la première condition parfois qualifiée de « critère d'universalité », <sup>1355</sup> la mesure doit s'appliquer à tous les opérateurs exerçant leur activité sur

---

<sup>1349</sup> Conclusions de l'avocat général Jacobs dans l'affaire « Leclerc-Siplec » (précitée), points 38 à 55.

<sup>1350</sup> *Ibid*, point 39 : « *Tout d'abord, il n'est guère approprié d'appliquer des critères différents en fonction de l'objet des réglementations. De plus, le critère de la discrimination retenu dans l'affaire « Keck et Mithouard » ne répond pas à l'objectif de supprimer les entraves aux échanges. Celles-ci ne sauraient cesser d'exister pour que la seule raison que le commerce des produits nationaux subit la même contrainte* ».

<sup>1351</sup> *Ibid*, point 41.

<sup>1352</sup> *Ibid*, point 42.

Un critère de seuil dans l'application du critère de l'accès au marché permettrait en effet d'éviter une trop grande emprise du droit communautaire sur le pouvoir des Etats membres.

<sup>1353</sup> Arrêt du 9 juillet 1997, « Agostini tv shop », affaires jointes 34/95 à 36/95, Rec. 1997, p.I-3843.

<sup>1354</sup> *Ibid*, point 42.

<sup>1355</sup> Terminologie utilisée dans les conclusions de l'avocat général, Mme Stix-Hackl dans l'arrêt du 11 décembre 2003, « Deutscher Apothekerverband eV contre DocMorris NV et Jacques Waterval », affaire C-322/01, Rec. p. I-14887, point 59.

le territoire national. De plus, conformément au « critère de neutralité », <sup>1356</sup> la mesure doit également affecter de la même manière en droit et en fait la commercialisation des produits nationaux et de ceux en provenance des autres États membres. La Cour constate alors qu'en droit, la réglementation s'applique à tous les opérateurs qu'ils soient nationaux ou étrangers. <sup>1357</sup>

Concernant l'appréciation de la discrimination matérielle, elle ajoute qu'il convient d'analyser la portée de la mesure sur la commercialisation des produits visés par la réglementation. Pour appuyer son raisonnement, elle rappelle que l'interdiction de faire de la publicité pour les médicaments ne prive pas les autres opérateurs que les pharmaciens de faire de la publicité. <sup>1358</sup> De même l'interdiction de la publicité télévisée n'a qu'une portée limitée car ne concerne qu'une forme de communication. <sup>1359</sup> En revanche, la Cour reste sensible au risque de discrimination si l'interdiction de faire de la publicité télévisée prive un opérateur du seul moyen efficace de pénétrer un marché. <sup>1360</sup> Ainsi, la Cour fait écho à l'argument du défendeur devant la juridiction suédoise, selon lequel la publicité télévisée était la seule forme de promotion efficace afin de « pénétrer le marché suédois », étant donné qu'il ne disposait d'aucun autre procédé publicitaire pour atteindre les enfants et leurs parents.

Mais ne s'agit-il pas là au final d'une interprétation classique de la jurisprudence « Keck et Mithouard », dans la mesure où le critère de l'accès au marché vient seulement en soutien de l'affirmation d'une discrimination matérielle affectant la commercialisation des produits originaires des autres États membres et justifiant ainsi la référence à l'arrêt « Keck et Mithouard » ? En effet, la Cour associe l'affectation de la commercialisation, c'est-à-dire la seconde condition de la formule « keck » et la restriction de l'accès au marché national. Autrement dit, tout en soulignant l'existence d'une discrimination factuelle concernant l'accès

---

<sup>1356</sup> *Ibid*, point 59.

Voir également la critique de la qualification de cette condition comme étant celle de discrimination (Fabrice Picod : La nouvelle approche de la Cour de Justice en matière d'entrave aux échanges », RTDE , 1968, p. 169 et not. 178.

<sup>1357</sup> Arrêt du 9 juillet 1997, « Agostini tv shop », affaires jointes 34/95 à 36/95 , Rec. 1997, p.I-3843, point 69. Voir également le point 72 des conclusions de l'avocat général.

<sup>1358</sup> Arrêt du 15 décembre 1993, «Hünernmund e.a. contre Landesapothekerkammer Baden-Württemberg», affaire C-292/92, Rec. 1993, p. I-6787, point 19.

<sup>1359</sup> Arrêt du 9 février 1995, « Société d'importation Edouard Leclerc-Siplec contre TF1 Publicité SA et M6 Publicité SA », affaire C-412/93, Rec. 1995, p. I-179, point 22.

<sup>1360</sup> *Ibid*, point 72. Voir également les affaires C-34/95, 35/95 et 36/95, « Agostini tv shop » (précitées),point 43, et C-405/98, « Gourmet International » (précité), points 21 et 24.

au marché, la Cour se fonde sur le critère de la discrimination matérielle relative à la commercialisation des produits dans l'État membre d'importation.<sup>1361</sup>

Cette affaire trouve une résonance dans l'affaire « Gourmet International »<sup>1362</sup> concernant également la conformité avec le traité, de la législation suédoise nationale interdisant les annonces publicitaires pour les boissons alcooliques. Le médiateur chargé de la défense des consommateurs demande à la juridiction suédoise qu'il soit fait interdiction à la société Gourmet International Product de publier, via son magazine intitulé Gourmet, des publicités pour des boissons alcooliques. Après avoir rappelé les jurisprudences « Keck et Mithouard » et « TV Agostini TVShop », la Cour souligne qu'une interdiction de toute publicité dans les médias, mais aussi par envoi direct de matériel non sollicité ou par affichage sur la voie publique, est de nature à gêner davantage l'accès au marché des produits originaires d'autres États membres que celui des produits nationaux mieux connus des consommateurs. La Cour justifie sa décision en soulignant la spécificité des boissons alcooliques dont la consommation serait liée à des pratiques sociales traditionnelles et des usages locaux.<sup>1363</sup>

Dans cette affaire, la persévérance de M. Jacobs dans ses convictions finit par emporter l'adhésion de la Cour de Justice. L'avocat général rappelle que le rôle de la publicité est primordial pour le lancement d'un nouveau produit ou pour entrer sur un nouveau marché,<sup>1364</sup> Il ajoute également que c'est par son biais que les consommateurs peuvent être amenés à abandonner telle ou telle marque à laquelle ils étaient fidèles. En conséquence, les nouveaux entrants auraient des difficultés à rogner des parts de marchés aux fabricants établis de longue date dans tel ou tel Etat membre. Interdire la publicité « *tend à cristalliser les habitudes de consommation existantes, à scléroser les marchés et à maintenir le statu quo* ». <sup>1365</sup> Il constate que les limitations de la publicité pour les boissons alcooliques ont un effet négatif plus important sur les nouveaux produits introduits sur le marché suédois que les produits qui y sont déjà présents, les premiers étant plus probablement originaires des autres Etats membres

---

<sup>1361</sup> Voir les conclusions de l'Avocat général Verica Trstenjak qui suit une logique différente dans l'arrêt du 16 décembre 2008, « Lodewijk Gysbrechts et Santurel Inter BVBA », affaire C-205/07, Rec. 2008, p.I-9947, points 72 et suivants, et dans lesquels elle distingue clairement le critère de la discrimination matérielle affectant l'exportation et celui de l'entrave à la sortie du marché.

<sup>1362</sup> Arrêt du 8 mars 2001, « Gourmet International », affaire C-405/98, Rec. 2001, p. I-1795.

<sup>1363</sup> *Ibid.*, point 21.

<sup>1364</sup> Arrêt du 9 février 1995, « Société d'importation Edouard Leclerc-Siplec contre TF1 Publicité SA et M6 Publicité SA », affaire C-412/93, Rec. 1995, p. I-179, conclusions, points 19, 20, 21 ; voir également l'affaire « Gourmet international », (précité), point 36.

<sup>1365</sup> Affaire « Leclerc-Siplec », conclusions, point 20.

à l'inverse des seconds.<sup>1366</sup> L'avocat général Jacobs constate le caractère non discriminatoire en droit de la réglementation litigieuse. En revanche, il ne fait aucun doute que toute règle qui empêche des producteurs de faire directement de la publicité auprès du public affecte les produits importés de manière disproportionnée et est « *quoiqu'il en soit, de nature à empêcher leur accès au marché ou à le gêner davantage qu'elle ne gêne celui des produits nationaux* ». <sup>1367</sup> Il en conclut que « *les limitations de la publicité affectent dans les faits la commercialisation de certains produits nationaux différemment de ceux importés d'autres Etats membres et empêchent l'accès au marché davantage pour ces produits que pour les produits nationaux, ce qui exclut l'application de l'exception « Keck et Mithouard »* ». <sup>1368</sup>

Cette analyse est confirmée par la Cour qui fonde sa décision sur l'analyse de la nature du produit dont la consommation est liée aux habitudes et aux traditions. Ce faisant, elle précise les contours de la jurisprudence « keck et Mithouard » en soulignant le caractère essentiel pour l'application de l'article 34 TFUE à des mesures nationales, de leur effet actuel ou potentiel sur l'accès au marché. <sup>1369</sup>

Plus remarquable encore est le constat selon lequel la Cour se focalise directement sur le critère de l'accès au marché qui ne doit être ni empêché ni rendu plus difficile. <sup>1370</sup> A cet égard, l'étape franchie par la Cour est d'autant plus notoire que c'est la première fois qu'elle juge elle-même qu'une interdiction de publicité produit un effet discriminatoire. <sup>1371</sup> Il est donc inutile de s'en remettre à l'appréciation du juge national sur ce point, mais de limiter son contrôle à l'examen de la proportionnalité de la mesure au regard de l'objectif de protection de la santé publique. En effet, dans l'arrêt « De agostini TV Shop », la Cour avait reconnu qu'« *il n'est pas exclu qu'une interdiction totale d'une forme de promotion d'un produit qui y est licitement vendu ait un impact plus important sur les produits en provenance d'autres États membres* », <sup>1372</sup> tout en laissant au juge national le soin de vérifier si elle peut être justifiée au titre d'une exigence impérative ou de l'article 36 du traité. <sup>1373</sup>

---

<sup>1366</sup> *Ibid*, point 37.

<sup>1367</sup> *Ibid*, point 34.

<sup>1368</sup> Point 38.

<sup>1369</sup> Arrêt du 8 mars 2001, « Gourmet International », affaire C-405/98, Rec. 2001, p. I-1795, points 18 et 21.

<sup>1370</sup> *Ibid*, Point 18.

<sup>1371</sup> *Ibid*, point 25.

<sup>1372</sup> Arrêt du 9 juillet 1997, « Agostini tv shop », affaires jointes 34/95 à 36/95, Rec. 1997, p.I-3843, point 21.

<sup>1373</sup> *Ibid*, points 42 à 46.

L'arrêt « Gourmet » donne ainsi l'occasion à la Cour de préciser les contours de la jurisprudence « Keck et Mithouard » selon une approche que laissait présager l'arrêt « TV Agostini TVShop » dans le sens où le critère de l'accès au marché intervient alors à titre secondaire, même s'il occupe une place plus ou moins centrale dans le raisonnement de la Cour.

En conclusion on peut considérer que l'évolution de la jurisprudence de la Cour se traduit par une importance croissante du critère de l'accès au marché lors de l'application de la formule « Keck ». Toutefois, la rupture avec la jurisprudence antérieure aurait consisté à suivre une position plus franche justifiée par un environnement technique, économique et social en mutation. Pareille évolution aurait supposé de donner au critère de l'accès au marché la priorité au détriment du critère de la discrimination, quel que soit l'objet de la réglementation en cause. Dans cette perspective, il convient dorénavant d'en préciser le sens.

#### b- Une clarification nécessaire du critère de l'accès au marché

La complexité du concept de l'accès au marché apparaît à la lumière d'une jurisprudence qui semble le confondre avec celui de la discrimination (b.1). Elle tient également à son caractère évolutif (b.2).

b.1- Une regrettable confusion entre le critère de l'accès au marché et celui de la discrimination relative à la commercialisation des produits lors de l'application de la jurisprudence « Keck et Mithouard »

Dans les affaires précitées, mais également dans celles relatives à la vente en ligne, la Cour aurait pu évoluer plus radicalement dans un sens plus favorable encore au critère de l'accès au marché avec pour conséquence qu'une violation grave de cette liberté compromette d'emblée l'application de la jurisprudence « Keck et Mithouard ». Dès lors, ne serait-il pas mieux indiqué de considérer qu'une modalité de vente non discriminatoire puisse entraver l'accès au marché et constituer de ce simple fait une MEERQ à l'importation ?

Notre réflexion s'appuie notamment sur les affaires « Deutscher Apothekerverband eV contre DocMorris »<sup>1374</sup> et « Ker-Optika »<sup>1375</sup>.

La première concerne une interdiction de vendre des médicaments par Internet. Plus précisément, l'une des questions posées à la Cour concerne la conformité avec les articles 28 à 30 du traité (articles 34 et 36 TFUE), de la législation allemande interdisant l'importation de médicaments dont la vente est exclusivement réservée aux pharmacies, par le biais de la vente en ligne. La Cour distingue, contrairement aux thèses de l'association des pharmaciens requérante dans l'affaire au principal et de la Commission, l'interdiction de la vente des médicaments par correspondance, d'une part, et l'exigence de la vente exclusive des médicaments en pharmacies, d'autre part. Selon la requérante, la seconde interdiction serait simplement la conséquence de la première. La Cour au contraire tient compte des conséquences du développement des ventes en ligne comme vecteur privilégié des courants d'échanges. « *Internet serait un moyen plus important pour les pharmacies qui ne sont pas établies sur le territoire allemand d'atteindre ledit marché* ». Elle en déduit que l'interdiction de la vente par correspondance gêne davantage l'accès au marché pour les pharmaciens situés hors du marché d'importation que leurs homologues allemands.<sup>1376</sup> Ainsi, la vente des médicaments en provenance des autres États membres est plus sérieusement affectée que celle des médicaments nationaux.<sup>1377</sup> Bien que la Cour reconnaisse ainsi au critère de l'accès au marché un rôle important, l'opinion de l'avocat général Stix-Hackl nous apparaît plus ambitieuse.

La thèse défendue par ce dernier précise en effet le sens de la formule « Keck et Mithouard » qu'il conviendrait de ne pas interpréter étroitement en s'inspirant exclusivement des deux conditions que sont, premièrement, l'application des règles à tous les opérateurs concernés exerçant leur activité sur le territoire national et, deuxièmement, une affectation similaire en droit comme en fait de la commercialisation des produits nationaux et de ceux en provenance des autres États membres.<sup>1378</sup> Dans la mesure où en l'occurrence la réglementation allemande s'applique de la même manière aux médicaments qu'ils soient nationaux ou importés,

---

<sup>1374</sup> CJCE, 11 décembre 2003, « Deutscher Apothekerverband eV contre DocMorris NV et Jacques Waterval », affaire C-322/01, Rec. p. I-14887.

<sup>1375</sup> Arrêt du 2 décembre 2010, « Ker-Optika bt contre ANTSZ Dél-dunantuli Regionális Intézet », affaire C-108/09, Rec. 2010, p. I-12213.

<sup>1376</sup> *Ibid*, point 74.

<sup>1377</sup> *Ibid*, points 75 et 76.

<sup>1378</sup> Voir les affaires « Keck et Mithouard », point 16, « Hunermund », point 21, « Leclerc-Siplec », point 21.

Madame Stix-Hackl en déduit que les conditions énoncées dans l'affaire « Keck et Mithouard » sont à priori réunies, dès lors que l'on s'en tient au fait de l'absence de distinction formelle entre les produits selon leur origine.<sup>1379</sup>

Cependant, elle poursuit son raisonnement qui lui permet de dépasser cette conception étroite des conditions d'application de la jurisprudence « Keck et Mithouard ». L'exigence de ces deux conditions s'expliquerait par le fait que la mesure ne doit pas être de « *nature à empêcher l'accès des produits au marché national ou à le gêner davantage qu'elle ne gêne celui des produits nationaux* ». <sup>1380</sup> Cette affirmation n'exprimerait donc pas une condition supplémentaire mais plutôt la raison qui explique les deux conditions précédentes, conduisant l'avocat général à qualifier l'accès au marché de « *critère général suprême* ». <sup>1381</sup>

Ainsi, une application mécanique des deux conditions de la jurisprudence « Keck et Mithouard », (qui en l'occurrence seraient réunies, selon l'avocat général) aurait pour résultat de limiter la portée de l'article 34 TFUE, alors que les modalités de vente exerceraient un effet restrictif et discriminatoire sur l'accès au marché. Cette analyse ressort également des conclusions de l'Avocat général constatant qu'en l'occurrence « *la réglementation litigieuse ne concerne pas la commercialisation ultérieure des marchandises mais entrave déjà le franchissement de la frontière sous une certaine forme* ». <sup>1382</sup> Madame Stix-Hackl ajoute, anticipant ainsi les critiques initialement formulées par la doctrine aux propositions de l'avocat général Jacobs, que la voie consistant à se fonder sur l'accès au marché se différencie d'une règle de minimis. <sup>1383</sup>

Pour éviter une situation à laquelle pourrait conduire une telle application mécanique et réductrice de la jurisprudence « Keck », il conviendrait donc d'en revoir l'interprétation en limitant son application aux réglementations applicables aux situations postérieures à l'importation, c'est-à-dire à l'accès déjà effectif sur le marché. En conséquence, dès lors que l'accès au marché est de fait rendu quasiment impossible pour les produits en provenance des autres États membres, les jurisprudences « Dassonville » et « Cassis de Dijon » devraient

---

<sup>1379</sup> Arrêt du 11 décembre 2003, « Deutscher Apothekerverband eV contre DocMorris NV et Jacques Waterval », affaire C-322/01, Rec. p. I-14887, conclusions, points 69 et 71.

<sup>1380</sup> Affaire « Keck et Mithouard », point 17.

<sup>1381</sup> Affaire C-322/01 (précitée), conclusions, point 74.

<sup>1382</sup> *Ibid.*, point 80.

<sup>1383</sup> *Ibid.*, point 81 : « *la voie ... consistant à se fonder sur l'accès au marché, ne saurait toutefois être comprise en ce sens que le caractère sensible de la mesure nationale serait l'aspect qui importe. A la différence d'une règle de minimis, ... une évaluation de données économiques n'est du reste pas non plus nécessaire* ».



s'appliquer, dans la mesure où l'effet discriminatoire de la mesure litigieuse ne concernerait pas la commercialisation des produits sur le territoire d'importation après leur introduction sur le territoire national, tandis que serait entravé le franchissement de la frontière.<sup>1384</sup> Pour l'avocat général, on pourrait ainsi qualifier une telle réglementation qui compromet pratiquement l'accès au marché d'importation, de prescription relative au produit.<sup>1385</sup>

Une telle conclusion supposerait qu'il n'existât pas de formes alternatives de commercialisation et de promotion des ventes. Le cas échéant, selon cette thèse la mesure nationale litigieuse ne devrait pas bénéficier de la présomption de conformité avec l'article 28 CE (article 34 TFUE). En revanche, il conviendrait de démontrer l'existence d'une entrave sensible aux échanges.<sup>1386</sup>

Cette analyse transparaît également dans les conclusions de l'avocat général Kokott relatives à l'affaire « Vedettes suédoises », où elle affirme qu'en principe les modalités de vente n'exercent leurs effets qu'après l'importation d'un produit.<sup>1387</sup>

Une telle conception de la jurisprudence respecte à notre avis la finalité des arrêts de référence « Dassonville », « Cassis de Dijon » et « Keck et Mithouard ». <sup>1388</sup> Elle trace également la voie vers la consécration du critère de l'accès au marché comme critère commun d'identification des mesures d'effet équivalent aux restrictions quantitatives.

Cependant, la jurisprudence révèle une forme de crispation de la Cour de justice qui refuse une réelle évolution en phase avec celle des techniques de commercialisation. L'affaire « Ker-

---

<sup>1384</sup> *Ibid*, point 80. Voir également les conclusions de l'avocat général Elmer dans l'arrêt du 23 octobre 1997, « Franzén », affaire C-189/95, Rec. p. I-5909.

<sup>1385</sup> Affaire C-322/01, conclusions, points 80 et 95.

<sup>1386</sup> *Ibid*, point 94.

<sup>1387</sup> Affaire C-142/05 (précitée), conclusions, point 53.

<sup>1388</sup> Concernant plus précisément la jurisprudence « Keck et Mithouard », l'importance du critère de l'accès au marché est également soulignée par la doctrine. Voir Peter Olier and Wulf-Henning Roth, « The internal market and the four freedoms » : « *If Keck is reduced to its essential elements, it may offer the charter for an appropriate application of the four freedoms, having regard to the aims and activities set out in Article 30 of the Treaty : creating an internal market characterized by the abolition of obstacles to the free movement of goods...The decisive perspective for the application of the freedom is on the one hand that of allowing access to the markets of the Member States ...* ». A propos de la distinction entre les réglementations relatives respectivement aux produits et aux modalités de vente, l'auteur ajoute que : « *The real motivation behind this distinction lies in the different effect of these rules on the internal market. Product regulations tend to hinder or impede access to the market whereas selling arrangement typically leave such access unimpeded. When access to the market is not hampered, the discrimination standard suffices to guarantee undistorted competition* ».

voir également Cyril Nourissat, Blandine De Clavière Bonnamour, « Droit de la concurrence, libertés de circulation – Droit de l'Union – Droit interne, Dalloz 2013, 4<sup>e</sup> édition, p. 110.

Optika »<sup>1389</sup> apporte, en dépit des apparences, une pierre supplémentaire à l'édifice de cette proposition.

Rappelons que dans cette affaire, la Cour doit se prononcer à titre préjudiciel sur la compatibilité avec le traité d'une réglementation telle que la réglementation hongroise qui n'autorise la commercialisation des lentilles de contact que dans des magasins spécialisés dans la vente de dispositifs médicaux.

Certes, la Cour identifie l'entrave sur le fondement de la discrimination conformément à la jurisprudence « Keck et Mithouard ». Toutefois, comme nous l'avons initialement souligné, on peut s'interroger sur l'utilité du passage par la jurisprudence « Keck et Mithouard », dans la mesure où la Cour commence par affirmer que la réglementation litigieuse est de nature à empêcher leur accès au marché ou à le gêner davantage qu'elle ne gêne celui des produits nationaux,<sup>1390</sup> avant d'examiner les conditions de la formule « Keck ». <sup>1391</sup>

Enfin et surtout, la démonstration par la Cour de justice du caractère discriminatoire de la mesure litigieuse, n'est absolument pas probant.<sup>1392</sup> En effet, la Cour de justice rappelle la formule « Keck »<sup>1393</sup> et affirme que la réglementation litigieuse « *prive les opérateurs provenant d'autres Etats membres d'une modalité particulièrement efficace de commercialisation de ces produits et gêne ainsi considérablement l'accès de ces derniers au marché de l'Etat membre concerné* ». <sup>1394</sup> De ce constat d'un accès au marché de l'Etat d'importation rendu difficile, la Cour en déduit, mais sans vraiment le démontrer, le caractère matériellement discriminatoire de la mesure vis à vis des produits importés.<sup>1395</sup> Elle se réfère par analogie à l'affaire « Deutscher Apothekerverband », <sup>1396</sup> dont nous avons précisément

---

<sup>1389</sup> Arrêt du 2 décembre 2010, « Ker-Optika », affaire C-108/09, Rec. p. I-12213 .

<sup>1390</sup> *Ibid.*, point 51.

<sup>1391</sup> *Ibid.*, points 52, 53 et 54.

<sup>1392</sup> Voir en ce sens Ann Fromont et Christophe Verdure, « La consécration du critère de l' « accès au marché » au sein de la libre circulation des marchandises : mythe ou réalité ? », 4 novembre 2011, Research Paper in Law, College of Europe, 4 novembre 2011, p.26.

Pour une opinion contraire, voir Nicolas de Sadeleer, « Arrêt Ker-Optika : De l'ophtalmologue à l'opticien, la réglementation de la vente en ligne des lentilles de contact au regard de la libre circulation des marchandises », Revue européenne de droit de la Consommation, p. 441 et 442.

<sup>1393</sup> *Ibid.*, point 51.

<sup>1394</sup> *Ibid.*, point 54

<sup>1395</sup> *Ibid.*, points 54 et 55.

<sup>1396</sup> Arrêt du 11 décembre 2003, « Deutscher Apothekerverband » affaire C-322/01, Rec. 2003, p. I-4887.

critiqué l'analyse en ce qu'elle considérait la réglementation comme présentant un caractère discriminatoire.<sup>1397</sup>

Ainsi et selon nous, le critère de l'accès au marché eut suffi pour justifier l'application de l'article 34 du traité, sans référence nécessaire à la jurisprudence « Keck et Mithouard », dont les conditions formelles d'application n'étaient pas nécessairement réunies.

Ajoutons que le test de l'accès au marché aurait permis d'aboutir à la même conclusion dans des affaires où les mesures ont, sur la base de la jurisprudence « Keck et Mithouard », été jugées hors du champ d'application de l'article 28 CE (article 34 TFUE). Il en est ainsi des réglementations nationales relatives au repos dominical ou aux heures d'ouverture des magasins.<sup>1398</sup>

L'idée que nous défendons et selon laquelle le critère de la discrimination devrait occuper une place secondaire dès lors que l'accès au marché se trouve menacé est confortée par la jurisprudence récente relative à l'utilisation des produits par les consommateurs.

b.2- Une interprétation évolutive du critère de l'accès au marché fondée sur le comportement du consommateur

Dans son examen des réglementations nationales sur l'utilisation des produits, la Cour se fonde sur le comportement du consommateur et non sur la discrimination pour considérer que l'accès au marché devient impossible. Bien que cet élément ne soit pas totalement nouveau dans la jurisprudence, le juge communautaire franchit une nouvelle étape dont les prémices peuvent être observées dans les affaires « Gourmet »<sup>1399</sup> et « Bonarde »<sup>1400</sup>.

---

<sup>1397</sup> Voir supra, le paragraphe intitulé : - « La jurisprudence « Keck et Mithouard » limitée par une interprétation critiquable de la notion de discrimination. »

<sup>1398</sup> Voir en ce sens, Eleanor Spaventa: "Leaving Keck behind ? The free movement of goods after the rulings in Commission v Italy and Mickelsson and Roos" EL Rev. 2009, N°34, p. 922 : *"It might be safe to say that the key rationale underpinning the keck revolution would not be affected by leaving the latter behind: rules which have as their only effect a modest contraction in sales, such as Sunday-trading rules and closing time rules, would most likely also be found not to have any effect on market access (or, in any event would not have such an effect for the purposes of the application of Art. 28 EC) and would continue, therefore, to fall outside the scope of the Treaty"*.

<sup>1399</sup> Arrêt du 8 mars 2001, « Gourmet International », affaire C-405/98, Rec. 2001, p. I-1795.

<sup>1400</sup> Arrêt du 6 octobre 2011, « Philippe Bonnarde contre Agence de Services et de Paiement », affaire C-443/10, Rec. p. I-9327.

La première affaire semble en effet amorcer une évolution dans le sens où le comportement du consommateur permet au juge de conclure au caractère matériellement discriminatoire de la mesure. La juridiction communautaire précise en effet :

*« La Cour est en mesure de constater que, s'agissant de produits, comme les boissons alcooliques, dont la consommation est liée à des pratiques sociales traditionnelles ainsi qu'à des habitudes et des usages locaux, une interdiction de toute publicité à destination des consommateurs par voie d'annonces dans la presse, à la radio et à la télévision, par envoi direct de matériel non sollicité ou par affichage sur la voie publique est de nature à gêner davantage l'accès au marché des produits originaires d'autres Etats membres que celui des produits nationaux, avec lesquels le consommateur est spontanément mieux familiarisé. »*<sup>1401</sup>

Elle suit en cela les conclusions de l'avocat général Jacobs lorsqu'il affirme *« qu'à défaut de publicité, la probabilité que les consommateurs changent de marque serait moindre ... Il convient donc de dépasser l'inertie des modèles d'achat enracinés »*.<sup>1402</sup>

La même analyse transparaît dans l'affaire « Bonarde », <sup>1403</sup> dans laquelle la Cour s'inspire de la définition des MEERQ issue des affaires « Remorques italiennes » et « Vedettes suédoises ». L'affaire au principal concerne le dispositif français prévoyant un « bonus écologique » encourageant l'acquisition de véhicules propres. La réglementation en étend le bénéfice au profit des véhicules de démonstration, sur présentation par leur acquéreur d'un certificat d'immatriculation portant cette mention spéciale. Dans la présente affaire, Monsieur Bonarde a acquis un véhicule de démonstration auprès d'un concessionnaire automobile situé en Belgique, pays ne prévoyant pas de mention spéciale sur le certificat d'immatriculation pour les voitures de démonstration. En conséquence, l'acquéreur s'est vu refusé l'attribution du bonus écologique lors de l'importation de son véhicule en France. Saisi d'un recours, le tribunal administratif interroge la Cour de Justice sur l'interprétation des articles 34 et 36 TFUE au regard de la réglementation française.

---

<sup>1401</sup> CJCE, 8 mars 2001, « Konsumentombudsmannen contre Gourmet International Productss AB », Affaire C-405/98, Rec. 2001, p. I-1795, point 21.

<sup>1402</sup> *Ibid.*, conclusions, points 35 et 36.

<sup>1403</sup> Arrêt du 6 octobre 2011, « Philippe Bonarde contre Agence de Services et de Paiement », affaire C-443/10, Rec. p. I-9327.

La Cour constate qu'en application de ladite réglementation, l'absence de la mention spécifique « véhicule de démonstration » sur les véhicules de démonstration importés empêche le versement du bonus écologique à leurs acquéreurs. Elle en déduit que les exigences imposées par la réglementation française, dont le caractère dissuasif est indéniable, alors même qu'elles sont formellement non discriminatoires, affectent de manière différente les véhicules selon leur provenance nationale ou étrangère.<sup>1404</sup> Elle ajoute que même si la réglementation en cause n'a pas pour objet de traiter moins favorablement des produits importés d'autres Etats membres, elle est susceptible d'influencer le comportement des acheteurs et par conséquent, d'affecter l'accès au marché des véhicules en provenance des autres Etats membres, selon qu'ils proviennent d'un Etat membre exigeant ou non l'inscription de la mention sur le certificat d'immatriculation.<sup>1405</sup>

Une étape supplémentaire est franchie dans les affaires mettant en cause des règles d'utilisation des marchandises dans lesquelles le comportement du consommateur se trouve également au cœur de l'analyse jurisprudentielle et semble supplanter celui de la discrimination. En effet, dans les affaires « Gourmet » et « Bonnarde », l'analyse du comportement du consommateur permet à la Cour de conclure au caractère discriminatoire de la mesure qui demeure l'argument clé de la démonstration.<sup>1406</sup> En revanche, dans les arrêts relatifs à l'utilisation des produits, l'accès au marché devient le critère central en ce qu'il s'appuie sur la seule analyse du comportement du consommateur conditionné par l'interdiction<sup>1407</sup> ou la limitation de l'utilisation du produit<sup>1408</sup>.

Ainsi, malgré le caractère non discriminatoire de jure et de facto d'une réglementation nationale, la restriction à l'utilisation d'un produit qu'elle impose sur le territoire d'un Etat membre, peut exercer une influence déterminante sur le comportement du consommateur, et par induction, affecter l'accès de ce produit au marché de cet Etat membre. La Cour s'appuie logiquement sur l'évidence que les consommateurs n'ont qu'un intérêt réduit à acheter un produit dont l'utilité est extrêmement réduite.<sup>1409</sup> Cette évolution favorable au critère de l'accès au marché nous semble vertueuse en raison des nombreux avantages qu'elle présente.

---

<sup>1404</sup> *Ibid.*, point 29.

<sup>1405</sup> *Ibid.*, point 30.

<sup>1406</sup> Affaire C-443/10, « Bonnarde » (précitée), point 29.

<sup>1407</sup> Affaire C-110/05 « Commission contre Italie » (précitée) dans laquelle le sujet du litige concerne l'interdiction totale d'accrocher une remorque à un motocycle.

<sup>1408</sup> Affaire C-142/05 « Mickelsson et Roos » (précitée) dans laquelle la réglementation litigieuse concerne la limitation des zones ouvertes à la navigation des véhicules nautiques à moteur.

<sup>1409</sup> Affaires C-110/05 « Commission contre Italie », points 56 et 57 ; 142/05 « Mickelsson et Roos », points 26 et 27.

B- Les vertus d'un critère d'identification unique des MEERQ à l'importation basé sur les effets des réglementations sur les échanges

L'opportunité du choix d'un critère unique d'identification des MEERQ à l'importation s'impose au stade d'une évolution jurisprudentielle dont on perçoit difficilement le sens et l'issue. La confusion entretenue par des formules récentes dont la transparence n'est pas la première qualité mérite une clarification. A cet égard, la soumission des réglementations nationales au test de l'accès au marché comme critère premier quel que soit l'objet des réglementations, permettrait de renforcer la cohérence et la lisibilité de la jurisprudence quel que soit l'objet des réglementations soumises l'appréciation de la CJUE.<sup>1410</sup> (1) et contribuerait à une juste répartition des compétences entre l'UE et les États membres (2).

#### 1- Le critère de l'accès au marché comme facteur de lisibilité

Le choix d'un critère unique permettant de qualifier les mesures nationales de MEERQ serait gage de simplicité et de cohérence et donc de lisibilité tant sur le plan théorique que sur le plan pratique.

La confusion dans laquelle semble parfois baigner la juridiction communautaire peut être illustrée par l'affaire « Leppik ».<sup>1411</sup> Afin de mieux comprendre les tenants et les aboutissants de cet arrêt, il convient de le replacer dans son contexte et d'avoir à l'esprit que la consommation d'alcool en Finlande correspond à des habitudes assez éloignées de celle notre pays. Selon l'avocat général Maduro, nombreux seraient en effet les consommateurs finlandais, prêts à ingurgiter des boissons titrant plus de 80% d'alcool dans le simple but de s'enivrer.<sup>1412</sup> Face aux risques majeurs engendrés par de telles pratiques, les autorités nationales ont intégré dans la politique générale de la Finlande en matière d'alcool, un système d'autorisation préalable pour l'esprit de vin (c'est à dire de substances contenant plus de 80% d'alcool éthylique non dénaturé). C'est à la suite de la saisie d'une cargaison de bouteilles d'alcools importés d'Allemagne et de la condamnation des contrebandiers, que la

---

<sup>1410</sup> « L'examen auquel doit procéder le juge communautaire devrait, ... s'exercer sur la base d'un critère formulé à la lumière de l'objectif poursuivi par l'article 28 CE et commun à l'ensemble des restrictions aux libertés de circulation, à savoir le critère de l'accès au marché ». Pour un avis opposé, voir l'article de Ann Fromont et Christophe Verdure, « La consécration du critère de l' « accès au marché » au sein de la libre circulation des marchandises : mythe ou réalité ? – Department of European Legal Studies, Collège d'Europe, p. 10.

<sup>1411</sup> Arrêt du 28 septembre 2006, « Jan-Erik Anders Ahokainen, Mati Leppik », affaire C-434/04, Rec. p. I-9171.

<sup>1412</sup> Conclusions de l'avocat général M. Poiares Maduro, point 19.

Cour suprême finlandaise interroge la CJCE à titre préjudiciel, afin de déterminer si les dispositions du traité relatives à la libre circulation des marchandises s'opposent à ce qu'une législation exige une licence pour l'importation d'esprit de vin en provenance d'un autre État membre.

Si au final, le résultat auquel conduit le raisonnement de la Cour semble plutôt logique, il en va différemment de son analyse qui conduit le lecteur à la plus grande confusion. En effet, le début de la démonstration commence sans surprise par le rappel de la définition tirée de l'affaire « Dassonville ». En revanche, la Cour à l'inverse de son avocat général, opère plusieurs digressions inopportunes. La première consiste en une référence à la jurisprudence « Cassis de Dijon » et au rappel que les mesures indistinctement applicables peuvent constituer des MEERQ. La seconde plus surprenante encore vient de la référence à la jurisprudence « Keck et Mithouard ». Suit enfin le rappel le plus approprié à la jurisprudence selon laquelle un système d'autorisation préalable d'importation est en principe contraire à l'article 28 CE (article 34 TFUE). En effet, l'exigence de formalités à l'importation telle qu'un régime d'autorisation préalable est générateur d'entraves aux échanges entre les États de l'Union. Ce n'est qu'au terme d'une démarche parfois qualifiée d'erratique,<sup>1413</sup> que la Cour confirme alors que la réglementation en cause ne concerne pas des modalités de ventes.<sup>1414</sup> Elle en conclut que la réglementation en cause entrave le commerce intracommunautaire avant de s'interroger sur une possible réhabilitation fondée sur l'article 30 du traité (article 36 TFUE).

Face à la simplicité et à la rationalité du raisonnement suivi par l'avocat général Maduro,<sup>1415</sup> de telles digressions étonnent au point de se demander si la Cour elle-même n'est pas victime d'une construction juridique dont elle ne maîtrise plus l'usage tant elle est complexe et donc inadaptée. Aussi, ne conviendrait-il pas de privilégier un critère unique quel que soit l'objet de la réglementation, et ce pour les raisons suivantes ? :

---

<sup>1413</sup> Simon Denys, « Régime d'autorisation préalable à l'importation d'esprit de vin », Europe, Novembre 2006 : « *Il s'agit bien d'une entrave. Mais si l'on veut que les juridictions nationales puissent comprendre la jurisprudence de la Cour en matière de restrictions quantitatives et de mesures d'effet équivalent, il serait sans doute souhaitable d'éviter certaines démarches erratiques et de réviser les fondamentaux* », p. 15.

<sup>1414</sup> Arrêt du 28 septembre 2006, « Jan-Erik Anders Ahokainen, Mati Leppik », affaire C-434/04, Rec. p. I-9171, point 21.

<sup>1415</sup> L'avocat général rappelle simplement et logiquement la jurisprudence « Dassonville » et la position classique de la Cour selon laquelle l'exigence, même à titre purement formel, d'une licence d'importation de marchandises en provenance d'un autre État membre est contraire à l'article 28 du traité, avant de s'interroger sur une possible justification.

Premièrement, le choix d'un critère fondé sur une appréciation concrète des effets sur le marché serait plus conforme à la lettre et à l'esprit du traité. Cette thèse est celle de l'avocat général Bot<sup>1416</sup> et d'une certaine doctrine<sup>1417</sup> constatant que le traité emploie l'expression de mesure d'*effet* équivalent à des restrictions quantitatives.

Deuxièmement, le choix du critère des effets restrictifs sur l'accès au marché favoriserait l'unité et la lisibilité des décisions. La cohérence jurisprudentielle serait ainsi renforcée à la fois sur le fond et sur le plan technique.

Sur le fond, l'incohérence de la Cour avait déjà été soulignée par la doctrine à propos de l'application de la jurisprudence « Cassis de Dijon » elle-même.<sup>1418</sup> En effet, alors que cette jurisprudence permet de s'attaquer aux mesures indistinctement applicables produisant un effet restrictif sur les échanges, les auteurs cités en référence observent que cette dernière notion a fait l'objet d'interprétations diverses.

Certaines affaires révéleraient une forme d'amalgame entre l'effet restrictif des « mesures indistinctement applicables » et la discrimination indirecte.<sup>1419</sup> Les auteurs de l'article précité se réfèrent notamment à l'arrêt « Vinaigre »<sup>1420</sup> dans lequel, à propos du contentieux qui l'oppose à la Commission, le gouvernement italien affirme que la réglementation ne serait pas discriminatoire en ce sens qu'elle viserait aussi bien les produits importés que les produits nationaux. La Cour conteste cette affirmation, considérant que le système italien n'en comporte pas moins des effets protecteurs, dans la mesure où il profite à une production nationale typique et défavorise diverses catégories de vinaigres naturels produits dans les autres États membres.

D'autres affaires au contraire illustreraient une tendance de la Cour, consistant à ne pas exiger la preuve d'une forme de discrimination mais un effet restrictif exagéré et non nécessaire à la réalisation de l'objectif recherché, comme l'illustrerait l'arrêt « Cassis de Dijon ». La CJCE semble toutefois s'appuyer sur une forme de discrimination indirecte en précisant que l'effet

---

<sup>1416</sup> Conclusions, point 108.

<sup>1417</sup> Picod Fabrice « La nouvelle approche de la Cour en matière d'entraves aux échanges », (avril, juin 1998) vol. 34.2, Revue Trimestrielle de droit européen, p. 185.

<sup>1418</sup> Todino Mario et Lüder Tilman, « La jurisprudence « Keck » en matière de publicité : vers un marché unique inachevé ? », Revue du Marché Unique Européen 1/1995, p. 175 et 176.

<sup>1419</sup> *Ibid.*, p. 175.

<sup>1420</sup> Arrêt du 9 décembre 1981, « Commission des Communautés Européennes contre République Italienne », affaire 193/80, Rec.1981, p. 3019.



pratique consiste principalement à assurer un avantage aux boissons spiritueuses à forte teneur alcoolique, en éloignant du marché national, les produits d'autres États membres ne répondant pas à cette spécification ». <sup>1421</sup>

Enfin, certains arrêts consacraient une interprétation absolutiste des mesures indistinctement applicables, permettant d'élargir le champ de l'article 30 (article 34 TFUE) à toute mesure qui produit le moindre effet restrictif, obligeant les États membres à se justifier. <sup>1422</sup> Cette remarque vaut tout particulièrement pour les affaires relatives à l'interdiction de travailler le dimanche et dans lesquelles la Cour commence par constater que les réglementations en cause sont susceptibles d'entraîner des effets restrictifs sur les échanges et sur les importations.

Sur un plan technique, la démarche de la Cour gagnerait en simplicité car le raisonnement en deux temps, conforme à l'approche classique serait délaissé au profit d'une appréciation directe des effets de la réglementation sur l'accès au marché. <sup>1423</sup> Ainsi, la classification parfois difficile de certaines réglementations entre celles relatives aux produits, d'une part, et celles relatives aux modalités de vente, d'autre part, deviendrait inutile.

L'analyse de l'affaire « Ker-Optika » <sup>1424</sup> vient renforcer notre conviction. Les méandres dans lesquels s'engage la Cour pour parvenir à sa conclusion auraient pu être évités au profit d'un axe plus direct et plus logique basé sur l'analyse des effets de la réglementation sur l'accès au marché. Contrairement à l'avocat général M. Paolo Mengozzi, qui suit un raisonnement classique basé sur la distinction entre les réglementations relatives aux produits et celles relatives aux modalités de vente, <sup>1425</sup> la Cour rappelle au point 50 de l'arrêt que le troisième élément de la trilogie correspondant à la nouvelle définition des MEERQ est composé des « autres mesures qui entravent l'accès au marché d'un État membre des produits originaires d'autres États membres ». <sup>1426</sup> On s'interroge alors sur l'utilité du détour par la jurisprudence « Keck et Mithouard » au point 51 de l'arrêt, dans la mesure où il suppose une analyse des

---

<sup>1421</sup> Arrêt « Cassis de Dijon », point 14.

<sup>1422</sup> Arrêts du 21 mars 1991, « Delattre », affaire C-369/88, Rec. 1991, p. I-1487 ; du 21 mars 1991, « Monteil et Samanni », affaire C-60/89, Rec. 1991, p. I-1547 ; du 28 février 1991, « Conforama », Rec. 1991, p. I-997 ; du 28 février 1991, « Marchandises », affaire C-332/89, Rec. 1991, p. 649.

Voir Mario Todino et Tilan Lüder, « La jurisprudence « Keck » en matière de publicité : vers un marché unique inachevé » (article précité), p.176.

<sup>1423</sup> Ann Fromont et Christophe Verdure, « La consécration du critère de l' « accès au marché » au sein de la libre circulation des marchandises : mythe ou réalité ? », Department of European Legal Studies, 04/2011, p. 20.

<sup>1424</sup> Arrêt du 2 décembre 2010, « Ker-Optika », affaire C-108/09, Rec. p. I-12213.

<sup>1425</sup> *Ibid.*, conclusions, points 61 et 62.

<sup>1426</sup> *Ibid.*, point 50.

conséquences de la réglementation litigieuse sur l'accès au marché. En effet, l'assimilation de la mesure à une MEERQ au motif que « *ladite réglementation n'affecte pas de la même manière la commercialisation de lentilles de contacts par des opérateurs hongrois et celle effectuée par des opérateurs d'autres États membres* » aurait pu s'expliquer par une référence directe au critère de l'accès au marché sans passer par « Keck et Mithouard ».

Cette observation est soulignée par une certaine doctrine expliquant à propos de l'arrêt précité, que la nouvelle formule employée par la Cour dans les affaires « Remorques italiennes » et « Ker-Optika » « *fait apparaître « Keck »* comme un cas particulier de la catégorie « *toute autre mesure qui entrave l'accès au marché d'un État membre des produits originaires d'autres États membres ne nécessitant pas d'autre analyse spécifique que la démonstration du caractère entravant de la mesure nationale en cause, et notamment pas la qualification de modalité de vente* ». <sup>1427</sup> En effet, la Cour semble rattacher directement la jurisprudence « Keck et Mithouard » à cette dernière catégorie de la trilogie. <sup>1428</sup>

Dans le même esprit, elle relève également que la jurisprudence « Keck et Mithouard » est présentée sous un angle nouveau. Elle est en effet reprise sous une forme grammaticale inversée par rapport à l'original c'est à dire sous la forme positive : « *Est susceptible d'entraver directement ou indirectement ... le commerce entre les États membres ... l'application à des produits en provenance d'autres États membres de dispositions nationales qui limitent certaines modalités de vente à moins ..., l'application de réglementations de ce type à la vente des produits ... est de nature à empêcher leur accès au marché ou à le gêner davantage qu'elle ne gêne celui des produits nationaux.* » <sup>1429</sup>

Bien que cette formulation soit cohérente avec les décisions antérieures, elle pourrait traduire une évolution toute en nuance. Certes, nulle part n'apparaît l'aveu d'une rupture. Cependant, le critère de l'accès au marché, ainsi présenté de manière positive, s'en trouve renforcé. Au demeurant, et bien que la Cour examine les effets de la réglementation à l'aune de sa jurisprudence « Keck et Mithouard », elle en conclut que la mesure « *prive les opérateurs provenant d'autres États membres d'une modalité particulièrement efficace de*

---

<sup>1427</sup> Anne-Lise Sibony, Alexandre Defossez, « Marché intérieur (Libre circulation des marchandises, libre , prestation de services, droit d'établissement et libre circulation des capitaux – juillet 2010 – Juillet 2011), p. 587.

<sup>1428</sup> Affaire « Ker-Optika » précitée, points 50 et 51.

<sup>1429</sup> La formule de l'arrêt « Keck et Mithouard » est la suivante : « ...n'est pas apte à entraver...(point 16). En effet...l'application de ce type de réglementation n'est pas de nature à empêcher leur accès au marché...(point 17).

*commercialisation de ces produits et gêne ainsi considérablement l'accès de ces derniers au marché* » de l'État d'importation.<sup>1430</sup>

Troisièmement, le choix des effets restrictifs sur l'accès au marché comme critère « universel » permettrait de couvrir l'ensemble des situations y compris celles que la doctrine qualifie parfois de « zone grise », dans la mesure où le rattachement de la réglementation à celles relatives aux produits ou aux modalités de vente deviendrait secondaire. Au demeurant, la Cour semble parfois choisir cette voie lorsque la particularité de certaines situations ne rentre pas dans la classification issue de la jurisprudence « Keck et Mithouard ».<sup>1431</sup> A cet égard, la jurisprudence concernant les réglementations relatives à l'utilisation des produits vient confirmer la difficulté de la Cour à se limiter à la classification traditionnelle.

Une partie de la doctrine reconnaît pourtant à la jurisprudence « Keck et Mithouard » un intérêt indéniable,<sup>1432</sup> et notamment celui d'avoir pour effet d'éviter que les réglementations indistinctement applicables ayant pour objet des modalités de vente ne tombent automatiquement sous le coup de l'article 34 TFUE, sous réserve d'une justification au titre d'une exigence impérative ou de l'article 36 du traité.

Il nous semble pourtant qu'une application réfléchie et raisonnable du critère de l'accès au marché, permettrait d'éviter ce travers tout en contribuant à clarifier la jurisprudence de la Cour. Cette remarque vaut tout particulièrement pour les réglementations sur les heures et jours travaillés.<sup>1433</sup>

---

<sup>1430</sup> *Ibid*, point 54.

<sup>1431</sup> Fabrice Picod, « La nouvelle approche de la Cour en matière d'entraves aux échanges », article précité, p. 185. L'auteur illustre cette affirmation par des affaires relatives au transport (arrêts du 15 décembre 1993, « Ligur Carni », affaires jointes C-277/91, C-318/91, et C-319/91, Rec. p. I-6621, point 36 ; du 14 juillet 1994, « Peralta », affaire C-379/92, Rec. p. I-3453, point 24 ; du 5 octobre 1995, « Centro Spediporto », affaire C-96/94, Rec. p. I-2883, point 41), au stockage (Arrêt du 5 octobre 1994, « Centre d'insémination de la Crespelle », affaire C-323/93, Rec. p. I-5077, point 29), à l'approvisionnement des produits (Arrêt du 30 novembre 1995, « Esso Espnola », affaire C-134/94, Rec. p. I-4223, point 24), aux modalités de remboursement de certains produits (Arrêt du 28 avril 1998, « Decker », affaire C-120/95, point 36) et dans une affaire concernant une réglementation nationale sur le millésime des voitures (Arrêt du 27 juin 1996, « Schmit », affaire C-240/95, Rec.p. I-3179).

<sup>1432</sup> R. Kovar : « Dassonville, Keck et les autres : de la mesure avant toute chose », RTDE 42 (2), avril – juin 2006, p. 242.

<sup>1433</sup> Voir en ce sens l'article et les commentaires précités d'Eleanor Spaventa: "Leaving Keck behind ? The free movement of goods after the rulings in Commission v Italy and Mickelsson and Roos" p. 922. "It might be safe to say that the key rationale underpinning the keck revolution would not be affected by leaving the latter behind: rules which have as their only effect a modest contraction in sales, such as Sunday-trading rules and closing time rules, would most likely also be found not to have any effect on market access (or, in any event would not have such an effect for the purposes of the application of Art. 28 EC) and would continue, therefore, to fall outside the scope of the Treaty".

Il ne s'agit pas pour autant d'occulter les difficultés liées à la mise en œuvre du critère de l'accès au marché. Celui-ci implique en effet, dans le cas des réglementations relatives aux modalités d'utilisation des produits, une appréciation par le juge de ses effets actuels ou potentiels sur le comportement des consommateurs afin d'en apprécier les conséquences sur l'accès au marché. L'avocat général Kokott évoque des exemples tels que les limitations de vitesse sur des autoroutes ou l'interdiction de rouler sur des voies de circulation en forêt qui pourraient dissuader des acheteurs potentiels de faire l'acquisition d'une voiture puissante ou d'un véhicule tout-terrain.<sup>1434</sup> La doctrine quant à elle, s'interroge sur l'opportunité d'exiger des juges une telle appréciation faisant appel à des considérations non seulement économiques mais également psychologiques, compte tenu de la complexité des motivations du consommateur.<sup>1435</sup> Cette observation serait particulièrement fondée dans le cas des mesures restreignant l'usage des produits, et notamment pour celles qui limitent « *de manière ... limitée l'usage inhérent d'un bien ou de mesures restreignant significativement un seul usage d'un bien qui peut en avoir plusieurs* ». <sup>1436</sup> Quant à l'usage inhérent, il prête également à discussions. « *Doit-il s'apprécier en considérant un bien générique (les voitures) ou un bien spécifique (les voitures puissantes)* »<sup>1437</sup>. L'élément déclencheur de l'acte d'achat peut en effet être totalement subjectif, ce qui conduit à s'interroger sur la volonté ou l'aptitude du juge à sonder jusqu'à l'inconscient des consommateurs.

Même si le bon sens des magistrats devrait garantir une appréciation raisonnable de l'impact des réglementations sur les comportements d'achats, on ne peut toutefois ignorer que l'un des principes directeurs dans l'action de la Cour doit être celui de la sécurité juridique qui détermine le travail des tribunaux nationaux à bien des égards. L'introduction d'une appréciation fondée sur une analyse économique au cas par cas irait, selon certains auteurs, à l'encontre de cet objectif. Ainsi, l'abandon de la jurisprudence « Keck et Mithouard » apporterait, selon ces derniers, plus d'inconvénients que d'avantages.<sup>1438</sup>

Une partie de cette doctrine réfractaire à l'évolution suggérée souligne également qu'une notion mal définie d'accès au marché risque de générer les mêmes conséquences que celle de l'entrave aux échanges, utilisée par la Cour dans l'affaire « Dassonville » et dont la portée a

---

<sup>1434</sup> Conclusions, point 45.

<sup>1435</sup> Anne-Lise Sibony, Alexandre Defossez, « Marché intérieur (marchandises, capitaux, établissement, services) », RTDE eur. 46,(1), janv. – mars 2010, p. 135.

<sup>1436</sup> *Ibid*, p. 134.

<sup>1437</sup> *Ibid*, p. 134.

<sup>1438</sup> Voir Peter oliver « some further reflections on the scope of articles 28 30 » CMLR 36, 1999, Conclusions p. 806.

dû être reconsidérée à partir de la jurisprudence « Keck et Mithouard ». Elle ajoute que la définition du marché fait défaut dans les décisions de la Cour relatives à l'application des articles 34 et suivants du traité. De même, à l'inverse du droit communautaire de la concurrence selon lequel les accords d'importance mineure bénéficient d'un régime favorable, le droit du marché intérieur n'intègre point pareille règle de seuil (règle « de minimis ») dans ses appréciations.<sup>1439</sup> Ainsi toutes les réglementations nationales ou presque, produiraient volontairement ou non des effets plus ou moins sensibles sur les échanges intracommunautaires.

C'est pourquoi, l'utilisation du concept d'accès au marché correspondrait selon ses détracteurs à une approche de la Cour de justice parfois qualifiée d'intuitive avec pour conséquence de favoriser l'arbitraire.<sup>1440</sup>

L'intuition fondée sur le bon sens nous semble toutefois préférable à des positions de principes telles que définies dans l'arrêt « Keck et Mithouard » et dont les fondements peuvent être sujets à caution, comme la Cour de justice l'a elle-même reconnu de manière plus ou moins explicite dans l'affaire « Gourmet ».

C'est pourquoi, nous persistons dans la voie d'un critère unique d'analyse en faveur du critère de l'accès au marché en phase avec l'intégration croissante du marché intérieur mais également comme garant d'une juste répartition des compétences entre l'UE et les Etats membres.

2- Le critère de l'accès au marché comme garant d'une juste répartition des compétences entre l'UE et les Etats membres

Les affaires « Vedettes suédoises » et « Remorques italiennes » réhabilitent le critère de l'accès au marché tel qu'il avait été consacré par l'affaire « Dassonville », puis relégué dans

---

<sup>1439</sup> Arrêt du 13 décembre 1989, « Corsica Ferries France contre Direction générale des douanes françaises », affaire C-49/89, Rec. p. 4441, point 8 : « ...les articles relatifs à la libre circulation des marchandises...constituent des dispositions fondamentales pour la communauté, et toute entrave à cette liberté, même d'importance mineure, est prohibée. »

<sup>1440</sup> Voir Jukka Snell, « *The notion of market access conceals rather than clarifies. As the term lacks a clear content, the court may use it freely either to approve or to condemn measures that it happens to like or dislike. Market access may simply provide a sophisticated sounding garb that conceals decisions based on intuition* ». *Common Market Law Review* 47 : 437-472, 2010, p. 469.

Voir également, Catherine Barnard « Restricting restrictions : Lessons for the Eu from the US », *Cambridge Law Journal*, November 2009, p. 597, 598.

un rôle secondaire dans l'affaire l'arrêt « Keck et Mithouard ». Ce retour de situation n'est pas sans conséquences. En effet, la jurisprudence la plus récente modifie l'équilibre des pouvoirs au profit de la Communauté dans la mesure où la Cour doit apprécier la conformité au traité des réglementations nationales présentant pourtant une certaine similitude avec celle relatives aux modalités de vente. Pour amplifier les effets vertueux de cette évolution, il conviendrait de revisiter le critère de l'accès conformément à l'objectif d'une intégration idéale du marché intérieur (a) bordé toutefois par le respect nécessaire d'un champ de souveraineté des Etats membres (b).

a- Le critère de l'accès au marché revisité conformément à l'objectif d'une intégration idéale du marché intérieur

Nous avons affirmé que la consécration véritable du critère de l'accès au marché passe par un renoncement à opérer une distinction de principe lors de l'application de l'article 34 du traité selon que les réglementations nationales concernent les produits ou les modalités de vente. Là ne s'arrête pas une évolution souhaitable de la jurisprudence qui supposerait également une nouvelle conception du marché dont l'accès ne doit pas être entravé. Nous pensons que la notion d'accès au marché devrait en effet être redéfinie dans un contexte d'intégration idéale lors de l'application des articles 34 et suivants du traité. Une telle approche est loin d'être systématique dans la jurisprudence de la Cour. Elle correspondrait à une forme de rupture avec celle que la Cour a retenue lors de l'application de la jurisprudence « Keck et Mithouard » (a.1), elle-même contraire à l'interprétation privilégiée dans les affaires relatives aux obstacles tarifaires à la libre circulation des marchandises ou encore dans le domaine du droit de la concurrence (a.2).

a.1- Une définition critiquable de la notion de marché lors de l'application de la jurisprudence « Keck et Mithouard »

Cette appréciation nous est principalement inspirée par les arrêts « Schutzverband »<sup>1441</sup> et « Commission contre Allemagne »<sup>1442</sup> que nous proposons de commenter ci-après.

---

<sup>1441</sup> Arrêt du 13 janvier 2000, « Schutzverband », affaire C-254/98, Rec. 2000, p.I-151.

<sup>1442</sup> Arrêt du 11 septembre 2008, « Commission des Communautés européennes contre République fédérale d'Allemagne », affaire C-141/07, Rec. 2008 p. I.6935.

La question préjudicielle adressée à la Cour dans la première affaire trouve son origine dans une action intentée par une association de défense des intérêts des consommateurs contre une société tyrolienne pour violation de la réglementation autrichienne sur la vente ambulante. Plus précisément, la partie requérante demande en justice qu'il soit fait interdiction à la défenderesse de procéder à la vente à domicile de denrées alimentaires, au motif qu'elle n'exercerait pas son activité dans un établissement fixe de la circonscription où elle exerce l'activité de vente ambulante ou dans une commune limitrophe.

Les conditions d'application de la jurisprudence « Keck et Mithouard » au cas d'espèce se trouvent au centre des interrogations de la Cour.

Le classement des mesures dans la catégorie des modalités de vente ne fait pas vraiment débat dans la mesure où elles déterminent les zones géographiques dans lesquelles les opérateurs concernés peuvent commercialiser leurs marchandises par la méthode de vente à domicile.<sup>1443</sup> En revanche, la question de savoir si la mesure est discriminatoire est plus délicate et conduit la Cour sur un chemin divergent de celui emprunté et recommandé par l'avocat général La Pergola. Ce dernier souligne que l'application de l'article 30 du traité (article 34 TPFUE) requiert une entrave particulière à l'accès au marché national des produits en provenance d'autres États membres et pas seulement une réduction des importations.<sup>1444</sup> Monsieur La Pergola constate alors que la mesure s'applique indistinctement aux commerçants autrichiens et aux ressortissants des autres États membres et notamment à ceux des États frontaliers avec l'Autriche. Il n'y a donc selon lui, aucune forme de restriction déguisée au commerce intracommunautaire dans la mesure où l'accès au marché des produits étrangers ne serait pas affecté. Il s'agit essentiellement d'une limitation portant sur la zone ouverte à cette méthode de commercialisation indépendamment de l'origine des produits.<sup>1445</sup>

---

<sup>1443</sup> Arrêt du 13 janvier 2000, « Schutzverband », affaire C-254/98, Rec. 2000, p.I-151, point 24 – Point 9 des conclusions. Voir également Peter Oliver, *Some further reflections on the scope of articles 28-30 (ex 30-36) EC* CML Rev. 1999 (précité) p. 794 : « *The concept of « selling arrangements » has... been held to cover the following categories of measures: Restriction on when goods may be sold (affaire C-69/93, « Punto Casa contre Capena »), restrictions on where or by whom goods may be sold (affaire C-318/92, « Commission contre Grèce », advertising restrictions, (C-412/93, « Leclerc Siplec » and price controls (affaire C-63/94) ».*

<sup>1444</sup> Arrêt du 13 janvier 2000, « Schutzverband », affaire C-254/98, Rec. 2000, p.I-151, conclusions, point 9. « *Article 30, therefore, does not preclude Member states from adopting regulations of a general nature to regulate commercial activity, when such measures do not specifically impede the access of products from other Member states to the domestic market. In short, for article 30 to apply, the national measure in question must cause a specific decrease in the flow of trade between Member states.* ».

Voir également en ce sens l'arrêt du 20 juillet 1993, « Semeraro Casa Uno », affaire C 418/93, Rec. 1996, p. I-2975. A titre de comparaison avec la jurisprudence de la Cour dans le domaine des services, voir l'arrêt du 3 décembre 1974, « Van Binsbergen », affaire 33/74, Rec. 1974, p. 1299, dans lequel la CJCE a qualifié d'entrave l'obligation d'avoir un établissement dans l'Etat membre où s'effectue la prestation.

<sup>1445</sup> Arrêt « Schutzverband » précité, conclusions, points 11 et 12.

Sur ce point la Cour marque sa différence en jugeant que la réglementation autrichienne affecte plus sérieusement la commercialisation et donc l'accès au marché des produits originaires des autres États membres que celle des produits nationaux. Selon la juridiction communautaire en effet, une telle réglementation impose aux commerçants en produits alimentaires disposant d'un établissement fixe dans un autre membre, et qui souhaitent distribuer leurs produits par la vente ambulante dans une circonscription donnée du territoire autrichien, d'y ouvrir ou d'y acquérir un établissement fixe, alors que les opérateurs locaux répondent déjà au critère de l'établissement fixe. La Cour en déduit que l'accès au marché induit pour les commerçants étrangers des coûts supplémentaires.<sup>1446</sup>

La portée de cette décision mérite d'être soulignée sur la base de plusieurs constats.

Premièrement, la mesure litigieuse assimilée à une modalité de vente est indistinctement applicable à tous les opérateurs agissant sur le territoire national, ce qui, rappelons le, correspond à l'une des conditions d'application de la jurisprudence « Keck et Mithouard ».

Deuxièmement, la réglementation affecte aussi bien l'écoulement des produits provenant des autres parties du territoire national que celui des produits importés des autres États membres.<sup>1447</sup> Toutefois et conformément à une jurisprudence antérieure, cet élément est sans conséquence. Pour qu'une mesure étatique puisse être qualifiée de discriminatoire ou protectrice, il n'est pas nécessaire qu'elle ait pour effet de favoriser l'ensemble des produits nationaux ou de ne défavoriser que les seuls produits importés à l'exclusion des produits nationaux.<sup>1448</sup>

Troisièmement, le fait que la réglementation soit ou non applicable à des entreprises ayant leur établissement fixe dans une commune limitrophe située dans un autre État membre serait également sans conséquence. En effet, le caractère restrictif ne disparaît pas par le simple fait que sur une partie du territoire (la zone frontalière de l'Autriche), la réglementation affecte de la même manière la commercialisation des produits nationaux et de ceux en provenance des pays voisins.<sup>1449</sup> Cette dernière considération avait pourtant largement contribué à convaincre

---

<sup>1446</sup> Arrêt du 13 janvier 2000, « Schutzverband », affaire C-254/98, Rec. 2000, p.I-151, points 25 et 26.

<sup>1447</sup> *Ibid.*, point 27.

<sup>1448</sup> *Ibid.*, point 27.

Voir également l'arrêt du 25 juillet 1991, « Aragonesa de publicidad exterior », affaires C 1//90 et C 176/90, Rec. p.I-4431, point 24.

<sup>1449</sup> Arrêt du 13 janvier 2000, « Schutzverband », précité, point 28.



l'Avocat général La Pergola que la mesure litigieuse n'avait ni pour objet ni pour effet de restreindre le volume des importations.

Ces points de désaccords entre M. La Pergola et la Cour de Justice pourraient également concerner une jurisprudence postérieure.

L'affaire « Commission contre Allemagne »<sup>1450</sup> porte sur une législation nationale relative à l'approvisionnement des hôpitaux en médicaments. Celui-ci ne peut-être effectué que par une pharmacie interne à l'établissement, ou par la pharmacie d'un autre hôpital, ou encore par une pharmacie externe. Dans les deux dernières hypothèses, un contrat doit être passé entre l'hôpital et la pharmacie qui doit fournir un certain nombre de garanties (fourniture des médicaments sans délai, notamment en cas d'urgence) et s'engager à respecter un ensemble de services associés à la livraison (conseils au personnel de l'hôpital, gestion des stocks, contrôle de la qualité et de la conservation des médicaments). Or de telles exigences rendent pratiquement impossible, l'approvisionnement régulier d'un hôpital par des pharmacies établies dans des États membres autres que la RFA, ce qui a conduit la Commission à en contester la conformité avec le principe de libre circulation des marchandises.

Les règles d'approvisionnement en médicaments constituant des modalités de vente, le raisonnement de la Cour porte sur l'éventualité d'un accès au marché rendu plus difficile pour les marchandises originaires d'autres États membres.<sup>1451</sup> Il est évident pour le juge communautaire, que l'ensemble des critères cumulatifs exigés pour la livraison des médicaments, requiert une certaine proximité géographique entre la pharmacie et l'hôpital. A l'exception des pharmacies situées en zone frontalière, les conditions litigieuses n'affectent donc pas de la même manière les officines souhaitant conclure un contrat d'approvisionnement avec un établissement hospitalier allemand, selon qu'elles sont situées en Allemagne où dans d'autres États membres.

---

<sup>1450</sup> Arrêt du 11 septembre 2008, « Commission des Communautés européennes contre République fédérale d'Allemagne », affaire C-141/07, Rec. 2008, p. I.6935.

<sup>1451</sup> Ce que soutient la Commission dans son action. : *Ibid*, point 11.

Cette analyse transparait également dans l'arrêt du 3 décembre 1998, « Procédure pénale contre « Ditley Bluhme », affaire C-67/97, Rec. 1998 p. I-8033, dans lequel la Cour élude simplement l'argument fondé sur le caractère purement interne de la mesure, tandis que l'avocat général procède à une analyse visant à le réfuter. Ce faisant, la Cour « *considère implicitement comme acquis qu'une mesure nationale qui s'applique aux relations entre deux parties du territoire d'un Etat membre n'échappe pas pour autant à l'application de l'article 30 dès lors qu'elle est susceptible d'affecter la commercialisation de produits en provenance d'autres Etats membres* ». ( Rigaux Anne, « Nouvel épisode de la difficile qualification des mesures d'effet équivalent : Le sort des abeilles brunes de Laeso », Europe, Editions du Juris Classeur, Mars 1999, p. 7, 8.

Le raisonnement de la Cour confirme la jurisprudence « Schutzverband » à savoir le constat du caractère indistinctement applicable des mesures contestées<sup>1452</sup> et la conclusion selon laquelle un niveau différent d'affectation des mesures sur les produits en fonction de leur origine nationale ou d'autres États membres n'est pas remise en cause par le fait que les pharmacies établies sur le territoire national mais géographiquement éloignées subissent les mêmes contraintes. Ainsi, le caractère discriminatoire ou restrictif n'est pas conditionné en raison du fait que « *cette mesure ait pour effet de favoriser l'ensemble des produits nationaux ou de ne défavoriser que les seuls produits importés à l'exclusion des produits nationaux* ». <sup>1453</sup>

Cette interprétation est également recommandée par l'avocat général Yves Bot<sup>1454</sup> qui marque ainsi sa différence avec monsieur La Pergola dont nous partageons les convictions.

Il nous apparaît en effet que les règles d'approvisionnement des hôpitaux en médicaments, mises en place par l'Allemagne, n'ont ni pour objet ni pour effet de cloisonner les marchés nationaux. Elles s'appliquent indépendamment de l'origine nationale ou étrangère des médicaments et produisent les mêmes conséquences sur les pharmacies, qu'elles soient situées sur le territoire allemand ou sur celui des autres États membres. Aussi, l'exemple choisi par Monsieur Yves Bot ne nous semble t-il pas totalement pertinent. Ce dernier nous explique en effet que les règles litigieuses obligerait les pharmaciens exploitant une pharmacie dans un autre État membre et qui souhaiteraient passer un contrat d'approvisionnement en médicaments avec un hôpital allemand, à déplacer leur officine et à l'implanter à proximité de celui-ci, ou à ouvrir dans cette zone un autre pharmacie, ce qui entraînerait pour ces pharmacies étrangères des coûts et des difficultés que ne rencontrent pas les opérateurs situés à proximité de cet hôpital. L'avocat général en déduit que de telles conditions ont pour effet de gêner davantage la commercialisation de médicaments en provenance d'autres États membres. <sup>1455</sup>

Cette conclusion est, à notre avis infondée. Le choix de l'hypothèse de la comparaison entre les situations d'une pharmacie allemande avec celle d'une pharmacie étrangère ne vaut que

---

<sup>1452</sup> Affaire C-141/07, précitée, point 33.

<sup>1453</sup> *Ibid*, points 34 à 39.

<sup>1454</sup> Conclusions : points 69 à 73.

<sup>1455</sup> Conclusions : point 69

dans la mesure où cette dernière est éloignée géographiquement de l'hôpital, au même titre que les pharmacies allemandes.

L'exemple révèle donc une forme de préjugé. Il confirme également notre conviction que cette thèse trahit l'esprit qui constitue l'essence même de la jurisprudence « Keck et Mithouard ». La Cour y a en effet précisé que les modalités de vente ne sont pas par nature, aptes à empêcher l'accès au marché ou à le gêner davantage qu'elles ne gênent celui des produits nationaux.<sup>1456</sup> Or, il est dans la nature même des dispositions litigieuses d'organiser l'approvisionnement des médicaments d'une manière qui ne présente aucun lien en droit ou en fait avec une quelconque implantation nationale des protagonistes.<sup>1457</sup>

Plus grave encore, ces affaires révèlent dans la jurisprudence une forme de schizophrénie illustrée par un paradoxe contestable. Comment associer l'objectif de création d'un marché unique et l'obstination de la Cour à en nier la réalité ? Dans les affaires que nous venons d'analyser, la Cour fait en effet référence à une discrimination fondée sur l'origine nationale des produits, alors qu'objectivement la véritable contrainte est liée à la distance géographique entre les opérateurs économiques et non à leurs nationalités. Nous ne décelons aucune discrimination en rapport avec l'origine nationale des opérateurs économiques, tous confrontés aux mêmes contraintes liées au transport des marchandises.

Nous portons le même regard critique sur l'affaire « Commission contre République d'Autriche »<sup>1458</sup> alors que la Cour nie, mais pas pour les bonnes raisons, le caractère discriminatoire de la mesure litigieuse. Après y avoir jugé que la réglementation autrichienne relative à l'interdiction sectorielle de circulation routière était susceptible d'affecter de manière substantielle le transit international des marchandises et constituait de ce fait une MEERQ, elle en apprécie la proportionnalité au regard des objectifs de protection de l'environnement et de la santé des personnes. Dans cet exercice, elle examine l'argument de

---

<sup>1456</sup> Affaires jointes C-267/91 et C-268/91, précitées, point 17.

<sup>1457</sup> Voir infra B 1.2.1

Cette interprétation de la notion de marché ne correspond pas à l'idéal de marché tel qu'il pouvait transparaître dans l'arrêt du 5 mai 1982, « Gaston Schul Expéditeur BV contre Inspecteur des droits d'importation et des accises de Roosendaal », affaire 15/81, Rec. p. 1409, dans lequel selon la Cour, « la notion de marché commun vise à l'élimination de toutes les entraves aux échanges communautaires en vue de la fusion des marchés nationaux dans un marché unique réalisant des conditions aussi proches que possible de celles d'un marché intérieur » (point 33). Nous reconnaissons toutefois que notre analyse est en contradiction avec la position de principe adoptée par la Cour selon laquelle les principes du traité relatifs à la libre circulation des marchandises sont inapplicables aux situations dans lesquelles est en jeu une réglementation nationale limitant le commerce purement national.

<sup>1458</sup> CJCE, 21 décembre 2011, « Commission contre République d'Autriche », affaire C-28/09, Rec. 2011, p. I-13525.

la Commission selon lequel le règlement litigieux serait discriminatoire. Le trafic local et régional étant exempté du champ d'application de l'interdiction, celle-ci affecterait principalement le trafic international des marchandises, ce qui contribuerait également à donner un avantage concurrentiel aux entreprises locales. La République d'Autriche justifie le régime dérogatoire par le fait que le transfert du trafic interdit vers le transport ferroviaire à l'intérieur même de la zone, entraînerait des trajets supplémentaires à destination des terminaux ferroviaires, avec pour conséquences des effets contraires au but recherché d'amélioration de la qualité de l'air. Mais surtout, elle ajoute que la « zone élargie » définie par le règlement litigieux comprend des circonscriptions administratives situées en dehors du territoire autrichien, ce qui renforcerait le caractère non discriminatoire du régime contesté.<sup>1459</sup>

La Cour adhère totalement aux arguments de la République d'Autriche.<sup>1460</sup> Au lieu de considérer le marché dans sa globalité, elle nie le caractère discriminatoire sur le simple constat qu'une partie d'un territoire voisin de l'Autriche bénéficie des mêmes avantages. En poussant à l'extrême le raisonnement de la Cour, cette dernière aurait pu constater le caractère discriminatoire de la mesure vis à vis de territoires extérieurs à l'Autriche non situés dans la zone.

Ne faut-il pas y voir une contradiction avec la jurisprudence « Schutzverband »<sup>1461</sup> dans laquelle (nous venons de le souligner), la Cour juge que le caractère restrictif d'une mesure ne disparaît pas, par le simple fait que sur une partie du territoire (la zone frontalière de l'Autriche), la réglementation affecte de la même manière la commercialisation des produits nationaux et de ceux en provenance des pays voisins.<sup>1462</sup>

A notre avis, l'absence de discrimination aurait dû être fondée sur le fait que le territoire correspondant à cette zone reposait sur une logique indépendante de l'origine géographique, ce qui expliquait, d'une part, qu'une portion de territoires voisins à l'Autriche était concerné par la réglementation litigieuse et que, d'autre part, l'ensemble du territoire autrichien ne pouvait bénéficier du régime dérogatoire.

---

<sup>1459</sup> *Ibid.*, point 88.

<sup>1460</sup> *Ibid.*, points 134 et 135.

<sup>1461</sup> Arrêt du 13 janvier 2000, « Schutzverband », affaire C-254/98, Rec. 2000, p.I-151.

<sup>1462</sup> *Ibid.*, point 28.

Un constat basé sur une observation plus étendue de la jurisprudence, relative notamment aux obstacles tarifaires aux échanges et au droit de la concurrence, vient renforcer notre conviction. En effet, la Cour de justice n'a-t-elle pas en d'autres occasions pris position dans le sens que nous venons d'exposer ?

a.2- Une nouvelle interprétation du critère de l'accès au marché inspirée des jurisprudences relatives aux obstacles tarifaires aux échanges et au domaine du droit de la concurrence.

Dans ses interprétations des articles relatifs à la libre circulation des marchandises, et concernant notamment l'interprétation de l'article 30 TFUE (article 25 TCE), la Cour assimile les frontières régionales aux frontières nationales. Rappelons qu'aux termes d'une jurisprudence bien établie, une taxe nationale prélevée sur une marchandise en raison du fait qu'elle franchit une frontière constitue une taxe d'effet équivalent à un droit de douane<sup>1463</sup>. Or la Cour retient une conception large de la « frontière » dans la mesure où elle correspond non seulement aux limites nationales mais également régionales.

C'est ce que révèle l'affaire « Carbonati »<sup>1464</sup> qui concerne une taxe perçue par la commune italienne de Carrare sur les marbres extraits de son territoire en raison de leur transport au delà des limites du territoire communal. A l'argument des autorités italiennes selon lequel l'interdiction édictée aux articles 23 et 25 CE (articles 28 et 30 TFUE) devrait viser uniquement de telles taxes dans les échanges inter étatiques, la Cour souligne que « *le principe même de l'union douanière exige que soit assurée ... de manière générale la libre circulation des marchandises, non seulement dans le cadre du commerce interétatique mais plus largement sur l'ensemble du territoire de l'union douanière* »<sup>1465</sup>. Elle ajoute que l'Acte

---

<sup>1463</sup> « Une charge pécuniaire, fût-elle minime, unilatéralement imposée, quelles que soient son appellation et sa technique, et frappant les marchandises en raison du fait qu'elles franchissent une frontière, lorsqu'elle n'est pas un droit de douane proprement dit, constitue une taxe d'effet équivalent à un droit de douane au sens de l'article 23 CE ». Arrêt du 9 septembre 2004, « Carbonati Apuani contre Comune di Carrara », affaire C-72/03, Rec. 2004, p. 8027, (point 20). Cet arrêt renvoie à une jurisprudence abondante en ce sens. Voir par exemple les arrêts du 9 novembre 1983, « Commission contre Danemark », 158/82, Rec. 1983, p. 3573, point 18 ; du 16 juillet 1992, « Legros e.a. », C-163/90, Rec. 1992, p. I-4625, point 13 ; du 22 juin 1994, « Deutsches Milch-kontor », affaire C-426/92, Rec. 1994, p. I-2757, point 50 ; du 14 septembre 1995, « Simitzi », affaires C-485/93 et C-486/93, Rec. 1995, p. I-2655, point 15 ; du 17 septembre 1997, « UCAL », affaire C-347/95, Rec. 1997, p. I-4911, point 18.

Voir également l'affaire « Fonds des diamantaires » (arrêt du 1 juillet 1969, affaire 2/69, Rec. 1969, p. 211) qui a marqué la rupture avec une jurisprudence antérieure illustrée par l'affaire « Pain d'épice » (14 décembre 1962, « Commission des Communautés européennes contre Grand Duché du Luxembourg et Royaume de Belgique », affaires jointes 2/62 et 3/62, Rec. p. 813) faisant de la discrimination le critère d'identification des taxes d'effet équivalent aux droits de douane (TEEDD). Dorénavant une taxe frappant un produit en raison du fait qu'il franchit la frontière constitue en principe une TEEDD alors même qu'il n'existe pas de production nationale similaire dans le pays d'importation.

<sup>1464</sup> Arrêt du 9 septembre 2004, Carbonati Apuani contre Comune di Carrara », affaire C-72/03, Rec. 2004, p. 8027.

<sup>1465</sup> *Ibid.*, point 22.

unique européen définit le marché intérieur comme un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée sans que cette disposition fasse de distinction entre frontières interétatique et frontières intra-étatiques.<sup>1466</sup> En conséquence, une taxe imposée en raison du franchissement d'une limite territoriale à l'intérieur d'un État membre constitue une TEEDD.<sup>1467</sup>

Cette conception rejoint à notre sens l'idéal d'unicité du marché fixé par les traités. La Cour n'a-t-elle pas elle-même affirmé que si les articles 23 et 25 CE ne visent expressément que les échanges entre États membres, c'est parce-que les auteurs du traité ont présupposé l'inexistence de taxes présentant les caractéristiques d'un droit de douane à l'intérieur de ces États ?<sup>1468</sup>

Dès lors on comprend mal pourquoi dans certaines circonstances la Cour vise à l'élimination des obstacles aux échanges y compris lorsqu'ils sont strictement nationaux, tandis que dans d'autres contextes, elle se refuse à prendre en considération le fait que les obstacles aux échanges purement internes (liés à la distance maximale exigée par la réglementation nationale), d'une part, et aux échanges interétatiques, d'autre part, sont identiques. Dans les affaires « Schutzverband » et « Commission contre Allemagne »<sup>1469</sup> précitées, la négation de cette réalité objective conduit la Cour vers la conclusion infondée selon laquelle les réglementations litigieuses seraient discriminatoires.

Notre conviction est encore renforcée par le constat des difficultés des juridictions nationales à déterminer si des réglementations jugées contraires au traité par la CJUE, peuvent néanmoins s'imposer à des entreprises nationales opérant dans les limites de leurs frontières. En effet, la ligne de démarcation entre les mesures purement nationales et les celles qui produisent des effets sur les courants d'importation ou d'exportation est parfois difficile à tracer, en particulier dans un marché intérieur de plus en plus intégré.<sup>1470</sup> A cet égard,

---

<sup>1466</sup> *Ibid.*, point 23.

<sup>1467</sup> *Ibid.*, point 25.

<sup>1468</sup> Arrêt du 9 septembre 2004, Carbonati Apuani contre Comune di Carrara », affaire C-72/03, Rec. 2004, p. 8027, point 22.

<sup>1469</sup> Arrêts du 13 janvier 2000, « Schutzverband », affaire C-254/98, Rec. 2000, p.I-151 ; du 11 septembre 2008, « Commission des Communautés européennes contre République fédérale d'Allemagne », affaire C-141/07, Rec. 2008 p. I.6935.

<sup>1470</sup> Cette difficulté apparaît également lors de l'application de l'article 101 TFUE qui interdit les ententes entre entreprises, restrictives de concurrence et qui sont susceptibles d'affecter les échanges entre les États membres. L'affectation du commerce entre les États membres correspond au critère d'applicabilité du droit communautaire de la concurrence par rapport aux droits nationaux de la concurrence. La Cour de justice a dû en préciser la portée concernant notamment les accords purement nationaux (voir l'arrêt du 17 octobre 1972, « Vereeniging Van Cementhandelaren », affaire 8/72, Rec. 1972, p. 23). La politique de la Commission européenne a également été

rappelons que la Cour de justice s'est refusée à condamner la discrimination à rebours. En conséquence, une législation non discriminatoire réglementant les ventes d'un produit peut être contestée par un importateur en raison des effets restrictifs sur les importations, mais pas par un fabricant national. Les juridictions françaises ont parfois jugé que cette discrimination des opérateurs économiques face aux règles de concurrence était illogique dans un véritable marché intérieur.<sup>1471</sup>

Enfin, une cohérence souhaitable dans l'interprétation du droit communautaire autorise une autre référence au droit de la concurrence et plus particulièrement à l'article 102 TFUE interdisant, dans la mesure où le commerce interétatique est susceptible d'en être affecté, l'abus de position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci.<sup>1472</sup> Son application implique donc la définition du marché dans sa dimension géographique. Nous constatons qu'au terme de cet exercice, la Cour a jugé que la notion de partie substantielle du marché commun pouvait correspondre à une portion d'un territoire national.<sup>1473</sup>

L'analyse d'une jurisprudence élargie au delà du domaine de l'article 34 du traité révèle donc des divergences selon les politiques concernées. Ce constat alimente notre réflexion sur la question centrale de la définition du marché dans un contexte d'intégration idéale qui aurait pu servir de référence pour apprécier la conformité des réglementations nationales avec le traité.

---

précisée dans une communication sur les « *Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité* », JO n° C 101 du 27/04/2004, section 3.2. : *les ententes horizontales et les ententes verticales couvrant l'ensemble d'un Etat membre sont normalement susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres ...* » (§78 et §86).

<sup>1471</sup> Malcolm Jarvis, « The application of EC Law by National Courts- The Free Movement of Goods, p. 435.et 442.

<sup>1472</sup> Article 102 TFUE : « *Est incompatible avec le marché intérieur et interdit, dans la mesure où le commerce entre Etats membres est susceptible d'en être affecté, le fait par une plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché intérieur ou dans une partie substantielle de celui-ci. Ces pratiques abusives peuvent notamment consister à : a) imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables, b) limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs, c) appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalents, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence, d) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats* ».

<sup>1473</sup> Voir également la Communication de la Commission – Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité, JO n° C 101 du 27/04/2004 (précitée) : « *L'application du critère de l'affectation du commerce est indépendante de la définition des marchés géographiques en cause, car le commerce entre Etats membres peut également être affecté dans des cas où le marché en cause est national ou subnational* » (§22). « *Dans l'application de ce critère, il convient de considérer notamment la taille du marché en cause en termes de volume. Certaines régions ou même un port ou un aéroport situés dans un Etat membre peuvent, selon leur importance, constituer une partie substantielle du marché commun* » (§98).

Cette logique doit-elle être poussée au point de condamner des réglementations nationales ayant un effet purement interne ainsi que la discrimination à rebours ?

b- L'idéal d'unicité du marché bordé par le respect de la souveraineté des États membres

La discrimination à rebours correspond-t-elle à un principe contre nature ? A priori, la conformité de la discrimination à rebours avec le principe de libre circulation des marchandises peut s'expliquer par l'absence de lien entre une réglementation nationale et le commerce intra communautaire. Toutefois, le raisonnement de la Cour ne dissimule-t-il pas un sophisme ? Comment l'objectif de création d'un marché intégré peut-il à la fois orienter les décisions de la Cour lorsqu'il s'agit d'éliminer les obstacles aux échanges intracommunautaires et dans le même temps, être occulté lors de l'appréciation de réglementations ayant un effet purement national ? La notion de marché intégré présenterait donc plusieurs facettes. N'y a-t-il pas là une forme de déni de l'idéal visé d'un marché vraiment unique correspondant à un espace dans lequel circulent les marchandises quels que soient leurs lieux de production et où agissent les agents économiques et les consommateurs, indépendamment de leur nationalité et de leur situation géographique ?

La question du bien fondé de ces interrogations s'est posée à la suite de l'arrêt « Pistre »<sup>1474</sup> dans la mesure où l'on aurait pu y déceler l'amorce d'un changement de cap dans la jurisprudence de la Cour. L'affaire au principal concerne des poursuites engagées contre des ressortissants français pour avoir commercialisé des produits de charcuterie également français, sous un étiquetage faisant mention des dénominations « montagne » sur le territoire de l'hexagone, sans l'autorisation requise par la réglementation nationale. En effet, pour bénéficier de l'étiquetage « montagne », les matières premières et tous les stades de fabrication doivent conformément à la loi litigieuse provenir et être réalisées en France.

Pour le gouvernement français, les poursuites encourues ne relèvent pas des articles 30 et 36 du traité (article 34 et 36 TFUE), dans la mesure où il s'agirait de situations purement internes. En revanche, dans la lignée de la jurisprudence « Dassonville », la Cour considère qu'une telle mesure peut néanmoins avoir des effets sur la libre circulation des marchandises, notamment lorsqu'elle favorise la commercialisation des marchandises d'origine nationale au

---

<sup>1474</sup> Arrêt du 7 mai 1997, « Procédure pénale contre Jacques Pistre, Michèle Barthes, Yves Milhau, et Didier Oberti », affaires jointes C-321/94, C-322/94, C-323/94 et C-324/94, Recueil 1997, p. I-2343.



détriment des marchandises importées, alors même qu'elle serait en fait limitée aux seuls producteurs nationaux. Bien que cet arrêt semble marquer une avancée vers la reconnaissance d'un véritable marché unique dans la mesure où la Cour y reconnaît l'applicabilité des principes de libre circulation des marchandises dans une affaire impliquant des protagonistes et des marchandises d'un seul État membre, il faut admettre l'existence d'un élément d'extranéité en ce que les effets potentiels de la réglementation sur les échanges ne peuvent être niés.<sup>1475</sup> La Cour juge en effet que :

*« l'application de la mesure nationale peut également avoir des effets sur la libre circulation des marchandises d'origine nationale au détriment des marchandises importées. Dans de telles circonstances, l'application de la mesure, serait-elle limitée aux seuls producteurs nationaux, crée et maintient par elle-même une différence de traitement entre ces deux catégories de marchandises entravant, au moins potentiellement, le commerce intracommunautaire ».*<sup>1476</sup>

Autrement dit, dans la mesure où la réglementation litigieuse est susceptible d'être appliquée aux produits importés, celle-ci constitue une entrave aux échanges intracommunautaires. Le juge semble ainsi présumer que la réglementation en cause risque de décourager les producteurs français d'utiliser des ingrédients importés d'autres États membres.<sup>1477</sup> La motivation de la Cour de justice repose principalement sur le principe de libre accès des marchandises d'un État membre aux marchés des autres États membres et non sur celui de la liberté du commerce à l'intérieur des États membres.

Reste à envisager une situation purement nationale telle qu'elle est envisagée par la Cour dans l'arrêt d'interprétation « Guimont ». <sup>1478</sup> Est en cause dans l'affaire au principal, la réglementation française qui prohibe la fabrication et la commercialisation en France d'un fromage dépourvu de croûte sous la dénomination « Emmenthal ». M. Guimont est poursuivi pénalement, pour avoir vendu sous cette dénomination un fromage non conforme à la dite réglementation dont il conteste la conformité avec l'article 30 du traité (article 34 TFUE).

---

<sup>1475</sup> La Cour se distingue en cela de l'avocat général Jacobs selon lequel il n'y a pas lieu d'examiner la question au motif qu'elle concerne une situation purement interne.

<sup>1476</sup> Arrêt du 7 mai 1997, « Procédure pénale contre Jacques Pistre, Michèle Barthes, Yves Milhau, et Didier Oberti », affaires jointes C-321/94, C-322/94, C-323/94 et C-324/94, Rec. 1997, p. I-2343, point 45.

<sup>1477</sup> Voir en ce sens Cyrill Ritter, « Purely internal situations, reverse discrimination, Guimont, Dzodzi and article 2343 ». E.L. Rev. October, Sweet & Maxwell and contributors, p. 695.

<sup>1478</sup> CJCE, 5 décembre 2000, « Jean-Pierre Guimont », affaire C-448/98, Rec, p. I-10663.

Avant d'aborder de front cette question, la Cour s'interroge sur l'applicabilité de cette disposition dans une affaire purement interne. Selon le gouvernement français, la règle litigieuse ne serait pas constitutive d'une entrave, même indirecte ou potentielle, au commerce intracommunautaire, au motif que les faits à l'origine du renvoi préjudiciel sont exclusivement nationaux. En effet, le prévenu est de nationalité française tandis que le produit concerné est entièrement fabriqué sur le sol français.<sup>1479</sup>

La Cour relève la différence de situation avec celle en cause dans l'arrêt « Pistre » qui concernait une réglementation directement discriminatoire à l'encontre des produits importés,<sup>1480</sup> tandis que dans la présente affaire, la réglementation en cause est indistinctement applicable aux produits quelles que soient leurs origines. Elle précise que seules les situations présentant un lien de rattachement avec l'importation de marchandises dans le commerce intracommunautaire relèvent de l'article 30 du traité (article 34 TFUE). Pour autant, la CJCE n'exclut pas de répondre à la question préjudicielle dès lors que son interprétation présenterait un caractère utile pour le juge national. Il en serait ainsi dans l'hypothèse où la législation nationale imposerait de faire bénéficier au producteur national mis en cause, les droits qu'un producteur d'un autre État membre tirerait du droit communautaire.<sup>1481</sup> Autrement dit, la question préjudicielle serait utile au juge si le droit national interdisait la discrimination à rebours. Ainsi le droit communautaire visant en principe des situations transfrontalières, s'appliquerait par ricochet dans des contextes purement nationaux.<sup>1482</sup>

Le raisonnement de la Cour fondée sur une telle hypothèse peut surprendre. En effet, la Cour ne vérifie en rien la réalité de l'interdiction de la discrimination en rebours. N'aurait-il pas été plus cohérent d'exiger de la juridiction nationale qu'elle la démontrât, justifiant ainsi la recevabilité de sa question préjudicielle relative à une situation purement interne ?

Faut-il en déduire une volonté de la Cour de dire le droit dans la perspective de situations à venir ? A moins que le juge communautaire ne veuille faire pression sur ses homologues nationaux en vue de les encourager à condamner la discrimination à rebours.

---

<sup>1479</sup> *Ibid.*, point 18

<sup>1480</sup> *Ibid.*, point 20.

<sup>1481</sup> *Ibid.*, point 23.

<sup>1482</sup> Voir Cyrill Ritter, « Purely internal situations, reverse discrimination, Guimont, Dzodzi and article 2343 ». E.L. Rev. October, Sweet & Maxwell and contributors, p. 697.

On peut en effet s'interroger sur la cohérence d'un projet visant à la réalisation d'un marché unique dans lequel certains opérateurs économiques en seraient exclus en raison du caractère purement national de leur activité. Ainsi, dans l'optique de la jurisprudence communautaire, le marché unique autorise une combinaison contre nature constituée de vingt-huit situations purement internes et d'un seul marché supranational dans lequel s'applique le principe de libre circulation des marchandises.<sup>1483</sup>

Aussi illogique et imparfait qu'il soit au regard de l'idéal d'un marché unique, il semble toutefois que cet état de droit représente un mal nécessaire dans un contexte marqué par une réelle hétérogénéité de l'UE tant sur le plan économique que dans les domaines non marchands. Les conséquences d'une conception extrêmement large de la notion de MEERQ sont connues. Une possible dérive pourrait se concrétiser par une contestation systématique des réglementations nationales de la part des opérateurs économiques. Ajoutons à cela une autre conséquence relative au rôle de la Cour de Justice qui deviendrait l'arbitre des choix de politiques nationales lors de leur appréciation à l'aune de l'article 36 du traité ou des exigences impératives. Il serait incohérent de notre part de soutenir à la fois une thèse favorable à de telles dérives et dans le même temps, porter un regard critique sur la primauté de l'objectif d'intégration économique sur certaines valeurs non économiques.<sup>1484</sup>

Ainsi, la notion de marché unique doit être interprétée dans le sens d'un nécessaire compromis entre un certain idéal d'intégration, d'une part, et la nécessité de respecter la souveraineté des États membres dans leur sphère de compétence, d'autre part. Dans la même logique, l'intégration des économies nationales doit être tempérée par une interprétation du critère de l'accès au marché en harmonie avec un développement équilibré et durable.

c- Une interprétation souhaitable du critère de l'accès au marché en harmonie avec un développement équilibré et durable.

Nous avons longuement souligné dans la première partie de notre thèse le conflit entre les valeurs économiques et non économiques et les risques qu'une option favorable au « tout

---

<sup>1483</sup> Cyril Ritter s'étonne de cette situation : « *It is strange to realise that after 60 years of european integration we still do not have a « single » market. Instead, we have 25 « internal » markets plus a 26th, less regulated for those of us who can claim a link to EC law* ».

<sup>1484</sup> Nous avons affirmé en première partie de notre thèse, l'existence dans la jurisprudence de la Cour d'une hiérarchisation des valeurs opposables au principe de libre circulation des marchandises.

marché » fait peser sur les secondes. Il convient à ce stade de rappeler les termes de l'article 3 TUE selon lequel : « *L'Union a pour but de promouvoir la paix, ses valeurs et le bien être de ses peuples* ». Or l'intensification des échanges économiques intracommunautaires n'est pas en soi synonyme d'une amélioration de la qualité de vie des populations.<sup>1485</sup> Par conséquent, et dans la mesure où l'accès au marché deviendrait le critère premier d'identification des MEERQ quel que soit l'objet des réglementations nationales des États membres, il conviendrait, dès l'étape de la qualification de l'entrave aux échanges, d'intégrer le paramètre du bien-être des peuples correspondant à la finalité première du marché intérieur. Il s'agit de prendre en compte dès la phase initiale de l'analyse des réglementations nationales de la protection du consommateur, de la santé publique, de l'environnement. A cet égard, Catherine Prieto souligne l'importance des critères de la qualité, de la diversité et de l'innovation comme contrepoids à celui des prix bas dans la politique de la concurrence.<sup>1486</sup> Ces appréciations valent également au regard de la nécessité d'un développement durable. L'auteur précité souligne l'aberration des mouvements de marchandises inconsidérés.<sup>1487</sup> Les juges pourraient s'en inspirer lors de l'interprétation et de la mise en œuvre des articles 34 et suivants du TFUE.

Cette interprétation « raisonnée » du principe de libre circulation des marchandises est une condition pour réconcilier les citoyens européens avec les projets d'intégration économique et politique. Ainsi, c'est la nature même du développement économique auquel contribue l'interpénétration des économies nationales qui doit être repensée et faire l'objet d'un consensus.

## **Conclusion du paragraphe**

Nous avons constaté l'importance croissante du critère de l'accès au marché dans la jurisprudence de la Cour relative aux modalités de vente. Cependant, son rôle s'exerce à un niveau secondaire par rapport au critère de la discrimination. Nous pensons qu'il eut été judicieux pour la Cour de justice de s'adapter à l'évolution de notre environnement économique, social et technique, en choisissant d'en faire le critère central d'identification des

---

<sup>1485</sup> Prieto Catherine, « Entrave et accès au marché » in « L'entrave dans le droit du marché intérieur », sous la direction de Loïc Azoulai, Collection Droit de l'Union européenne, Bruylant 2011, p. 89.

<sup>1486</sup> Prieto Catherine, « Entrave et accès au marché » in « L'entrave dans le droit du marché intérieur », sous la direction de Loïc Azoulai, Collection Droit de l'Union européenne, Bruylant 2011, p.89.

<sup>1487</sup> Ibid, p. 89 : « *Que penser, par exemple, de veaux élevés sous la mère dans un Etat membre, abattus et découpés dans un deuxième Etat membre, transformés dans un troisième et consommés dans un quatrième ?* ».

MEERQ quel que soit l'objet des réglementations visées. Une jurisprudence relative aux règles d'utilisation des produits semble confirmer une évolution en ce sens dans la mesure où dans son appréciation des réglementations litigieuses, le juge s'appuie sur le seul comportement du consommateur au détriment du critère de la discrimination pour en apprécier les effets sur l'accès au marché.

Nous avons également souligné les avantages d'une véritable consécration du critère de l'accès au marché : Cohérence, lisibilité mais aussi la garantie d'une juste répartition des compétences entre l'UE et les États membres.

Toutefois, un tel progrès supposerait, selon nous, une perception particulière du critère de l'accès au marché qui, pour en être en phase avec l'intégration croissante du marché intérieur, devrait être redéfini dans la perspective d'un contexte d'intégration idéale lors de l'application des articles 34 et suivants du traité. Une telle évolution qui n'est pas étrangère à la jurisprudence de la Cour relative aux obstacles tarifaires aux échanges et au domaine de la concurrence, marquerait une rupture avec les analyses faites par la Cour lors dans sa jurisprudence relative aux modalités de vente.

Pour autant, cette logique pourrait respecter certaines limites inspirées du compromis nécessaire entre l'exigence d'un marché intégré et le respect des souverainetés nationales, par l'autorisation de la discrimination à rebours et la non application des principes de libre circulation des marchandises aux situations purement nationales.

Elle supposerait également de s'entendre sur le modèle économique de référence lors de l'application du critère de l'accès au marché au marché.

## **Conclusion de la section**

La complexité de la jurisprudence relative à l'interprétation de l'article 34 TFUE nous a conduit à en rechercher le sens pour ensuite imaginer un critère unifiant des MEERQ à l'importation. Dans cet exercice nous avons déroulé un fil d'Ariane depuis les arrêts fondateurs jusqu'aux récentes affaires sur les règles d'utilisation des produits. Ce parcours révèle au delà des apparences l'importance du critère de l'accès au marché, véritable ciment de l'édifice jurisprudentiel.

Face à l'intégration progressive du marché intérieur et à l'évolution de l'environnement économique et technique, nous avons imaginé une évolution favorable à la centralité du critère revisité de l'accès au marché quel que soit l'objet des réglementations nationales litigieuses. Dans cette logique, nous avons proposé une conception du marché fondée sur une logique d'intégration idéale bornée toutefois par l'exercice raisonnable des souverainetés nationales et une interprétation « éclairée » de l'accès au marché.

La logique à la base de notre réflexion nous conduit à nous interroger sur l'opportunité d'une évolution parallèle de la jurisprudence relative aux MEERQ à l'exportation, fondée sur une interprétation réconciliée des articles 34 et 35 du TFUE autour du critère de l'accès au marché.

## **Section 2- L'opportunité d'une interprétation réconciliée des articles 34 et 35 TFUE relatifs respectivement à l'interdiction des MEERQ à l'importation et des MEERQ à l'exportation**

Le constat de l'ambiguïté de la jurisprudence de la CJUE concerne également la définition des MEERQ à l'exportation, comme le révèle l'affaire « Gysbrecht » (*Section 1*). Il convient alors d'imaginer une évolution vers une nouvelle architecture juridique qui serait le gage d'une meilleure cohérence et synonyme de stabilité, à la faveur d'une harmonisation des interprétations des articles 34 et 35 du TFUE (*Section 2*).

### **I- L'affaire « Gysbrechts » révélatrice d'une jurisprudence tourmentée**

Résumons cette affaire que nous avons déjà longuement commentée. La société Santurel gérée par M. Gysbrecht est spécialisée dans la vente à distance de suppléments alimentaires. Ladite société et son gérant sont poursuivis pour violation de la loi belge sur la protection du consommateur. La Cour de justice est interrogée à titre préjudiciel afin de déterminer si l'article 29 (article 35 TFUE) s'oppose à une disposition nationale qui interdit au fournisseur d'exiger un acompte ou un paiement quelconque de la part du consommateur avant l'expiration du délai de rétractation. La question vise également à savoir si le traité s'oppose à l'interdiction faite aux fournisseurs d'exiger des consommateurs le numéro de leur carte

bancaire, alors même qu'ils s'engagent à ne pas l'utiliser avant l'expiration du délai de rétractation.<sup>1488</sup>

Après avoir rappelé la jurisprudence *Groenveld*, Elle constate qu'en l'occurrence, le caractère formellement non discriminatoire de la réglementation en cause ne saurait dissimuler une affectation matérielle plus importante des exportations par rapport au commerce purement national.<sup>1489</sup> Elle en conclut provisoirement que tant l'interdiction imposée au fournisseur dans une vente à distance d'exiger un acompte ou un paiement avant l'expiration du délai légal de rétractation, que celle d'exiger des clients leur numéro de carte bancaire, alors même qu'il s'engage à ne pas l'utiliser avant l'expiration dudit délai, constituent des MEERQ à l'exportation.<sup>1490</sup> Nous avons précédemment souligné la difficulté à tirer des conclusions définitive de cette affaire dans laquelle une réglementation litigieuse indistinctement applicable aux produits nationaux et aux produits exportés est assimilée à une MEERQ à l'exportation. En rupture avec sa jurisprudence classique, la Cour utilise le test de la discrimination de fait avec pour conséquence, une extension du spectre de l'article 35 TFUE aux situations de discrimination matérielle.

Les incertitudes générées par cette affaire sont le prétexte idéal pour engager une réflexion, entamée par l'avocat général Madame Verica Trstenjak et que nous proposons de prolonger.

Commençons par souligner le double désaveu dont l'avocat général est l'objet.

Le premier concerne l'application du test « *Groenveld* » qui semble donner lieu à deux interprétations conflictuelles selon qu'il s'agit de celle de la Cour ou de son avocat général.

Comme nous l'avons déjà signalé à propos de l'arrêt « *Gysbrechts* », l'interprétation de l'article 29 du TFUE par le juge communautaire n'apparaît pas de manière claire et franche. Après avoir rappelé la jurisprudence « *Groenveld* », selon laquelle la mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative doit avoir notamment pour objet ou pour effet de restreindre spécifiquement les courants d'exportation,<sup>1491</sup> la Cour constate que la

---

<sup>1488</sup> *Ibid*, point 39.

<sup>1489</sup> *Ibid*, points 43.

<sup>1490</sup> *Ibid*, points 44.

<sup>1491</sup> Affaire « *Gysbrechts* » (précitée) Point 40 : « ...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

réglementation belge, en ce qu'elle interdit au fournisseur dans une vente à distance d'exiger un acompte ou un paiement quelconque avant le délai de rétractation, de même que celle d'exiger du consommateur le numéro de leur carte de crédit avant le délai de rétractation, constitue une MEERQ à l'exportation, alors même qu'elle est indistinctement applicable à tous les produits, quelles que soient leurs destinations. Logiquement, la Cour s'interroge dans un second temps sur la justification éventuelle des mesures litigieuses sous l'angle de l'article 36 TFUE mais aussi des exigences impératives, ce qui n'est pas sans générer des interrogations. A cet égard, le juge marque sa différence avec les deux interprétations alternatives proposées par son avocat général.

Dans la première partie de son analyse, Madame Trstejak rappelle les trois conditions figurant dans la définition classique des MEERQ à l'exportation (« dite test Groenveld ») :

*« Premièrement, l'objet ou l'effet de la mesure est de restreindre spécifiquement les courants d'échange d'exportation. Deuxièmement, la mesure établit une différence de traitement entre le commerce intérieur d'un État membre et son commerce d'exportation. Troisièmement, de par cette mesure, un avantage particulier est assuré à la production nationale ou au marché intérieur de l'État intéressé, au détriment de la production ou du commerce d'autres États membres ».*<sup>1492</sup>

Or, ces conditions ne seraient en l'occurrence pas réunies. En effet, selon l'avocat général, les dispositions belges en cause sont générales, et par conséquent n'ont ni pour objet, ni pour effet de restreindre spécifiquement les courants d'exportation.<sup>1493</sup> Elles n'établissent pas davantage de différence de traitement, ni formellement ni matériellement entre le commerce en Belgique et à l'étranger. Enfin et conséquemment, elles n'assureraient pas un avantage particulier à la production nationale ou au marché intérieur belge au détriment de la production ou du commerce d'autres États membres.<sup>1494</sup> Partant, la réglementation litigieuse ne constitue pas une MEERQ qu'il conviendrait de justifier.<sup>1495</sup>

La divergence de la Cour avec son avocat général est profonde.

---

*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 ».*

<sup>1492</sup> Conclusions, point 33.

<sup>1493</sup> *Ibid*, point 35.

<sup>1494</sup> *Ibid*, points 35 à 40.

<sup>1495</sup> *Ibid*, points 34 à 40.



Dans la première partie de son raisonnement,<sup>1496</sup> la juridiction communautaire s'appuie sur la jurisprudence « Groenveld » pour conclure à la violation de l'article 29 du traité, en raison de la discrimination de fait qu'elle provoque à l'encontre des exportateurs. En phase avec la juridiction de renvoi, elle estime que l'interdiction imposée au fournisseur d'exiger des consommateurs un paiement anticipé ou la communication du numéro de leur carte de paiement, même s'il s'engage à ne pas l'utiliser avant le délai de rétractation, affecte davantage la sortie des produits du marché de l'État d'exportation qu'une vente nationale. Lors de transactions internationales, le risque de non paiement serait en effet aggravé par les difficultés accrues de recouvrement des créances.

Nous partageons ce point de vue. Ajoutons que le doute émis par l'Avocat général concernant la réalité des difficultés particulières à récupérer ses créances auprès de débiteurs résidant dans un autre État membre ne nous semble pas fondé. L'absence de données concrètes sur la question ne menace guère à notre avis l'exigence d'objectivité sur la question.<sup>1497</sup> L'argument fondé sur les exceptions à la compétence de principe des tribunaux de l'État membre sur lequel est domicilié le consommateur<sup>1498</sup> n'est guère plus convaincant, dans la mesure où ces exceptions requièrent la réunion de conditions particulières.<sup>1499</sup>

Notre conviction est confortée par la lecture du rapport Monti et tout particulièrement de la référence à la nécessité d'améliorer la protection des consommateurs qui sont de plus en plus fréquemment victimes d'abus de commerçants souvent situés dans d'autres États membres. Ledit rapport précise que 20% des litiges transfrontières représentent 20% des litiges collectifs et fait état de la difficulté de faire valoir ses droits par des recours traditionnels.<sup>1500</sup>

La divergence au sein de la juridiction communautaire entre le juge et son avocat général ne se manifeste pas uniquement par des approches singulières dans l'analyse, mais aussi par des

---

<sup>1496</sup> Affaire « Gysbrechts », points 38 à 44.

<sup>1497</sup> L'avocat général estime que « sans de quelconques données concrètes », il ne peut « déduire d'une simple conviction que la récupération des sommes est plus difficile et plus onéreuse seulement parce que le consommateur a sa résidence habituelle dans un autre Etat membre » ( Conclusions, point 37).

<sup>1498</sup> Article 16 du Règlement (CE) n°44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale JO L 12 , p. 1) : « L'action intentée par le consommateur contre l'autre partie au contrat ne peut être portée que devant les tribunaux de l'Etat membre sur le territoire duquel est domicilié le consommateur ».

<sup>1499</sup> Article 17 du règlement précité.

<sup>1500</sup> Rapport au Président de la Commission européenne José Manuel Barroso, présenté par M. Mario Monti le 9 mai 2010, p. 51.

conclusions opposées. On peut en effet concevoir que des raisonnements différents mènent à une conclusion commune. Toutefois, cette hypothèse n'est pas vérifiée dans le cas qui nous intéresse. En effet, au terme de la seconde phase de son raisonnement, la Cour aurait pu réhabiliter dans sa totalité la réglementation sur la base de l'article 36 ou d'une exigence impérative, parvenant ainsi à réconcilier le résultat final avec celui auquel conduit la thèse de Madame Trstenjak. Or sur le fond, la Cour ne justifie au nom de la protection du consommateur que l'interdiction d'exiger un paiement anticipé, non la communication du numéro de la carte de paiement. Pour la Cour, seule la première exigence serait proportionnée et appropriée pour atteindre l'objectif poursuivi.

Le désaveu de l'avocat général ne se limite pas à ce premier constat. En effet, la Cour de justice ne semble guère plus inspirée par la suggestion de son avocat général de reconsidérer sa jurisprudence relative à la définition des MEERQ à l'exportation afin, sinon de l'aligner, au moins de la rapprocher de celle relative aux MEERQ à l'importation.

Nous devons néanmoins avouer l'intérêt que nous portons à cette thèse, même si notre réflexion nous oriente vers une conclusion différente de celle que retient l'avocat général dans la présente affaire. En effet, face aux aléas suscités par l'arrêt « Gysbrechts », <sup>1501</sup> ne serait-il pas opportun dans un souci de cohérence, d'unifier clairement la jurisprudence de la Cour relative à la définition des obstacles non tarifaires à la libre circulation des marchandises ?

## **II- Une nouvelle architecture juridique facteur de cohérence et de stabilité grâce à la « réconciliation » des interprétations des articles 34 et 35 TFUE**

Une architecture juridique commune abritant la définition des MEERQ à l'importation, d'une part, et celle des MEERQ à l'exportation, d'autre part, serait le fruit logique (A) d'un système aux conséquences prévisibles (B). L'unité d'interprétation autour du critère de l'accès au marché marquerait ainsi la réconciliation des articles 34 et 35 du TFUE (C).

---

<sup>1501</sup> Selon une première interprétation de l'arrêt « Gysbrechts », la Cour aurait fait évoluer la définition des MEERQ à l'exportation avec pour conséquence une application de l'article 29 TFUE aux réglementations indistinctement applicables selon que les produits sont commercialisés sur le territoire national ou destinés à l'exportation. L'autre analyse permet de considérer que la réglementation en cause répond au « test Groenveld » avec pour conséquence, le constat d'un assouplissement des conditions d'application de la règle de raison en faveur des mesures discriminatoires.

## A- Une harmonisation logique des critères d'identification des MEERQ à l'importation et des MEERQ à l'exportation

Les arguments favorables à cette évolution sont multiples.<sup>1502</sup>

Premièrement, les articles 34 et 35 du TFUE visent le même objectif d'élimination des entraves aux courants d'échanges entre les États membres. Ce constat apparaît formellement dans les affaires « Schmidberger »<sup>1503</sup> et « Commission des Communautés européennes contre République d'Autriche ».<sup>1504</sup>

Dans la première affaire, la Cour est saisie à titre préjudiciel à la suite d'une contestation par une société de transport, d'une autorisation implicite accordée par les autorités autrichiennes à une association à finalité environnementale, d'organiser un rassemblement sur une autoroute avec pour conséquence le blocage prolongé de la circulation.<sup>1505</sup>

La seconde affaire est un arrêt rendu à la suite d'un recours en manquement contre l'Autriche dans lequel est en cause un règlement national interdisant l'accès à un tronçon autoroutier des camions d'un certain tonnage et transportant certaines marchandises, afin de lutter contre la pollution atmosphérique.<sup>1506</sup>

Dans les deux décisions, la Cour associe les articles 30 et 34 du traité CE dans la lignée de la jurisprudence « Dassonville » afin de définir les mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives. En d'autres termes, la juridiction communautaire constate l'existence d'une entrave à la libre circulation des marchandises, contraire aux deux articles précités qui tendent vers le même objectif, à savoir l'élimination de toutes entraves aux courants d'échanges dans le commerce intracommunautaire.<sup>1507</sup>

---

<sup>1502</sup> Voir les conclusions de l'Avocat général Mme Verica Trstenjak, point 44, dans l'arrêt du 16 décembre 2008, « Lodewijk Gysbrechts et Santurel Inter BVBA », affaire C-205/07, Rec. 2008, p. I-9947.

<sup>1503</sup> Arrêt du 12 juin 2003, « Schmidberger », affaire C-112/00, Rec. 2003, p. I-5659.

<sup>1504</sup> Arrêt du 15 novembre 2005, « Commission des Communautés européennes contre République d'Autriche », affaire C-320/03, Rec. 2005, p. 9871.

<sup>1505</sup> Arrêt du 12 juin 2003, « Schmidberger », affaire C-112/00, Rec. 2003, p. I-5659.

<sup>1506</sup> Arrêt du 15 novembre 2005, « Commission contre République d'Autriche », affaire C-320/03, Rec. 2005, p. 9871.

<sup>1507</sup> Arrêts du 12 juin 2003, « Schmidberger », affaire C-112/00, Rec. p. I-5659, point 56 ; du 15 novembre 2005, « Commission contre République d'Autriche », affaire C-320/03, Rec. 2005, p. 9871, point 67.

Deuxièmement, une interprétation dualiste des articles 34 et 35 pourtant semblables par la lettre, soulève la question de la cohérence et de la lisibilité de la jurisprudence de la Cour dans l'application du principe de libre circulation des marchandises. Le risque de confusion a été souligné par une certaine doctrine<sup>1508</sup> et par l'avocat général Capotorti.<sup>1509</sup> Une telle crainte n'est-elle pas en effet justifiée par la difficulté apparente des tribunaux nationaux à y voir clair ? Ainsi et comme exemple tiré de la jurisprudence française, dans l'affaire « Smanor » relatif à la production et à la vente de yaourt et de lait fermenté congelés, le Conseil d'État considère que la réglementation nationale litigieuse ne présente aucun lien avec les exportations et en conséquence ne contrevient nullement à l'interdiction émanant de l'article 34 CE (article 35 TFUE). Un alignement avec la jurisprudence de la CJCE aurait supposé de se fonder, conformément à l'arrêt « Groenveld » sur l'absence de traitement discriminatoire visant les courants d'échanges à l'exportation.

Troisièmement, l'argument favorable à la distinction entre les définitions des MEERQ à l'importation, d'une part, et des MEERQ à l'exportation, d'autre part, dans la mesure où les États membres sont logiquement enclins à encourager les exportations plutôt que de s'y opposer, n'est pas recevable dans des hypothèses où les États souhaitent protéger leur patrimoine culturel et artistique ou leur industrie.<sup>1510</sup>

Enfin, l'Avocat Général Mme Verica Trstenjak ajoute également deux autres arguments en faveur d'une évolution jurisprudentielle relative à la définition des MEERQ à l'exportation.<sup>1511</sup> Tout d'abord, dans l'hypothèse où une marchandise serait fabriquée dans un État membre, en vue d'une vente exclusive à l'exportation, il deviendrait impossible de comparer les effets d'une réglementation, selon que le produit est écoulé sur le marché national ou dans les autres États membres. Le cas échéant, les mesures nationales ne pourraient être assimilées à des MEERQ.<sup>1512</sup> Ensuite, l'Avocat général souligne l'incongruité de cette différenciation entre les réglementations, selon qu'elles visent la vente sur le territoire

---

<sup>1508</sup> Mattera Alfonso, « Le marché unique européen - ses règles, son fonctionnement », Editions Jupiter, Paris, 1990, p. 516.

<sup>1509</sup> Conclusions de l'Avocat général Capotorti dans du 14 juillet 1981, « Oebel », affaire 155/80, Rec. 1981, p. 1993.

<sup>1510</sup> Madame Claire Vial fait référence au fait que les États membres ont parfois la volonté de protéger leur industrie en édictant des réglementations fondées sur la préservation de l'environnement, (« Protection de l'environnement et libre circulation des marchandises, Collection droit de l'environnement, Bruylant 2000).

<sup>1511</sup> Conclusions de l'Avocat général Mme Verica Trstenjak dans l'arrêt du 16 décembre 2008, « Lodewijk Gysbrechts et Santurel Inter BVBA », affaire C-205/07, Rec. 2008, p.I-9947.

<sup>1512</sup> *Ibid.*, conclusions, point 43.

national ou l'exportation, dans la mesure où la Cour ne l'appliquerait pas / plus aux autres libertés fondamentales.<sup>1513</sup>

Une telle réconciliation des définitions des MEERQ à l'importation et des MEERQ à l'exportation serait possible au prix de conséquences dont les effets sont prévisibles.

#### B- Une harmonisation aux conséquences prévisibles

Une telle évolution signifierait une extension des jurisprudences « Dassonville », « Cassis de Dijon » et « Keck et Mithouard », aux mesures nationales relevant de l'article 35 du TFUE.

Ainsi, une application de la jurisprudence « Dassonville » ferait évoluer la définition des MEERQ à l'exportation dans le sens où celles-ci correspondraient à toute réglementation commerciale des États membres susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement le commerce intracommunautaire.

Les conséquences d'une définition aussi large des MEERQ à l'importation sont connues. Cependant, les leçons tirées de l'expérience permettent d'anticiper l'éventualité d'une exploitation abusive qu'elle pourrait engendrer, dès lors qu'elle serait étendue aux mesures à l'exportation. En effet, il est clair que toutes les réglementations nationales relatives aux conditions de production et de travail deviendraient potentiellement les cibles de contestation sur la base de l'article 35 TFUE. Les risques de dérives apparaissent ainsi de manière encore plus évidente, dans la mesure où le volume des ventes et donc des exportations ne peut être totalement déconnecté du cadre juridique dans lequel s'inscrit leur fabrication. L'exigence du lien de cause à effet entre les législations nationales relatives au travail et à la production, d'une part, et de la vente des marchandises ainsi fabriquées, d'autre part, pourrait être précisée par la Cour.

Deux voies peuvent ainsi être suggérées :

---

<sup>1513</sup> *Ibid.*, conclusions, point 48.

Voir à titre d'exemples l'arrêt du 10 mai 1995 « Alpine Investment contre Ministerie van Financiën », affaire C-384/93, Rec. 1995, p. I-1141.

La première consisterait à rapprocher plutôt qu'à unifier ou confondre les conditions d'application des articles 34 et 35 du TFUE.<sup>1514</sup> Selon cette approche, une nouvelle définition des MEERQ à l'exportation pourrait englober les réglementations restrictives non discriminatoires relatives aux produits ou à leur commercialisation. En conséquence, les Etats membres devraient alors justifier de telles mesures conformément au traité. En revanche, les réglementations relatives aux conditions de fabrication telles qu'imposées par le droit du travail ou le droit de l'environnement, resteraient soumises aux « test Groenveld » et à son exigence de discrimination.

La seconde s'inspire de la jurisprudence passée relative à l'article 34 du TFUE et qui permettrait d'exclure du champ de l'article 35 du TFUE les mesures ayant une influence trop aléatoire ou trop indirecte sur les courants d'exportation.<sup>1515</sup> Ainsi, la Cour pourrait restreindre, sans se renier, la portée de la jurisprudence « Dassonville » lorsque seraient mises en cause des mesures nationales au nom de prétendues entraves aux échanges intracommunautaires à l'importation comme à l'exportation.

Concernant les importations, l'affaire « Krantz »<sup>1516</sup> démontre la volonté de la Cour de marquer les limites d'une définition extensive des MEERQ, telle qu'elle apparaît dans sa jurisprudence « Dassonville ». Rappelons que la question préjudicielle vise en l'occurrence à apprécier la conformité avec les articles 30 et 36 du TCE (article 34 et 36 TFUE) de la législation hollandaise en ce qu'elle permet au receveur des impôts directs de saisir des biens qui se trouvent chez un contribuable, alors que ces biens proviennent d'un fournisseur établi dans un autre État membre. Les faits à l'origine du litige au principal opposent à l'administration hollandaise, une société allemande (requérante), dont les machines vendues à tempérament avec réserve de propriété à une société hollandaise, ont été saisies par l'administration fiscale. Après avoir souligné le caractère indistinctement applicable de la législation nationale dont l'objet est étranger à la réglementation des échanges intracommunautaires, la Cour constate également que l'effet d'entrave allégué est trop aléatoire et indirect pour relever de l'article 30 du traité (article 34 TFUE).<sup>1517</sup> Cette décision

---

<sup>1514</sup> Voir la référence de Peter Oliver à l'article de Roth « Wettbewerb der Mitgliedstaaten oder Wettbewerb der Hersteller ?- Plädoyer für eine Neubestimmung des Art. 34 EGV » in « Some further reflections on the scope of articles 28-30 (ex 30-36) EC », *Common Market Law Review* 36, 1999, p. 803.

<sup>1515</sup> Conclusions de l'Avocat général Mme Verica Trstenjak dans l'arrêt du 16 décembre 2008, « Lodewijk Gysbrechts et Santurel Inter BVBA », affaire C-205/07, Rec. 2008, points 54 et 56.

<sup>1516</sup> Arrêt du 7 mars 1990, « Krantz », affaire C-69/88, Rec. 1990 p. I -583. Voir également l'arrêt du 26 mai 2005, « Burmanjer », affaire C-20/03, Rec. p. I-4133, point 31.

<sup>1517</sup> Arrêt Krantz (précité), points 9 à 11.

s'inscrit dans un courant jurisprudentiel, dont le but est de préciser la portée de l'arrêt « Dassonville », visant notamment à décourager la multiplication des contestations abusives par les opérateurs économiques de réglementations non assimilables à des modalités de ventes.

Les mêmes réserves concernent la définition des MEERQ à l'exportation, telle qu'elle découle de l'arrêt « Groenveld ». Les questions préjudicielles à l'origine de l'affaire « ED Srl contre Italo Fenocchio »<sup>1518</sup> ont été posées dans le cadre d'un litige relatif à une injonction de payer engagée par une société italienne contre un débiteur résidant en Allemagne. En l'espèce, le recouvrement de la créance est compromis par les effets de la réglementation italienne, en ce qu'elle limite géographiquement l'usage de la procédure d'injonction de payer au territoire italien. Se référant à l'arrêt « Krantz », la Cour estime que la circonstance que les opérateurs commerciaux hésiteraient à vendre des marchandises à des clients établis dans d'autres États membres est « *trop aléatoire et indirecte pour être regardée comme étant de nature à entraver le commerce entre les États membres* ». <sup>1519</sup>

Cette unification des définitions des MEERQ à l'importation et à l'exportation dans la filiation de l'affaire « Dassonville » permettrait également d'étendre, au prix d'une légère adaptation, la jurisprudence « Keck et Mithouard » aux MEERQ à l'exportation. L'Avocat général Verica Trstenjak propose la formulation suivante :

*« N'entrave pas directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement, le commerce entre les États membres l'application à des produits qui sont exportés dans un autre État membre de dispositions nationales qui limitent ou interdisent certaines modalités de vente, pourvu que ces dispositions s'appliquent à tous les opérateurs concernés exerçant leur activité sur le territoire national et qu'elles affectent de la même manière, en droit comme en fait la commercialisation des produits nationaux et de ceux qui sont exportés dans un autre État membre. »*

Dans un souci de cohérence, la transposition de la jurisprudence « Keck et Mithouard » aux MEERQ à l'exportation devrait également respecter les limites fixées grâce à l'adoption du critère de l'accès au marché tel que nous l'avons initialement présenté.

---

<sup>1518</sup> Arrêt du 22 juin 1999, « ED Srl contre Italo Fenocchio », affaire C-412/97, Rec. 1999, p. I-3845.

<sup>1519</sup> *Ibid.*, point 11.

## C- L'unité jurisprudentielle autour du critère de l'accès au marché

Concernant plus particulièrement les exportations, ne peut-on pas considérer que l'accès au marché des autres États membres est un droit dont l'exercice risque d'être compromis par l'exigence d'une discrimination en vue de l'application de l'article 35 TFUE ? La doctrine remarque en effet que des réglementations relatives à la composition des produits, s'appliquant à des marchandises spécifiquement destinées aux marchés des autres États membres, s'ajoutent aux règles des pays de destination, ce qui entraîne une double contrainte. Une telle situation heurte le principe d'égalité des opérateurs économiques agissant sur un marché unifié.<sup>1520</sup>

Ne faudrait-il pas en conséquence appliquer l'article 35 TFUE aux réglementations relatives à la composition des produits ou aux modalités de vente, dès lors que l'accès au marché d'autres États membres est rendu plus difficile. Le cas échéant, il conviendrait naturellement, comme nous l'avons précisé dans le paragraphe précédent, d'exclure du champ d'application de l'article 35, les mesures dont l'effet sur le commerce intracommunautaire est trop aléatoire ou trop indirect. Il s'agit notamment des réglementations régissant les conditions de fabrication telles que des règles de droit du travail. On n'imagine pas en effet qu'elles puissent générer des coûts différents en fonction de la destination géographique des produits.<sup>1521</sup> Ces dernières réserves apportent une réponse aux inquiétudes manifestées par la doctrine quant au risque de multiplication des actions contre toutes sortes de réglementations et notamment à caractère social.<sup>1522</sup>

L'unité jurisprudentielle autour du critère de l'accès au marché permettrait également de légitimer le recours aux exigences impératives pour justifier des réglementations des États membres ayant un effet restrictif sur les courants d'exportation. Le régime actuel tel qu'il découle de l'interprétation classique de la Cour de justice, a parfois été qualifié d'illogique et de regrettable. Ajoutons au crédit des partisans d'une évolution de la jurisprudence relative à

---

<sup>1520</sup> Roth and Oliver, "The internal Market and the four freedoms", CML Rev. 2004, p. 420.

<sup>1521</sup> Voir Paul Demaret, « Mondialisation et accès aux marchés - L'accès au marché des services réglementés : la libéralisation du commerce des services dans le cadre du Traité CE », Revue internationale de droit économique, T. XVI, 2002./2-3, p.270.

Voir également Roth and Oliver, "The internal Market and the four freedoms", CML Rev. 2004, p. 421.

<sup>1522</sup> Anne-Lise Sibony, Alexandre Defosse, « Marché intérieur (marchandises, capitaux, établissement, services)- RTDE, (1<sup>er</sup> septembre 2008 – 31 décembre 2009), p. 137.



l'article 35 TFUE, le constat d'une mauvaise application de la jurisprudence « Groenveld » par les juridictions nationales.<sup>1523</sup>

La nouvelle définition des MEERQ à l'exportation telle qu'elle transparaît dans l'affaire « Gysbrecht » nous semble, à tous ces égards prometteuse, même si la portée qu'il convient de lui donner demeure incertaine. Il apparaît en effet que la motivation ultime de la Cour pour conclure à l'existence d'une MEERQ (avant d'apprécier les possibilités éventuelles de justification) réside dans le constat d'une affectation plus grave de la sortie des produits du marché de l'Etat membre d'exportation.<sup>1524</sup> Plutôt qu'une confirmation du critère de la discrimination retenu par la Cour dans l'arrêt « Groenveld », la nouvelle formulation devrait idéalement refléter une évolution vers la reconnaissance de l'accès au marché comme critère premier dans la définition des MEERQ à l'exportation. Une telle évolution serait en phase avec celle du marché lui-même et notamment les nouvelles techniques de marketing et de vente utilisées par les opérateurs économiques. La Cour s'appuie en effet sur l'argument selon lequel, « *une telle interdiction a généralement des conséquences plus importantes dans les ventes transfrontalières faites directement aux consommateurs, en particulier, dans celles effectuées au moyen de l'Internet...* ».

Au terme de cette évolution, le temps n'est-il pas venu d'unifier clairement les définitions des MEERQ à l'importation et à l'exportation autour du critère de l'accès au marché ?

## **Conclusion de la section**

Le débat doctrinal suscité par la jurisprudence « Gysbrecht » et les positions contradictoires constatées au sein même de la juridiction communautaire entre le juge et son avocat général attestent de l'urgence d'une clarification. Notre propos vise à démontrer l'opportunité de réconcilier les interprétations divergentes des articles 34 et 35 du TFUE. Les arguments favorables à une telle évolution sont multiples : similitude des objectifs visés par les deux dispositions du traité, lisibilité de la jurisprudence, efficacité du droit communautaire.

---

<sup>1523</sup> Malcolm Jarvis, « The application of EC Law by National Courts – The Free Movement of Goods » (ouvrage précité), p. 443.

<sup>1524</sup> Arrêt « Gysbrechts », point 43.

La faisabilité d'une extension partielle ou totale aux MEERQ à l'exportation des principes tirés de la jurisprudence applicable aux mesures éponymes à l'importation ne peut être contestée. La Cour pourrait en effet tirer profit de sa longue expérience pour parer à l'éventualité d'une exploitation abusive d'une large définition des MEERQ à l'exportation. Une première option consisterait en un rapprochement des conditions d'application des articles 34 et 35 du TFUE. Dans cette perspective, les réglementations restrictives non discriminatoires relatives aux produits ou à leur commercialisation constitueraient des MEERQ à l'exportation sous réserve d'une justification fondée sur l'article 36 du traité ou sur une exigence impérative, tandis que les mesures relatives aux conditions de fabrication resteraient soumises à la jurisprudence « Groenveld ». Une seconde option consisterait à situer les mesures ayant une influence trop aléatoire ou trop indirecte sur les courants d'exportation en dehors du domaine d'application de l'article 35 du TFUE.

Malgré l'intérêt que présenterait une telle orientation, nous sommes encore plus favorable à une évolution vers la reconnaissance de l'accès au marché comme critère principal dans la définition des MEERQ à l'exportation. L'unité jurisprudentielle relative aux MEERQ serait ainsi réalisée avec toutes ses vertus de cohérence sans perdre de son efficacité dans la lutte contre les obstacles injustifiés au commerce intracommunautaire.

## **Conclusion du chapitre**

Nous proposons dans ce second chapitre une rupture avec la jurisprudence de la Cour de justice relative à aux interprétations et applications des articles 34 et 35 du traité. Elle consisterait à sélectionner un critère commun visant à définir les MEERQ à l'importation et à l'exportation. Concernant l'identification des premières, le choix du critère de l'accès au marché correspondrait à une certaine continuité avec la jurisprudence antérieure. Néanmoins, la nouveauté consisterait, premièrement, à lui accorder la priorité quel que soit l'objet de la réglementation nationale mise en cause, et deuxièmement, à définir le marché dans une version réactualisée en phase avec l'évolution des méthodes commerciales et conforme à l'idéal d'intégration visé par les traités. Cette approche que nous jugeons vertueuse devrait également concerner le secteur des MEERQ à l'exportation dans le sens d'une réconciliation des interprétations des articles 34 et 35 du TFUE.

## Conclusion du titre

La complexité de la jurisprudence de la Cour relative à l'interprétation des articles 34 et 35 du traité est source d'insécurité juridique pour les États membres de l'UE et les opérateurs économiques. Le premier chapitre vise à expliquer et à réhabiliter un bilan controversé des positions de la Cour sur le sujet, au prix d'une grille de lecture non conventionnelle des affaires concernées.

Toutefois, cet exercice ne justifie en rien l'économie d'une réflexion sur des solutions contribuant à clarifier et stabiliser la jurisprudence relative notamment à la définition des MEERQ à l'importation et à l'exportation et dont nous proposons l'unification de leur identification principalement par le choix du critère commun mais revisité de l'accès au marché.

## Conclusion générale

L'observation parallèle de la jurisprudence de la Cour, d'une part, et de l'évolution du droit communautaire primaire et dérivé, d'autre part, révèle un changement d'époque.

En effet, l'intégration des marchés nationaux a longtemps constitué une priorité politique<sup>1525</sup> que traduit la jurisprudence de la Cour de justice. Celle-ci s'est attelée à la tâche avec une forte conviction, alors que rien ne présageait l'orientation qu'elle allait privilégier. La reconnaissance du principe de reconnaissance mutuelle, l'interprétation restrictive du régime d'exception et la vulnérabilité des États membres ont démontré l'efficacité de l'action du juge et révélé le potentiel d'influence qu'il exerce sur la législation communautaire. Toutefois, les succès de l'intégration économique auxquels la Cour a ainsi largement contribué ne doivent pas dissimuler l'impopularité croissante du marché intérieur auprès des citoyens et des dirigeants en ces temps de crises politique et économique.<sup>1526</sup>

La Cour de justice n'occulte point cette évolution. En phase avec l'esprit du traité, une sensibilité particulière à certaines valeurs non économiques transparait progressivement, tant

---

<sup>1525</sup> Dans sa lettre au professeur Monti, le 20 octobre 2009, José Manuel Barroso, président de la Commission européenne, l'invite à établir un rapport contribuant à « relancer le marché unique ». afin d' « insuffler à ce grand projet européen un nouvel élan politique ».

<sup>1526</sup> Rapport au Président de la Commission européenne José Manuel Barroso, présenté par M. Mario Monti le 9 mai 2010, p. 26 et 27.

dans ses interprétations du droit primaire et du droit dérivé, que dans les arbitrages qu'elle doit effectuer lorsque la réglementation nationale d'un État membre est mise en cause. Nous avons observé la prudence toute particulière que le juge manifeste dans le domaine sanitaire, notamment au nom du principe de précaution. A cet égard, une certaine doctrine évoque la reconnaissance par la Cour, d'un « *droit des États membres à la différence* ». <sup>1527</sup> Toutefois, nous avons émis des critiques concernant la tendance qu'elle manifeste parfois dans ses analyses, à standardiser le comportement, la vigilance ou encore les compétences de certains acteurs économiques.

Cette évolution des orientations jurisprudentielles en faveur de la protection des valeurs non économiques, a eu pour corollaire une relative instabilité et un certain degré de confusion dans l'analyse et notamment de celle visant à définir les MEERQ à l'importation et à l'exportation. Si le pragmatisme l'emporte parfois sur l'orthodoxie, nous avons tenté, au delà des explications fournies par la Cour elle-même, d'apporter un autre éclairage permettant d'expliquer les diversions observées.

Nous avons poursuivi notre réflexion, dans l'optique d'une définition unitaire et stable des MEERQ, fondée sur le critère de l'accès au marché, correspondant à une adaptation de la jurisprudence aux sciences et techniques du commerce.

En effet, l'évolution de la jurisprudence accompagne et s'adapte à l'évolution de l'économie et aux transformations du marché. A cet égard, il nous semble toutefois que la Cour devrait prendre davantage en compte le degré de maturité auquel est parvenu le marché intérieur après plus d'un demi-siècle de fonctionnement. Pour autant, et dans le but de combattre toute forme de protectionnisme, il ne s'agit pas de remplacer le critère de l'entrave par celui de la discrimination privilégié par la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis. En effet, l'histoire et les modèles d'intégrations diffèrent fondamentalement de part et d'autre de l'Atlantique. Le nationalisme économique est logiquement plus tenace sur le vieux continent, comme le révèlent les propos du gouvernement français qui ont servi d'introduction à notre thèse. Il s'agit donc pour l'UE d'identifier les MEERQ par un critère suffisamment large pour réaliser les objectifs fixés par le traité, mais sans pour autant ignorer le long chemin parcouru.

---

<sup>1527</sup> Anne-Lise Sibony, Alexandre Defossez, « Marché intérieur (Libre circulation des marchandises, des services, des capitaux et liberté d'établissement), (Janvier 2010 – Juillet 2010), p. 637.

C'est pourquoi nous considérons qu'il conviendrait de privilégier le critère de l'accès au marché au détriment de toute considération fondée sur l'objet de la réglementation.

Dans une démarche plus subversive, nous avons dénoncé l'interprétation contestable de la notion de discrimination lors de l'application du critère de l'accès au marché d'un Etat membre. Dans la même logique, nous avons souligné la contradiction entre l'idéal d'un marché intégré et l'acceptation de la discrimination à rebours tout en reconnaissant qu'il s'agit d'un mal nécessaire.

Pour autant, il serait essentiel d'éviter les risques qu'une application aveugle du critère de l'accès au marché pourrait générer. Afin d'éliminer ces effets pervers et de répondre aux objectifs inscrits dans l'article 3 TFUE, il conviendrait d'interpréter et d'appliquer le critère de l'accès au marché à l'aune des objectifs de bien être et de prospérité des peuples européens, dès le stade de la qualification de l'entrave aux échanges.

Mais allons plus loin encore vers une logique d'intégration.

Un véritable marché intérieur ne signifie-t-il pas également une évolution du rôle dévolu aux institutions de l'Union et tout particulièrement à son organe juridictionnel ? Osons dire qu'après une étape intermédiaire illustrée par le recours préjudiciel en interprétation et en appréciation de validité ayant, il est vrai, largement contribué au fonctionnement et à l'efficacité du marché intérieur, une nouvelle étape consisterait à placer la CJUE au sommet d'un système judiciaire plus accessible aux justiciables. Après plus de 50 ans d'existence et la « communautarisation » croissante du droit applicable dans les Etats membres, notamment dans le secteur premier de la libre circulation des marchandises, l'heure n'est-elle pas venue de franchir le pas vers un système judiciaire reflétant la réalité d'un véritable marché intérieur ?

## TABLE DE LA JURISPRUDENCE CITEE

CJCE, 19 décembre 1961, « Commission des Communautés européennes contre République italienne », affaire 7/61, Rec. 1961, p. 635.

CJCE, 14 décembre 1962, « Commission des Communautés européennes contre Grand Duché du Luxembourg et Royaume de Belgique », affaires jointes 2/62 et 3/62, Rec. 1962, p. 813.

CJCE, 5 février 1963, « Van Gend & Loos », affaire 26/62, Rec. 1963, p. 3.

CJCE, 27 mars 1963, « Da Costa contre Nederlandse Belastingadministratie », affaires jointes 28 à 30/62, Rec. 1963, p. 61.

CJCE, 15 juillet 1964, « Costat contre E.N.E.L. », affaire 6/64, Rec. 1964, p. 1141.

CJCE 13 juillet 1966, « Etablissements Consten et Grundig contre Commission de la Communauté économique européenne », affaires jointes 56 et 58-64, Rec. 1966, p. 429.

CJCE, 10 décembre 1968, « Commission des Communautés européennes des Communautés européennes contre République italienne », affaire 7/68, Rec. 1968, p. 617.

CJCE, 1 juillet 1969, « Fonds des diamantaires », affaire 2/69, Rec. 1969, p. 211.

CJCE, 17 décembre 1970, « Internationale Handelsgesellschaft mbH », affaire 11/70, Rec. 1970, p. 1125.

CJCE, 8 juin 1971, « Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH contre Metro-SB-Gronsmärkte GmbH & Co. KG », affaires 68/70, Rec. 1971, p. 487.

CJCE, 15 décembre 1971, affaire « International Fruit Company », affaires 51 à 54/71, Rec. 1971, p. 1107.

CJCE, 17 octobre 1972, « Vereeniging Van Cementhandelaren », affaire 8/72, Rec. 1972, p. 23.

CJCE, 12 juillet 1973, « Geddo contre ente Nazonale risi », affaire 2/73, Rec. 1973, p. 865.

CJCE, 3 juillet 1974, « Van Zuylen frères contre Hag AG », affaire 192/73, Rec. 1974, p. 731.

CJCE, 11 juillet 1974, « Procureur du roi contre Dassonville », affaire 8/74, Rec. 1974, p. 837.

CJCE, 31 octobre 1974, « Centrafarm BV et Adrinaan de Peijper contre Sterling Drug Inc. », affaire 15/74, Rec. 1974, p. 1147.

CJCE, 20 février 1975, « Commission des Communautés européennes contre République Fédérale d'Allemagne », affaire 12/74, Rec. 1975, p. 181.

CJCE, 30 février 1975, « Commission des Communautés européennes contre République fédérale d'Allemagne », affaire 12/74, Rec. 1975.

CJCE, 20 mai 1976 « Adrian de Peijper, directeur de la société Centrafarm BV », affaire 104/75, Rec. 1976, p. 613.

CJCE 15 décembre 1976, « Simmenthal Spa contre Ministero delle finanze », affaire 35/76, Rec. 1976, p. 1871.

CJCE, 25 janvier 1977, « W.J.G. Bauhuis contre Etat Néerlandais », affaire 46/76, Rec. 1977, p. 5.

CJCE, 16 février 1977, « Schöttle », affaire 20/76, Rec. 1977, p. 247.

CJCE, 22 mars 1977, « Ianelli contre Meroni », affaire 74/76, Rec. 1977, p. 557

CJCE, 5 octobre 1977, « Carlo Tedeschi contre Denkavit Commerciale Srl », Rec. 1977, p. 1555.

CJCE, 23 mai 1978, « Hoffmann-La Roche & Co. AG contre Centrafarm Vertriebsgesellschaft Pharmazeutischer Erzeugnisse mbH », affaire 102/77, Rec. 1978, p. 1139.

CJCE, 24 juillet 1978, « Van Tiggele », affaire 82/77, Rec. 1978, p. 25.

CJCE, 12 octobre 1978, « Joh. Eggers Sohn & Co. Contre Freie Hansestadt Bremen », affaire 13/78, Rec. 1978, p. 1935.

CJCE, 29 novembre 1978, « Pigs Marketing Board contre Raymond Redmond », affaire 83/78, Rec. 1978, p. 2347.

CJCE, 20 février 1979, « Rewe contre Bundesmonopolverwaltung für Branntwein », affaire 120/78, Rec. 1979, p. 649.

CJCE, 5 avril 1979, « Ministère public contre Tullio Ratti », affaire 148/78, Rec. 1979, p. 1629.

CJCE, 12 juillet 1979, « Commission des Communautés européennes contre République fédérale d'Allemagne », affaire 153/78, Rec. 1979, p. 2555.

CJCE, 25 septembre 1979, « Commission des Communautés européennes contre République française », affaire 232/78, Rec. 1979, p. 2729.

CJCE, 8 novembre 1979, « P.B. Groenveld BV contre Produktschap voor Bee en Vlees », affaire 15/79, Rec. 1979, p. 3409.

CJCE, 8 novembre 1979, « Firma Denkavit Futtermittel GmbH contre den Minister für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten des Landes Nordrhein-Westfalen », affaire 251/78, Rec. 1979, p. 3369.

CJCE, 14 décembre 1979, « Hen and Darby », affaire 34/79, Rec. 1979, p. 3795.

CJCE, 27 février 1980, « Hans Just », Affaire 68/79, Rec. 1980, p. 501.

CJCE, 27 février 1980, « Commission des Communautés européennes contre Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord », affaire 170/78, Rec. 1980, p. 417.

CJCE, 16 décembre 1980, « Procédure pénale contre Anton Adriaan Fietje », affaire 27/80, Rec. 1980, p. 3839.

CJCE, du 20 janvier 1981, « Musik-Vertrieb contre GEMA », affaire 55/80, Rec. 1981, p. 147.

CJCE, 5 février 1981, « Officier van justitie contre Koninklijke Kaasfabriek Eyssen BV », affaire 50/80, Rec. 1981, p. 385.

CJCE, 19 février 1981, « Procédure pénale contre Fabriek voor Hoogwaardige Voedingsprodukten Kelderman BV », affaire 130/80, Rec. 1981, p. 527.

CJCE, 17 juin 1981, « Commission des Communautés européennes contre République d'Irlande », affaire 113/80, Rec. 1981, p. 1625.

Arrêt du 14 juillet 1981, « Oebel », affaire 155/80, Rec. 1981, p. 1993.

CJCE, 14 juillet 1981, « Merck & Co.Inc. contre Stephar BV et Petrus Stephanus Exler », affaire 187/80, Rec. 1981, p. 2063.



CJCE, 9 décembre 1981, « Commission des Communautés Européennes contre République Italienne », affaire 193/80, Rec.1981, p. 3019.

CJCE, du 16 décembre 1981, « Foglia », affaire 244/80, Rec. 1981, p. 3045.

CJCE, 17 décembre 1981, « Biologische Producten », affaire 272/80, Rec. 1981, p. 3277.

CJCE, 31 mars 1982, « Blesgen », affaire 75/81, Rec. 1982, p. 1211.

CJCE, 5 mai 1982, « « Gaston Schul Expéditeur BV contre Inspecteur des droits d'importation et des accises de Roosendaal », », affaire 15/81, Rec. 1982, p. 1409.

CJCE, 9 juin 1982, « Commission des Communautés européennes contre Italie », affaire C-95/81, Rec. 1982, p. 2187.

CJCE, 5 juillet 1982, « Commission des Communautés européennes contre Royaume-Uni », affaire 40/82, Rec. 1982, p. 2793.

CJCE, 6 octobre 1982, « CILFIT contre Italian Ministry of Health », affaire C-283/81, Rec. 1982, p. 3415.

CJCE 26 octobre 1982, « Einberger contre Hauptzollamt Freiburg », affaire 240/81, Rec. 1982, p. 3699.

CJCE 26 octobre 1982, « Wolf contre Hauptzollamt Düsseldorf », affaire 221/81, Rec. 1982, p. 3681.

CJCE, 10 novembre 1982, « Walter Rau Lebensmittelwerke contre De Smedt PVBA », affaire 261/81, Rec. 1982, p. 3961.

CJCE 24 novembre 1982, « Commission des Communautés européennes contre Irlande », affaire 249/81, Rec. 1982, p. 4005.

CJCE, 15 décembre 1982, « Oosthoek », affaire 286/81, Rec. 1982, p. 4575.

CJCE, 3 février 1983, « Robards », affaire 149/82, Rec 1983, p. 171.

CJCE, 8 février 1983, « Commission des Communautés européennes contre Royaume-Uni », affaire 124/81, Rec. 1983, p. 203.

CJCE, 10 mars 1983, « fabricants raffineurs d'huile de graissage / Inter-huiles », affaire 172/82, Rec. 1983, p. 555.

CJCE, 20 avril 1983, « Schutzverband gegen unwesen in der Wirtschaft contre Weinvertriebs-GmbH », Rec. 1983, p. 1917.

CJCE, 12 juillet 1983, « Commission des Communautés européennes contre Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord », affaire 170/78, Rec. 1983 p. 2265.

CJCE, 14 juillet 1983, « Procédure pénale contre Sandoz BV », affaire 174/82, Rec. 1983, p. 2445.

CJCE, 30 novembre 1983, « Procédure pénale contre Leendert van Bennekom », affaire 227/82, Rec. 1983, p. 3883.

CJCE, 13 décembre 1983, « Apple and Pear Development Council contre K.J. Lewis Ltd et autres », Rec. 1983, p. 4083.

CJCE, 9 février 1984, « Huiles usagées », affaire 295/82, Rec. 1984, p. 575.

CJCE, 28 février 1984, « Einberger », affaire 294/82, Rec. 1984 p. 1177.

CJCE, 3 mars 1984, « Prantl », affaire 16/83, Rec. 1984, p. 1299.

CJCE 13 mars 1984, « Procédure pénale contre Karl Prantl », affaire 16/83, Rec. 1984, p. 1299.

CJCE, 5 avril 1984, « Procédure pénale contre Van de Haar et Daveka », affaires jointes 177 et 178/82, Rec. 1984, p. 1797.

CJCE, 17 mai 1984, « Denkabrit Nederland », affaire 15/83, Rec. 1984, p. 2171.

CJCE, 6 juin 1984, « Procédure pénale contre CMC Melkunie BV », affaire 97/83, Rec. 1984, p. 2367.

CJCE, 10 juillet 1984, « Campus Oil », affaire 72/83, Rec. 1984, p. 2727.

CJCE, 11 juillet 1984, « Commission des Communautés européennes contre Italie », affaire 51/83, Rec. 1984. p. 2793.

CJCE, 19 septembre 1984, « Procédure pénale contre Albert Heijn BV », Affaire 94/83, Rec. 1984, p. 3263.

Arrêt du 6 novembre 1984, « Th. Kohl KG contre Ringelhan & Rennett SA et Ringelhan Einrichtungs GmbH », affaire 177/83, Rec. 1984, p. 3651.

CJCE, 10 janvier 1985, « Association des Centres distributeurs Leclerc et Thouars Distribution », affaire 229/83, Rec. 1985, p. 1.

Arrêt du 29 janvier 1985, « Cullet contre Leclerc », affaire 231/83, Rec. 1985, P. 305.

CJCE, 7 février 1985, « Procureur de la République contre Association de défense des brûleurs d'huiles usagées », affaire 240/83, Rec. 1985, p. 531.

CJCE, 27 mars 1985, « Denkvit Futtermittel contre Land Nordrhein-Westfalen » affaire 73/84, Rec. 1985, p. 1013.

CJCE, 14 mai 1985, « Fédération nationale des producteurs de vins de table et vin de pays », affaire 89/84, Rec. 1985, p. 1385.

CJCE, 9 juillet 1985, « Pharmon BV contre Hoechst AG », affaire 19/84, Rec. 1985, p. 2281.

CJCE, 11 juillet 1985, « Cinéthèque », affaires 60 et 61/84, Rec. 1985, p. 2605.

CJCE, 26 novembre 1985, « Procédure pénale contre Miro BV », affaire 182/84, Rec. 1985, p. 3731.

CJCE, 10 décembre 1985, « Procédure pénale contre Léon Motte », affaire 247/84, Rec. 1985, p. 3887.

CJCE, 13 mars 1986, « Ministère public contre Albert Mirepox », affaire 54/85, Rec. 1986, p. 1067.

CJCE, 6 mai 1986, « Ministère public contre Claude Muller et autres », affaire 304/84, Rec. 1986, p. 1511.

CJCE, 23 octobre 1986, « Driancourt contre Cognet », affaire 355/85, Rec. 1986, p. 3231.

CJCE, 5 décembre 1986, « Merck contre Primecrown et Beecham contre Europharm », affaire 267/85, Rec. 1986, p. I-6285.

CJCE, 18 février 1987, « Ministère public contre Arthur Mathot », affaire 98/86, Rec. 1987, p. 809

CJCE, 12 mars 1987, « Commission des Communautés européennes contre République Hellénique », affaire 176/84, Rec. p. 1193.

CJCE, 6 octobre 1987, « Openbaar Ministerie / Nedvodersfabrick Nederland », affaire 118/86, Rec. 1987, p. 3883.

CJCE, 15 octobre 1987, « UNECTEF contre Heylens », affaire 222/86, Rec. 1987, p.4097.

CJCE, 11 février 1988, « The Queen contre H.M. Commissioners of Customs and Excise, ex parte: the National Dried Fruit Trade Association », affaire 77/86, Rec. 1988, p. 757.

CJCE, 23 février 1988, « Commission des Communautés européennes contre République française », affaire 216/84, Rec. 1988, p. 793.

CJCE, 3 mars 1988, « Bergandi », affaire 252/86, Rec. 1988, p. 1343.

CJCE, 5 juillet 1988, affaire « Vereniging Happy Family Rustenburgerstraat », affaire 289/86, Rec. 1988, p. 3655.

CJCE, 14 juillet 1988, « 3 Glocken et Kritzinger contre USL Centro–Sud et Provincia autonoma de Bolzano », affaire 407/85, Rec. 1988, p. 4233.

CJCE, 14 juillet 1988, « Procédure pénale contre Zoni », affaire 90/86, Rec. 1988, p. 4285.

CJCE, 14 juillet 1988, « Procédure de redressement judiciaire contre Smanor SA », affaire 298/87, Rec. 1988, p. 4489.

CJCE, 20 septembre 1988, « Commission des Communautés européennes contre Royaume du Danemark », affaire 302/86, Rec. 1988, p. 4607.

CJCE, 22 septembre 1988, « Ministère public contre Gérard Deserbais », affaire 286/86, Rec. 1988, p. 4907.

CJCE, du 5 octobre 1988, « Volvo », affaire 238/87, Rec. 1988, p. 6211.

CJCE, 2 février 1989, « Commission des Communautés européennes contre République fédérale d'Allemagne », affaire 274/87, Rec. 1989, p. 229.

CJCE, 7 mars 1989, « Heinz Schumacher contre Hauptzollamt Frankfurt am Main-Ost », affaire 215/87, Rec. 1989, p. 617.

CJCE 25 avril 1989, « Commission des Communautés européennes contre République italienne », affaire 141/87, Rec. 1989, p. 943.

CJCE, 11 mai 1989, « Procédure pénale contre Wurmser e.a. », affaire 25/88, Rec. 1989, p. 1105.

CJCE, 16 mai 1989, « Buet e a contre Ministère public », Rec. 1989 p. 1235.

CJCE, 18 mai 1989, « The Queen contre Royal Pharmaceutical Society of Great Britain », affaires 266 et 267/87, Rec. 1989, p. 1295.

CJCE, 18 mai 1989, « The Queen contre Royal Pharmaceutical society of Great Britain, ex parte Association of Pharmaceutical importers », affaires jointes 266 et 267/87, Rec. 1989, p. 1295.

CJCE, 7 novembre 1989, « Procédure pénale contre H. F. M. Nijman », affaire 125/88, Rec. 1989, p. 3533.

CJCE, 23 novembre 1989, « Torfaen Borough Council contre B & Q plc », affaire C-145/88, Rec. 1989, p. 3851.

CJCE, 13 décembre 1989, « Corsica Ferries France contre Direction générale des douanes françaises », affaire C-49/89, Rec. 1989, p. 4441.

CJCE, 20 mars 1990, « Du Pont de Nemours Italiana », affaire C-2188, Rec. 1990, p. I-889.

CJCE, 5 juillet 1990, « Commission des Communautés européennes contre Belgique », affaire C-304/88, Rec. 1990, p. I-2801.

CJCE, 11 juillet 1990, « Quietlynn », affaire C-23/89, Rec. 1990, p. I-3059.

CJCE, 16 juillet 1990, « Commission des Communautés européennes contre République hellénique », affaire 293/89, Rec. 1992, p. I-4577.

CJCE, du 8 octobre 1990, « Dzodzi contre Etat belge », affaire C-297/88 et C-197/89, Rec. 1990, p.I-3763.

CJCE, 11 octobre 1990, « Commission des Communautés européennes contre République italienne », C-210/89, Rec. 1990, p. I-3697.

CJCE, 11 octobre 1990, « Procédure pénale contre Nespoli et Crippa », affaire C-196/89, Rec. 1990, p.I-3647.

CJCE, 17 octobre 1990, « SA CNL-SUCAL NV contre HAG GF AG » affaire C-10/89, Rec. p. 1990, p. I-3711.

CJCE, 8 novembre 1990, « Gmurzynska-Bscher contre OberfinanzdirektionKöln », affaire C-231/89, Rec. 1990, p. I-4003.

CJCE, 13 novembre 1990 « Procédure pénale contre Bonfait BV », C-269/89, Rec. 1990, p. I-4169.

CJCE, 13 novembre 1990, « The Queen contre Minister of Agriculture, Fisheries and Food et Secretary of State for Health, exparte: Fedesa e.a », affaire C-331/88, Rec.1990, p. I-4023.

CJCE, 21 novembre 1990, « Caisse d'assurances sociales pour travailleurs indépendants "Integrity" contre Nadine Rouvroy », affaire C-373/89, Rec. 1990, p. I-4243.

CJCE, 13 décembre 1990, « Procédure pénale contre Jean-Claude Bellon », affaire C-42/90, Rec. 1990, p. I-4863.

CJCE, 28 février 1991, « Union départementale des syndicats CGT de l'Aisne contre SIDEF Conforama », affaire C-312/89, Rec. 1991, p. I-997.

CJCE, 28 février 1991, « Procédure pénale contre André Marchandise », affaire C-332/89, Rec. 1991, p. I-1027.

CJCE, 19 mars 1991, « Commission des Communautés européennes contre République hellénique », Rec. 1991, p. I-1361.

CJCE, 21 mars 1991, « Procédure pénale contre Jean-Marie Delattre », affaire C 369/88, Rec. 1991, p.I-1487.

CJCE , 21 mars 1991, « Procédure pénale contre Jean Monteil et Daniel Samanni », affaire C-60/89, Rec. 1991, I-1547.

CJCE, 16 avril 1991, « Upjohn Company et Upjohn NV contre Farzoo Inc. Et J. Kortmann », affaire C-112/89, Rec. 1991, p. I- 10703.

CJCE, 16 avril 1991, « Freistaat Bayern contre Eurim-Pharm GmbH », affaire C-347/89, Rec. 1991, p. I-1747.

CJCE, 18 juin 1991, « Piageme et autres contre BVBA Peeters », affaire 369/89, Rec. 1991, p. I-2971.

CJCE, 25 juillet 1991, « Aragonesa de publicidad exterior », affaires C-1//90 et C-176/90, Rec. 1991, p. I-4431.

CJCE, 1 avril 1992, « Gerrit Holdijk et autres », affaires jointes 141 à 143/81, Rec. 1982, p. I-1299.

CJCE, 8 avril 1992, « Commission des Communautés européennes contre République Allemagne », Rec. 1992, p. I-2575.

CJCE, 4 juin 1992, « Delhaize », affaire C-47/90, Rec. 1992, p. I-3669.

CJCE, 4 juin 1992, « Procédure pénale contre Michel Debus », affaires jointes C-13/91 et C-113/91 Rec. p. I-3617.

CJCE, 9 juin 1992, affaire C-47/90, Rec. 1992, p. I-3669

CJCE, 9 juillet 1992, « Commission des Communautés européennes contre Royaume de Belgique », affaire C-2/90, Rec. 1992, p. I-4431.

CJCE, 16 juillet 1992, « Manuel José Lourenço Dias contre Director da Alfandega do Porto », affaire C-343/90, Rec. 1992, p. I-4673.

CJCE, 16 juillet 1992, « Commission des Communautés européennes contre République française », affaire C-344/90, Rec. 1992, p. I-4719.

CJCE, du 16 juillet 1992, « Meilicke contre ADV-ORGA », affaire C-83/91, Rec. 1992, p. I-4871.

CJCE, 10 novembre 1992, « Exportur SA contre LOR SA et Confiserie du Tech SA », affaire C-3/91, Rec. 1992, p. I-5529.

CJCE, 25 mai 1993, « Laboratoire de prothèses oculaires contre Union nationale des syndicats d'opticiens lunetiers de France », affaire C-271/92, Rec. 1993, p. 2899.

CJCE, 5 octobre 1993, « Centre d'insémination de la Crespelle », affaire C 323/93, Rec. 1993, p. I-5077.

CJCE, 12 octobre 1993, « Procédure pénale contre José Vanacker, André Lesage, partie civile SA Baudoux combustibles », affaire C-37/92, Rec. 1993, p. I-494.

CJCE, 24 novembre 1993, « Keck et Mithouard », affaires jointes C-276/91 et C-268/91, Rec. 1993, p. I-6097.

CJCE, 30 novembre 1993, « Deutsche Renault Agcontre AUDI AG », Affaire C-317/91, Rec. 1993, p. I-6227.

CJCE, 15 décembre 1993, « Hünermund e.a. contre Landesapothekerkammer Baden-Württemberg », affaire C-292/92, Rec. 1993, p. I-6787.

CJCE, 2 février 1994, « Clinique », affaire C-315/92, Rec. 1994, p. I-317.

CJCE, 17 mai 1994, « France / Commission », affaire 41/93, Rec. 1994, p. 1829.

CJCE, 22 juin 1994, « IHT Internationale Heiztechnik GmbH et Uwe Danzinger contre Ideal Standard GmbH et Wabco Standard GmbH », affaire C-9/93, Rec. 1994, p. I-2789.

CJCE, 14 juillet 1994, « Procédure pénale contre J.J.J. Van der Veldt », affaire C-17/93, Rec. 1994, p. I-3537.

CJCE, 25 juillet 1994, « Angelopharm BmbH contre Freie Hansestadt Hamburg », affaire C-212/91, Rec. 1994, p. I-171.

CJCE, 9 août 1994, « Meyhui NV contre Schott Zwiesel Glaswerke AG », affaire C-51/93, Rec. 1994, p. I-3879.

CJCE, 5 octobre 1994, « Antonio Crispoltoni contre Fattoria Autonoma Tabacchi et Giuseppe Natale et Antonio Pontillo contre Donatab Srl », affaire C-133/93, Rec. 1994, p. I-4863.

CJCE, 10 novembre 1994, « Lucien Ortscheit GmbH contre Eurim-Pharm Arzneimittel GmbH », affaire C-320/93, Rec. 1994, p. I-5243.

CJCE, 9 février 1995, « Leclerc-Siplec », affaire C-412/93, Rec. 1995, p. I-179.

CJCE, 23 février 1995, « Procédures pénales contre Ulderico Cacchiarelli et Gino Stanghellini », affaires jointes C-54/94 et C-74/94, Rec. 1995, p. I-391.

CJCE, 28 mars 1995, « The Queen contre Secretary of State for Home Department, ex parte Evans Medical Ltd et Macfarlan Smith Ltd », affaire C-324/93, Rec. 1995, p. I-563.

CJCE, 29 juin 1995, « Commission des Communautés européennes contre République hellénique », affaire 391/92, Rec. 1995, p. 1621

CJCE, 9 juillet 1995, « Generics BV contre Smith Kline & French Laboratories Ltd », affaire C-316/95, Rec. 1995, p. I-3929.

CJCE, 12 octobre 1995, « Piageme contre Peeters », affaire C-85/94, Rec. 1995, p. I-2955.

CJCE, 26 octobre 1995, « Commission des Communautés européennes contre République Fédérale d'Allemagne », affaire C-51/94, Rec. 1995, p. I-3599.

CJCE, 7 décembre 1995, « Ayuntamiento de Ceuta », affaire C-45/94, Rec. 1995, p. I-4385.

CJCE, 30 avril 1996, « CIA Security International », affaire C-194/94 Rec. 1996, p. I-2201.

CJCE, 23 mai 1996, « The Queen contre Ministry of Agriculture, Fisheries and Food », affaire 5/94, Rec. 1996, p. I-2553.

CJCE, 27 juin 1996, « Procédure pénale contre Jacqueline Brandsma », affaire C-293/94, Rec. 1996, p. I-3159.

CJCE, 11 juillet 1996, « Bristol-Myers Squibb contre Paranova A/S et C.H. Boehringer Sohn, Boehringer Ingelheim KG et Boehringer Ingelheim A/S contre Paranova A/S », affaires jointes C-427/93, C-429/93 et 436/93, Rec. 1996, p. I-3457.

CJCE, 12 juillet 1996, « Royaume-Uni contre Commission », affaire 180/96, Rec. p. I-3903.

CJCE 26 novembre 1996, « Graffione contre Ditta Fransa », affaire C-313/94, Rec. 1996, p. I-6039.

CJCE, 5 décembre 1996, « Merck contre Primecrown », affaire C-267/95, Rec. 1996, p. I-6285.

CJCE, 13 mars 1997, « Tommaso Morellato contre Unita sanitaria Locale (USL) n.11 di Pordenone », affaire C-358/95, Rec. 1987, p. I-1431.

CJCE, 7 mai 1997, « Procédure pénale contre Jacques Pistre, Michèle Barthes, Yves Mihau, et Didier Oberti », affaires jointes C-321/94, C-322/94, C-323/94 et C-324/94, Rec. 1997, p. I-2343.

CJCE, 26 juin 1997, « Familiapress », affaire C-368/95, Rec. 1997, p. I-3689.

CJCE, 9 juillet 1997, « De Agostini TV Shop », affaires jointes C-34/95, C-35/95 et C-36/95, Rec. 1997, p. I-3843.

CJCE 10 juillet 1997, « Leur-Bloem contre Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2 », affaire C-28/95, Rec. 1997, p. I-4161.

CJCE, 17 juillet 1997, affaire C-90/94, Rec. 1997, p. I-4085.

CJCE, 26 juillet 1997, « Familiapress », affaire C-368/95, Rec.1997, p. I-3689.

CJCE, 17 juillet 1997, « Giloy contre Hauptzollamt Frankfurt am Main-Ost », affaire C-130/95, Rec. 1997, p. I-4291.

CJCE, 23 octobre 1997, « Procédure pénale contre Harry Franzen », affaire C-189/95 , Rec. 1997, p. I-5909.

CJCE, 23 octobre 1997, « Commission des Communautés européennes contre Grèce », affaire C-375/95, Rec. 1997, p. I-5891.

CJCE, 4 novembre 1997, « Parfums Christian Dior SA contre Evora BV », affaire C-337-95, Rec. 1997, p. I-6013.



CJCE, 14 novembre 1997, « Parfums Chistian Dior BV contre Evora BV », affaire C- 337/95, Rec. 1997, p. I-6013.

CJCE, 9 décembre 1997 « Commission des Communautés européennes contre République française », affaire C-265/95, Rec. 1997, p. I-6959.

CJCE, 19 mars 1998, « The Queen / Minister of Agriculture and food, ex parte compassion in world farming », Rec. 1998, p. I-1251.

CJCE, 2 avril 1998, « Outokumpu » , affaire C-213/96, Rec. 1998, p. I-1777.

CJCE, 28 avril 1998, « Nicolas Decker contre Caisse de maladie des employés privés », affaire C-120/95, Rec. 1998, p. I-1831.

CJCE, 5 mai 1998, « Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord contre Commission », Rec. 1998, affaire C-180/96.

CJCE, 25 juin 1998, Chemische Afvalstoffen Dusseldorp BV, affaire C-203/96, Rec. 1998, p. I-4075

CJCE, 14 juillet 1998, « Safety Hi Tec », affaire C-284/95, Rec. 1998, p. I-4301.

CJCE, 14 juillet 1998, « Aher waggon GmbH », affaire. C-389/96, Rec. 1998, p. 4473.

CJCE, 16 juillet 1998, « Gut Springenheide GmbH et Rudolf Tusky contre Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt-Amt für Lebensmittelüberwachung », affaire C-210/96, Rec. 1998, p. I-4657.

CJCE, 17 septembre 1998, « Procédure pénale contre Jean Harpegnies », affaire 400/96, Rec. 1998, p. I-5121.

CJCE, 22 octobre 1998, « Commission des Communautés européennes contre République française », affaire C-184/96, Rec. 1998, p. I-6197.

CJCE, 29 octobre 1998, « Commission des Communautés européennes contre République française », Rec. 1998, affaire C-184/96.

CJCE, 3 décembre 1998, « Procédure pénale contre Ditley Bluhme», affaire C-67/97, Rec. 1998, p. I-8033.

CJCE, 4 mars 1999, « Consorzio per la tutela del formaggio Gorgonzola », affaire C-87/97, Rec. 1999, p. I-1301.

CJCE, 16 mars 1999, « Royaume du Danemark, République fédérale d'Allemagne et République française contre Commission », affaires jointes C-289/96 , C293/96 et 299/96, Rec. 1999, p. I- 1541.

CJCE, 25 mars 1999, « Commission contre Italie », affaire 112/97, Rec. 1999, p. I-1821.

CJCE, 3 juin 1999, « Colim NV contre Bigg's Continent Noord NV » affaire C-33/97, Rec. 1999, p. I-3175.

CJCE, 12 octobre 1999, « Pharmacia & Upjohn SA contre Paranova A/S », affaire C-379/97, Rec. 1999, p. I-6927.

CJCE, 16 décembre 1999, « The Queen, ex parte Rhône Poulenc Rorer et May & Baker contre The Licensing Authority established by the Medicines Act 1968 », affaire C-94/98, Rec. 1999, p. I-8789.

CJCE, 3 février 2000, « Chalarampos Dounias contre Ministère de l'Economie », affaire C-228/98, Rec. 2000, p. I-7113.

CJCE, 21 mars 2000, « Association Greenpeace France e.a./Ministère de l'Agriculture et de la Pêche e.a. », affaire C-6/99, Rec. I-1651.

CJCE, 16 mai 2000, « Belgique contre Espagne », affaire C-388/95, Rec. p. I-3123.

CJCE, 23 mai 2000, « Sydhavnens Sten & Grus », affaire C-209/98, Rec. 2000, p. I-3743.

CJCE, 4 juillet 2000, « Haim », affaire C-424/97, Rec. 2000, p. I-5123.

CJCE, 11 juillet 2000, « kemikalieinspektionen contre Toolex Alpha AB », affaire C-473/98, Rec. 2000, p. I-5681.

CJCE, 12 septembre 2000, « Yannick Jeffroy et Casino France SNC », affaire C-366/98, Rec. 2000, p. I-6579.

CJCE, 12 octobre 2000, « Ruwet », affaire 3/99, Rec. 2000, p. I-8749.

CJCE, 5 décembre 2000, « Jean-Pierre Guimont », affaire C-448/98, Rec. 2000, p. I-10663.

CJCE, 14 décembre 2000, « Commission des Communautés européennes contre République française », affaire 55/99, Rec. 2000, p. I-11499.

CJCE, 8 mars 2001, « Konsumentombudsmannen contre Gourmet International Products AB », affaire C-405/98, Rec. 2001, p. I-1795.

CJCE, 13 mars 2001, « Preussen Elektra et Schleswig AG », affaire C-379/98, Rec. 2001, p. I-2009.

CJCE, 13 septembre 2001, « Schwarzhopf », affaire C-169/99, Rec. 2001, p. I-5901

CJCE, 23 octobre 2001, « Procédure pénale contre Xavier Tridon », affaire C-510/99, Rec. 2001, p. I-7777.

CJCE, 25 octobre 2001, « Commission des Communautés européennes contre Grèce », affaire C-398/98, Rec. 2001, p. I-7915.

CJCE, 13 décembre 2001, « DaimlerChrysler AG contre Land Baden-Württemberg », affaire C-324/99, Rec. 2001, p. I-9897.

CJCE, 23 avril 2002, « Boehringer Ingelheim », affaire C-143/00, Rec. 2002, p. I-3759.

CJCE, 25 juin 2002 « Procédure pénale contre Dante Bigi », affaire C-66/00, Rec. 2002, p. I-5917.

CJCE, 10 septembre 2002, « Ferring Arzneimittel GmbH contre Eurim-Pharm Arzneimittel GmbH », affaire 172/00, Rec. 2002, p. I-6891.

CJCE, 17 septembre 2002, « Baumbast- et R », affaire C-413/99, Rec. 2002, p. I-7091.

CJCE, 5 novembre 2002, « Commission des Communautés européennes contre Allemagne », affaire C-325/00, Rec. 2002, p. I-9977.

CJCE, 20 mars 2003, « Royaume du Danemark contre Commission des Communautés européennes », affaire C- 3/00, Rec. 2003, p. I-2643.

CJCE, 8 mai 2003, « Paranova Läkemedel AB et autres contre Läkemedelsverket », affaire C-15/01, Rec. 2003, p. I-4175.

CJCE, 20 mai 2003, « Consorzio del prosciutto di Parma et Salumificio S. Rita », C-108/01, Rec. 2003, p. I-5121.

CJCE, 25 mai 2003, « Ravil SARL contre Bellon import SARL et Biraghi SpA », affaire C-469/00, Rec. 2003, p. I-5053.

CJCE, 12 juin 2003, « Schmidberger », affaire C-112/00, Rec. 2003, p. I-5659.

CJCE, 9 septembre 2003, « Monsanto Agricoltura Italia e.a », affaire C-236/01, Rec. 2003, p. I-8105.

CJCE, 18 septembre 2003, « Tommaso Morellato contre commune di Padova », affaire 416/00, Rec. 2003, p. I-9383.

CJCE, 23 septembre 2003, « Commission des Communautés européennes contre Royaume du Danemark », affaire C-192/01, Rec. 2003, p. I-9693.

CJCE, 11 décembre 2003, « Deutscher Apothekerverband eV contre DocMorris NV et Jacques Waterval », affaire C-322/01, Rec. 2003, p. I-14887.

CJCE, 5 février 2004, « Commission des Communautés européennes contre République française », affaire C-24/00, Rec. 2004, p. I-1277.

CJCE, 25 mars 2004, « Herbert Karner Industrie-Auktionen contre TRoowijk GmbH », affaire C-71/02, Rec. 2004, p. I-3025.

CJCE, 8 juillet 2004, « Commission des Communautés européennes contre République française », affaire C-166/03, Rec. 2004, p. I-6535.

CJCE, 15 juillet 2004, « Schreiber », affaire C-443/02, Rec. 2004, p. I-7275.

CJCE, 14 octobre 2004, « Omega », affaire C-36/02, Rec. 2004, p. I-9609.

CJCE, 14 décembre 2004, « Commission des Communautés européennes contre République française », affaire C-463/01, Rec. 2004, p. I-11705.

CJCE, 2 décembre 2004, « Commission des Communautés européennes contre Royaume des Pays-Bas », affaire C-41/02, Rec. 2004, p. I-11375.

CJCE, 14 décembre 2004. « Radlberger Getränkegesellschaft mbH & Co et S. Spitz KG contre Land Baden-Württemberg », affaire C-309/02, Rec. 2004, p. I-11763.

CJCE, 20 janvier 2005, « Salgado Alonso », affaire C-306/03, Rec. 2005, p. I-705.

CJCE, 26 mai 2005, « Commission des Communautés européennes contre France », affaire C-212/03, Rec. 2003, p. I-4213.

CJCE, 13 septembre 2005, « Commission des Communautés européennes contre Conseil », affaire C-176/03, Rec. 2005, p. I.7879.

CJCE, 15 septembre 2005, « Intermodal Transports BV contre Staatssecretaris van Financiën », affaire C-495/03, Rec. 2005 p. I-8151.

CJCE, 25 octobre 2005, « Allemagne et Danemark contre Commission », affaires jointes C-465 et 466/02, Rec. 2005, p. I-9115.

CJCE, 15 novembre 2005, « Commission des Communautés européennes contre République d'Autriche », affaire C-320/03, Rec. 2005, p. 9871.

CJCE, 23 février 2006, « Punk Schumckhandels », affaire C-441/04, Rec. 2006, P. 2093

CJCE, 8 juin 2006, « koornstra », affaire C-517/03, Recueil p. I-5015.

CJCE, 14 septembre 2006, « Alfa Vita Vassilopoulos et Carrefour-Mrinopoulos », affaires C-158/04 et C-159/04, Rec. p. I-8135.

CJCE, 14 septembre 2006, « Commission contre République hellénique », affaire C-82/05, Rec. 2006, p.I-93.

CJCE, 28 septembre 2006, « Jan-Erik Anders Ahokainen, Mati Leppik », affaire C-434/04, Rec. 2006, p. I-9171.

CJCE, 30 novembre 2006, « Brünsteiner et Autohaus Hilgert, », affaire C-376/05 et C-377/05, Rec. 2006, p. I-11383.

CJCE, 15 mars 2007, « Commission des Communautés européennes contre République de Finlande », affaire C-54/05, Rec. 2007, p. I-2473.

CJCE, 17 avril 2007, « AGM COS.MET Srl contre Suomen Valtio, Tarmo Lehtinen », affaire C-470/03, Rec. 2007, p. I-2749.

CJCE, 5 juin 2007, « Rosengreen », affaire C-170/04, Rec. 2007, p. I-4071.

CJCE, 11 septembre 2007, « Céline », affaire C-17/06, Rec. 2007, p. I-7041.

CJCE, 20 septembre 2007, « Commission des Communautés européennes contre Royaume des Pays-Bas », affaire C-297/05, Rec. 2007, p. I-7467.

CJCE, 8 novembre 2007, « Ludwigs Apotheke München Internationale Apotheke contre Juers Pharma Import-Export GmbH », affaire C-143/06, Rec. 2007, p. I-9623.

CJCE 8 novembre 2007, « Stadtgemeinde Frohnleiten Gemeindebetriebe Frohnleiten GmbH contre Bunderminister für Land – und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft », affaire 221/06, Rec. 2007, p. I- 2613.

CJCE, 15 novembre 2007, « Commission des Communautés européennes contre République fédérale d'Allemagne », affaire C-319/05, Rec. 2007, p. I-9811.

CJCE, 14 février 2008, « Dynamic Medien Vertriebs GmbH contre Avides media AG », affaire C-244/06, Rec. 2008, p. I-505.

CJCE, 26 février 2008, « Commission des Communautés européennes contre République Fédérale d'Allemagne », affaire C-132/05, Rec. 2008, p. I- 957.

CJCE, 10 avril 2008, « Commission des Communautés européennes contre Portugal », affaire C-265/06, Rec. 2008, p. I-2245.

CJCE, 24 avril 2008, « Commission des Communautés européennes contre Luxembourg » affaire C-286/07, Rec. 2008, p. I- 63.

CJCE 15 mai 2008, « Royaume d'Espagne contre Conseil », affaire C-442/04, Rec. 2008, p. I-3507.

CJCE, 5 juin 2008, « Commission des Communautés européennes contre République de Pologne », affaire C-170/07, Rec. 2008, p. I-87.

CJCE, 19 juin 2008, « Nationale Raad van Dierenkwekers en Liefhebbers et Andibel », affaire C-219/07, Rec. p. I-4475.

CJCE, 17 juillet 2008, « Corporacion Dermoestetica SA contre To Me Group Advertising Media », C-500/06, Rec. 2008, p. I- 5785.

CJCE, 11 septembre 2008, « Commission des Communautés européennes contre République fédérale d'Allemagne », affaire C-141/07, Rec. 2008, p. I.6935.

CJCE, 4 décembre 2008, « Commission des Communautés européennes contre Royaume des Pays-Bas », affaire C-249/07, Rec. 2008, p. I-174, Rec. 2008, p. 1193.

CJCE, 11 décembre 2008, « Commission des Communautés européennes contre République d'Autriche », affaire C-524/07, Rec. 2008, p. I-187.

CJCE, 16 décembre 2008, « Lodewijk Gysbrechts et Santurel Inter BVBA », affaire C-205/07, Rec. 2008, p. I-9947.

CJCE, 10 février 2009, « Commission des Communautés européennes contre République italienne », affaire C-110/05, Rec. 2009, p. I-519.

CJCE, 24 mars 2009, « Danske Slagterier contre Bundesrepublik Deutschland », affaire C-445/06, Rec. 2009, p. I-2119.

CJCE, 30 avril 2009, « Fachverband der Buch-und Medienwirtschaft contre Libro Handelsgesellschaft mbH », affaire C-531/07, Rec. p. I-3717.

CJCE, 30 avril 2009, « Lidl Magyarorszag Kereskedelmi bt contre Nemzet Hirközlési Hatosag Tanacsza », affaire C-132/08, Rec. 2009, p. I-3841.

CJCE, 19 mai 2009, « Apothekerkammer des Saarlandes e.a », affaires C-171/07 et 172/07, Rec. 2009, p. 4171.

CJCE, 4 juin 2009, « Percy Mickelsson et Roos », affaire. C-142/05, Rec. 2009, p. I-4273.

CJCE, 10 septembre 2009, « Commission des Communautés européennes contre Royaume de Belgique », affaire C-100/08, Rec. 2009, p. I-140.

CJCE, 28 janvier 2010, « Commission des Communautés européennes contre République française », C-333/08, Rec. 2010, p. I-757.

CJCE, 25 février 2010, « Muller Fleisch GmbH », affaire C-562/08, Rec. 2010, p. I-1391.

CJCE, 29 avril 2010, « Solgar Vitamin's France contre Ministre de l'Economie, des Finances et de l'emploi, Ministre de la Santé », affaire C-446/08, Rec. 2010, p. I-3973.

CJCE, 8 juillet 2010, « Afton Chemical, affaire C-343/09, Rec. 2010, p. I-7027.

CJUE, 18 novembre 2010, « Lahousse et Lavichy BVBA », affaire C-142/09, p. I-11685.

CJCE, 2 décembre 2010, « Ker-Optica bt », aff. C-108/09, Rec. 2010, p. I-12213.

CJCE, 16 décembre 2010, « Marc Michel Josemans contre Burgemeester van Maastricht », affaire C-137/09, Rec. 2010, p. I-3019.

CJCE, 22 décembre 2010, « Gowan Comercio Internacional e Servicos », affaire C-77/09, Rec. 2010, p. I-13533.

CJUE, 5 mai 2011, « MSD Sharp & Dohme GmbH contre Merckle GmbH », affaire C-316/09, Rec. 2011, p. I-3249.

Tribunal, 20 septembre 2011, « Couture Tech Ltd contre OHMI », T-232/10, Rec. 2011, p. I-6469.

CJUE, 6 octobre 2011, « Philippe Bonnarde contre Agence de Services et de Paiement », affaire C-443/10, Rec. 2011, p. I-9327.

CJUE, 15 novembre 2011, « Dereci e.a. », affaire C-256/11, Rec. 2011, p. I-11315

CJUE, 17 novembre 2011, « Commission contre Italie », affaire C-496/09, Rec. 2011

CJUE, 21 décembre 2011, « Commission des Communautés européennes contre République d'Autriche », affaire C-28/09, Rec. 2011, p. I-13525.

CJUE 1 mars 2012, « Ascafor et Asidac contre Administracion des Estado et a. », affaire 484/10.

CJUE, 12 juillet 2012, « Association Kokopelli contre Graines Baumaux SAS », affaire C-59/11.

CJUE, 8 novembre 2012, « KGH Belgium », affaire C-351/11.

## **BIBLIOGRAPHIE**

### **OUVRAGES /THÈSES/MÉMOIRES**

Azoulai L. (ss. la dir. de) « L'entrave dans le droit du marché intérieur », Collection Droit de l'Union européenne, Bruylant 2011.

Boutayeb C. « Droit matériel de l'Union européenne – Libertés de mouvement, espace de concurrence et intérêt général », Ed. LGDJ, 2009.

Constandtinesco V., Kovar R. et Simon D., (ss. la dir. de), « Traité sur l'Union européenne. Commentaire article par article », Paris, Economica 1995.

Clergerie J.L. « Politiques communes de l'Union européenne », Ed. Ellipses, 2006.

Chalmers D., Hadjiemmanuil C., Monti G., Tomkins A. « European Union Law », Cambridge University Press 2008, EC Consumer Law in Howelles (ed), European Business Law, (Dartmouth, 1996).

Collins L. « European Community Law in the United Kingdom », Butterworths, Third edition, 1984.

« Commentaire Mégret : « Le droit de la Communauté européenne » – Tome 1 : Préambule – Principes – Libre circulation des marchandises – Editions de l'Université de Bruxelles.

D'arcy F. « Les politiques de l'Union européennes », Ed. Montchrestien, Coll. Clefs Politique, 2003.

Dehousse R. « La Cour de Justice des Communautés européennes » – Montchrestien – Clefs politique, 1997.

Dehousse R. « Politiques européennes », (ss. la dir. de), Ed. Presses de Sciences Po, 2009.



Delivet P. « Les politiques de l'Union européenne », Ed. La Documentation Française, Coll. Réflexe Europe, 2013.

De Sadeleer N. « Le droit communautaire et les déchets », LGDJ, Bruylant, 1995.

Dubouis L., Blumann C. « Droit communautaire matériel », Ed. Montchrestien, 6<sup>ème</sup> éd., 2012.

Dutheil de la Rochere J. « Droit matériel de l'Union européenne », Ed. Hachete, 3<sup>ème</sup> éd. 2006.

Fallon M. « Droit matériel général des Communautés européennes », Ed. Bruylant-L.G.D.J., 2002.

Ferraille D. « L'accès au marché en droit du marché intérieur », thèse présentée et soutenue le 9 juillet 2009 à l'université de Strasbourg pour l'obtention du titre de Docteur en droit.

Fromont A., Verdure C. « La consécration du critère de l'« accès au marché » au sein de la libre circulation des marchandises : mythe ou réalité ? », 4 novembre 2011, Research Paper in Law, College of Europe, 4 novembre 2011.

Groussot X. « The role of the National Courts in the European Union: a Future Perspective », SIEPS 2005:10, (Report available at [www.sieps.se](http://www.sieps.se)).

Hémon J. (ss. la dir. de) « Les intégrations régionales dans le monde, une approche comparative », Editions Octares, 2013.

Hetsch S. « Existe-t-il une règle de raison dans le domaine des abus de position dominante ? » Mémoire de Master 2, Droit européen des affaires, dirigé par le Professeur Louis Vogel, Université Panthéon-Assas. 2011.

Howells et Wihelmsson, Ec Consumer Law in Howelles (ed), « European Business Law », (Dartmouth, 1996), 297.

Ligneul N., Tambou O. « Droit européen du marché », Ed. Ellipses, Paris, 2006.

Macchi V. « Protection de la santé publique et droit communautaire », Thèse présentée et soutenue le 27 novembre 2007 à l'université de Metz pour l'obtention du titre de Docteur en droit.

Maduro Poiares M., Molinier J., Lotarski J. « Droit du contentieux de l'Union européenne », 4<sup>ème</sup> édition, Systèmes, droit, LGDJ, 2012.

Malcom J. « The application of EC law by national courts- The free movement of goods », Clarendon Press – Oxford 1998.

Masclat J. C. (ss. la dir. de) « La Communauté européenne et l'environnement », Colloque d'Angers, La Documentation française, 1997.

Mattera A. « Le marché unique européen - ses règles, son fonctionnement », Editions Jupiter, Paris, 1990.

Molinier J., de Grove Valdeyron N. « Droit du marché intérieur », 3<sup>ème</sup> édition, LGDJ, Système Droit, 2011.

Moussis N. « Accès à l'Union européenne : droit, économie, politique », Rixensart, European Study Service, 13<sup>ème</sup> édition révisée, 2008.

Naömé C. « Le renvoi préjudiciel en droit européen », Guide pratique, JLMB, Opus 4, Editions Larcier, 2<sup>ème</sup> édition, 2010.

Nourissat C., Clavière Bonnamour B. « Droit de la concurrence, libertés de circulation – Droit de l'Union – Droit interne », Dalloz, 4<sup>ème</sup> édition, 2013.

Pertek J. « Droit matériel de l'Union européenne », Ed. P. U. F., Coll. Thémis, 2005.

.

Rosnak M. « Le commerce parallèle des médicaments dans le droit de l'Union européenne – Les limites de la libre circulation des marchandises sur le marché pharmaceutique », Thèse soutenue à Poznan le 25 septembre 2012, pour le grade docteur de l'université de Rennes 1.

Sauron J.L. « Droit et pratique du contentieux communautaire », 3<sup>ème</sup> édition, Réflexe Europe, La documentation française, 2004.

Soulard C., Rigaux A., Munoz R. « Contentieux de l'Union européenne », sous la direction de Simon Denys, Lamy, Axe Droit, 2011.

Thatcher M. « Discours de Bruges », 20 septembre 1988.

Vial C. « Protection de l'environnement et libre circulation des marchandises », Collection Droit de l'Union européenne - Dirigée par Fabrice Picod, Bruylant 2000.

Watelet M., Wildemeersch J. « Contentieux européen », Collection de la faculté de droit de l'Université de Liège, Larcier, 2010.

#### **ARTICLES (OUVRAGES COLLECTIFS ET REVUES PÉRIODIQUES)**

Aleman A. « Le principe de précaution en droit communautaire – Stratégie de gestion des risques ou risque d'atteinte au Marché intérieur ? », Revue du droit de l'Union Européenne 4/2001, p. 910.

Alter Karen J., Meunier Aitsahalia S., « Judicial Politics in the European Community: European Integration and the Pathbreaking Cassis de Dijon Decision », comparative Political Studies, 1994, p. 535.

Barbato J.C. « Protectionnisme et fondations de la construction européenne », Conférence (non publiée à ce jour) exposée à l'occasion de la Journée d'Etudes organisée par l'Institut de recherche en droit international et européen de la Sorbonne (IREDIÉS), le 28 juin 2013.

Barnard C. « Restricting restrictions : lessons for the EU from the US ? », Cambridge Law Journal, November 2009.

Barque F. « Le droit communautaire des appellations d'origine et indications géographiques en matière vinicole », RTD eur. 45(4), oct.-déc. 2009.

Bertrand B., « Que reste-t-il des exigences impératives d'intérêt général ? », Europe 2012, Etude 1, p. 11.

Beussel G. « Arrêt « Dior couture » : les effets d'un contrat de licence sur l'épuisement du droit à la marque », Journal de droit européen 2009, Commentaire, p. 174.

Bourgoignie T., St-Pierre J. « Le statut de la politique de protection du consommateur dans les systèmes régionaux économiquement intégrés. Une première évaluation comparative », Revue québécoise de droit international, (2007) 20.1.

Cadeau E., Richeux J.Y. « Le juge communautaire et le médicament - libre circulation des marchandises et protection de la santé publique », Les petites affiches - 15 janvier 1996, p. 41.

Capelli F. « La libre circulation des produits alimentaires à l'intérieur du marché unique européen », Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne, n° 372, novembre 1993, p. 794.

Carpano E. « Le règlement des litiges dans les intégrations régionales internationales – Essai de typologie », in « Les intégrations régionales dans le monde, une approche comparative », sous la direction de Jacques Hémon, Editions Octares, 2013, pp. 45 à 62.

Dawes A. Chronique de jurisprudence, Revue du droit de l'Union européenne, 2009 n°1, pp. 139 à 142.

Defalque L. « Le concept de discrimination en matière de libre circulation des marchandises », Cahier de droit européen 1987, pp. 471 à 491.

Demaret P. « L'accès au marché des services réglementés : la libéralisation du commerce des services dans le cadre du traité CE », *Revue internationale de droit économique* , 2002/2-3 (t. XVI).

Deny S., Valériel M., Rigaux A. « Système juridictionnel de l'Union », *Europe*, *Revue mensuelle Lexisnexis jurisclasser*, mai 2014, p. 29.

De Sadeleer N. « Les emballages, l'environnement et le marché intérieur : une singulière trilogie », *Revue du Marché unique européen*, 2/1995, pp. 98 à 99.

De Sadeleer N. « Les clauses de sauvegarde prévues à l'article 95 du traité CE », *RTD eur.* 2002 n°1, p. 53.

De Sadeleer N. « De l'ophtalmologue à l'opticien, la réglementation de la vente en ligne des lentilles de contact au regard de la libre circulation des marchandises », *REDC*, 2011/12, p. 437.

Deffosse A. « L'histoire d'une divergence et d'une possible réconciliation : l'article 29 », *Cahiers de droit européen*, Ed Bruylant, Vol 3-4, 2009, pp. 409 à 461.

Fallon M., Martin D., « Dessine moi une discrimination... », *JDE*, 2010, pp. 165- 173.

Gadbin D. « Environnement et développement rural : aspects juridiques et institutionnels en droit communautaire » *in* « La Communauté européenne et l'environnement », Colloque d'Angers, sous la direction de Jean-Claude Masclet, La Documentation française – 1997.

Gencarelli F. « La politique de qualité alimentaire dans la PAC réformée », *Revue du Droit de l'Union Européenne* 4/2009, pp. 633-642.

Gonzales Vaqué L. « La jurisprudence relative à l'article 28 CE (ex article 30) après l'arrêt « Keck et Mithouard », *Revue du droit de l'Union Européenne* 2/2000, p. 401.

Groussot X. « The Role of the National Courts in the European Union : A Future Perspective », Sieps, Swedish Institute for European Policy Studies, report No. 10, November 2005.

Hannes U. « the double-headed approach of the ECJ concerning Consumer protection », 2007 44 Common Market Law Review 1237.

Hermitte M.A. « Ce juge de Luxembourg qui fabrique l'homme de marché », Le Monde Diplomatique - Europe, l'utopie blessée – Manière de voir n°22 – Mai-Juin-Juillet 1994.

Hermitte M.A. « Droit du marché, territoire et protection », *in* « La Communauté européenne et l'environnement », Colloque d'Angers, sous la direction de Jean-Claude Masclet, La documentation française, 1997, pp. 361 à 382.

Jacqué and Weiler, « On the road to European Union - A New Judicial architecture: An Agenda for the Intergovernmental conference », 1990, Common Market Law Review, 27, pp. 185 à 186.

Joliet R. « La libre circulation des marchandises et les nouvelles orientations de la jurisprudence », Journal des Tribunaux, Droit européen, 20 octobre 1994, n°12, pp. 145 à 151.

Kommers D., Waelbroeck M. « Legal interpretation and the free movement of goods : The American and the European experience », *in* M Cappelloti, M Seccombe and J. Weiler (eds) *Integreition through law*, Vol I, book 3, Berlin 1986.

Kovar R. « Dassonville, Keck et les autres : de la mesure avant toute chose », RTD eur., n°2 Avril – Juin 2006, pp. 213 à 247.

Kepenne J.P. « La libre circulation des marchandises », Chronique, JDE 2009, p. 280.

Le Morvan D. « Environnement et politique communautaire » *in* « La Communauté européenne et l'environnement » Colloque d'Angers, sous la direction de Jean-Claude Masclet, La Documentation française – 1997.

Leron N., Commentaire sur l'ouvrage de Robert Lecours : « L'Europe par les juges ». – Toute l'Europe en un clic.

Maduro Poiares M. « We the Court, The European Court of Justice and the European Economic Constitution, A critical reading of Article 30 of the EC Treaty », Oxford Portland Oregon, 2002.

Maduro Poiares M. « La Cour de justice, la Cour suprême et l'entrave » *in* « L'entrave dans le droit du marché intérieur », sous la direction de Loïc Azoulai, Collection Droit de l'Union européenne, Bruylant 2011.

Kovar R., « Dassonville, Keck et les autres : de la mesure avant toute chose », RTD Eur. 42 (2). Avril –juin 2006, p. 243.

Maddalon Ph. « La notion de marché dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes », LGDJ 2007- Bibliothèque de droit public.

Malcom J. “The application of EC Law by National Courts -The free Movement of Goods”, Clarendon Press-Oxford, 1988.

Mattera A. « De l'arrêt Dassonville à l'arrêt Keck : l'obscur clarté d'une jurisprudence riche en principes novateurs et en contradictions », Revue du Marché unique européen, 1/1994.

Mattera A. « L'arrêt « Foie gras », du 22 octobre 1998 : porteur d'une nouvelle impulsion sur le perfectionnement du marché unique européen », Revue du Marché Unique Européen, 4/1998, p. 122.

Mattera A. Editorial, Revue du Marché de l'Union Européenne, 2/1998, p. 12

Mattera A. « A l'occasion du 30<sup>ème</sup> anniversaire de l'arrêt « Cassis de Dijon », La reconnaissance mutuelle, une valeur historique ancienne, un principe juridique intégrationniste, l'assise politique d'un modèle de société humaniste », Revue du droit de l'Union européenne, n°3, 2009, pp. 385-418.

Mattera A. « La libre circulation des marchandises », *Revue du Droit de l'Union Européenne*, 2/2010, p. 231.

Ngo M.A « L'autorité européenne de sécurité des aliments et la mise en œuvre du principe de précaution » *in* *Revue de droit rural* n°327, novembre 2004, pp. 568 à 573.

Oliver P. « Some further reflections on the scope of articles 28-30 (ex 30-36) EC » , *Common Market Law Review*, 1999, Issue 4, pp. 783-806.

Oliver P., Wulf-Henning R. « The Internal Market and the Four Freedoms », *Common Market Law Review* 41, 2004, p. 407.

Oliver P., Enchelmaier S. « Free movement of goods : recent developments in the case law », *Common Market Law Review*, 44, 2007, p. 649.

Picod F. « Protection de l'environnement et libre circulation des marchandises », *in* « La Communauté européenne et l'environnement », Colloque d'Angers, sous la direction de Jean-Claude Masclet, La Documentation française , 1997, pp. 405 à 424.

Picod F. « La nouvelle approche de la Cour en matière d'entraves aux échanges », *RTD eur.* avril, juin 1998, vol. 34.2, p.169.

Picod F. « La jurisprudence Keck et Mithouard a-t-elle un avenir ? *in* « L'entrave dans le droit du marché intérieur », sous la direction de Loïc Azoulai, Collection Droit de l'Union européenne, Bruylant 2011, pp. 47 à 72.

Ritlieng D. « Commentaire de l'article 171 CE *in* *Traité sur l'Union européenne. Commentaire article par article* » (sous la direction de V. Constandtinesco, R. Kovar et D. Simon), Paris, Economica 1995, p. 571.

Rigaux A. « Symphonie déconcertante ou Keckofonie ? A propos des dissonances de l'arrêt Moratello , affaire C-416/00 », *Europe* 2003, chron.13.



Rigaux A. « la jurisprudence Keck et Mithouard à l'épreuve des règles nationales de publicité », Europe mai 2005, n°5, p. 9.

Rigaux A. « Libre circulation des marchandises et prix du livre en Autriche », Europe 2009, comm. 230.

Ritter C. « Purely internal situations, reverse discrimination, Guimont, Dzodzi and article 234 », E.L. Rev. October, Sweet & Maxwell and contributors.

Robert C. « Au cœur des mécanismes de l'intégration européenne, ce juge méconnu de Luxembourg », Le Monde diplomatique, Mai 1999.

Schmidt-Szalewski J. « Propriétés intellectuelles – Propriété industrielle jurisprudence (2006/2007), RTD eur. 43,(4) oct-déc. 2007.

Sibony A.L., Defossez A. « Marché intérieur, (marchandises, capitaux, établissement, services) », RTD eur. (1) janv.-mars 2010, p. 141.

Sibony A.L., Defossez A. « Un pas de plus vers un test unique de l'entrave ». RTD eur. Janv-Mars 2012 n°1, pp. 219 à 226.

Simon D. « Régime d'autorisation préalable à l'importation d'esprit de vin », Europe, Novembre 2006, p.16.

simon D., Michel V., Rigaux A. « Système juridictionnel de l'Union », Europe, Revue mensuelle Lexisnexis jurisclasseur, mai 2014.

Spaventa E. « Leaving Keck behind ? the free movement of goods after the ruling in Commission v. Italy and michelsson and Roos », EL Rev. 2009, N°34, pp. 914-932.

Snell J. « The notion of Market Access : a Concept or a Slogan ? » CML Rev. 2010/2, p. 447.

Stuyck J. « Gourmet : une nouvelle brèche dans la jurisprudence « Keck ? », Cahiers de droit européen, 2001, Vol. 37, n°5-6, pp. 683-706.

Timmerman Christian W.A. « La libre circulation des marchandises », in « Trente ans de droit communautaire », Collection Perspectives européennes, Bruxelles, Commission des Communautés européennes, 1982.

Todino M., Lüder T. « La jurisprudence « Keck » en matière de publicité : vers un marché unique inachevé ? », Revue du Marché Unique Européen 1/1995, p. 174.

Van Raepenbusch S., « Chronique de jurisprudence relative au contentieux de l'UE », 2009-2013, Cahiers de droit européen pp. 491 à 552.

Vaqué Gonzales L., Lothar E., Jacquet C. Unité XV.D.1, « Application des articles 30 à 36 du traité CE et élimination des restrictions aux échanges », Commission Européenne, Bruxelles, Revue du Marché Unique Européen 1/1999, pp. 79 à 128.

Vaqué Gonzales L. « La jurisprudence relative à l'articles 28 CE (ex article 30) après l'arrêt Keck et Mithouard », Revue du Droit de l'Union Européenne 2/2000, p. 411.

Wilsher D. « Does Keck discrimination make any sense? An assessment of the non-discrimination principle within the European Single Market » EL Review, February 2008.

Y.S. « Obligation de dépistage de l'ESB et libre circulation des marchandises », Revue de droit rural n° 396, octobre 2011, Chronique de jurisprudence 2010 de la Cour de justice de l'UE sous la direction de D. GADBIN, pp. 17 et 18.

## **TABLE DES MATIERES**

Introduction	5
<b>Première partie : L'élaboration d'un mode d'emploi du marché intérieur à l'interface du traité et des législations communautaires et nationales</b>	<b>39</b>
<b>Titre 1 – La jurisprudence constructive de la Cour de Justice</b>	<b>41</b>
Chapitre 1 – L'effet « Big-Bang » de « l'arrêt Cassis de Dijon »	42
Section 1 – la consécration jurisprudentielle du principe de la reconnaissance mutuelle	42
Section 2 – La théorie des exigences impératives, révélatrice d'une influence normative de la Cour de Justice	48
I – Une interprétation jurisprudentielle avant-gardiste des objectifs du traité, présage de son évolution	49
II – Le juge communautaire, acteur de l'évolution du droit dérivé	52
A- L'influence mécanique de la Cour sur le législateur communautaire	52
B- L'influence qualitative de la Cour de Justice sur le législateur communautaire	53
1 – Le principe de la reconnaissance mutuelle, un allié du principe de subsidiarité	53
2 – La jurisprudence de la Cour de Justice, source de mobilisation voire d'inspiration du législateur communautaire	56
a) Les effets du principe de reconnaissance mutuelle bridés par le législateur communautaire	56
b) Le principe de reconnaissance mutuelle source d'inspiration du législateur communautaire	57
Conclusion de la section	59
Conclusion du chapitre	59
Chapitre 2 – Une jurisprudence constructive bornée par le respect des compétences étatiques et l'état de la législation de l'Union Européenne	60
Section 1 – Une jurisprudence déterminée par le niveau variable d'intégration législative au sein de l'UE	61
I – Un pouvoir d'influence résultant de la compétence provisoire et résiduaire reconnue par la CJCE /CJUE aux Etats membres avant l'harmonisation des réglementations nationales	62
A – Une influence potentielle résultant d'une application stricte du principe de compétence provisoire des Etats membres	63
1 – La compétence des Etats membres conditionnée par l'absence d'harmonisation ou l'existence d'une harmonisation partielle	63
2 – l'examen préalable par la Cour de Justice de la législation communautaire	67
a) L'intervention de la CJUE conditionnée par l'absence d'harmonisation	68

b) L'intervention de la CJUE expliquée par une harmonisation portant sur un objet étranger à celui du litige	70
B - Une influence limitée par l'appréciation du caractère exhaustif de l'harmonisation	71
1 - Une harmonisation exhaustive malgré l'absence dans le droit dérivé de mesure de contrôle de son observation	72
2 - Une harmonisation exhaustive en dépit de la liberté de prendre des mesures nationales de protection renforcée	74
II - Un pouvoir d'influence résultant de la compétence résiduaire reconnue par le droit primaire aux Etats membres après une mesure d'harmonisation des réglementations nationales	75
A - Un pouvoir d'influence dû à l'harmonisation minimale tirée de l'article 114 TFUE	75
B - Un pouvoir d'influence dû à l'harmonisation minimale tirée de l'article 193 TFUE	78
Conclusion de la section	80
Section 2 – Une jurisprudence imprécise conditionnée par l'objet et la nature variable des législations nationales soumises à l'appréciation de la Cour	80
I – L'incidence mal évaluable de la jurisprudence « Keck et Mithouard » sur la délimitation des compétences entre l'UE et les Etats membres	81
II – L'hétérogénéité de la jurisprudence inspirée par la nature des litiges	83
A – Une jurisprudence plus ou moins directive et abstraite en fonction de l'objet des litiges	83
1 – Les domaines strictement encadrés par la Cour soucieuse d'une application rigoureuse des règles de libre circulation des marchandises litigieuses	84
a) Première illustration : la jurisprudence de la Cour relative à la propriété industrielle	84
a1- Une jurisprudence précise et directive expliquée par la nature particulière de la propriété industrielle	85
a1.1- Une jurisprudence précise au prix de raisonnements marqués par une certaine fragilité	85
a1.2- Une définition précise des droits du titulaire de brevet fondée sur « la théorie du monopole incitant »	87
a1.3- Le droit des marques interprété dans un sens favorable à la protection du consommateur	88
a2 - Une jurisprudence contestable marquée par une relative instabilité	91
a2.1- Une application discutable du principe de l'épuisement du droit des brevets	91
a2.2- Une heureuse évolution de la jurisprudence révélant les liens entre les intérêts du titulaire de la marque et ceux du consommateur	94
b) Seconde illustration : La jurisprudence relative à la protection du consommateur dans le domaine alimentaire et dans une moindre mesure à la protection de la santé publique dans le secteur du commerce des médicaments	98

2- Une approche théorique et abstraite de situations conflictuelles entre le principe de libre circulation des marchandises et les mesures nationales restrictives	100
2.1- L'approche théorique et abstraite du droit des médicaments par la Cour de Justice	101
2.1.1- Une classification standardisée des produits	101
2.1.2- Une conception idéalisée de la délivrance des médicaments	101
2.2- L'approche théorique et abstraite par la Cour de Justice des réglementations nationales relatives à la composition des produits alimentaires	103
Conclusion du paragraphe A	106
B- Le respect d'une forme de subsidiarité juridictionnelle : une question de principe ou bien de logique	107
1- L'application d'une forme de subsidiarité juridictionnelle au profit du juge national : une question de principe liée au respect de la lettre du traité, ou de l'objet et la nature de la réglementation litigieuse	107
a) L'opportunité de l'application du principe de subsidiarité juridictionnelle	107
b) Le respect d'un principe de subsidiarité juridictionnelle : une question d'opportunité en fonction de la nature des litiges	113
b.1- La subsidiarité juridictionnelle ou l'expression d'une délégation des responsabilités dans les domaines sensibles de la santé publique et de la protection de l'environnement	113
b.2- La protection du consommateur marquée par une tendance hégémonique de la jurisprudence de la CJUE	118
b.3- Une jurisprudence instable soulignant la question de la vocation de la CJUE à se prononcer sur des sujets de nature non économique	119
2- La subsidiarité juridictionnelle : une question de logique	120
Conclusion de la section	121
Conclusion du chapitre	122
Conclusion du titre	123
<b>Titre 2 : Le difficile compromis entre l'efficacité de l'action de la Cour et sa légitimité</b>	124
Chapitre 1- Un pouvoir d'influence de la CJCE/CJUE potentiellement défavorable aux valeurs non économiques	126
Section 1- Une interprétation restrictive du régime dérogatoire de l'article 36 TFUE	127
I- Une interprétation restrictive relative aux motifs de dérogation figurant à l'article 36 TFUE : conformité ou infidélité au traité ?	128
A- L'exhaustivité de la liste inscrite dans le traité selon la jurisprudence de la Cour	128
B- Des motifs de dérogation à la signification et à la portée parfois	

strictement encadrées	130
1- Une interprétation stricte de certains motifs de dérogation listés dans l'article 36 du traité	131
a) une interprétation stricte de la notion d'ordre public	131
b) une interprétation rigoureuse du motif de protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique	133
c) Une application prudente et maîtrisée du motif de dérogation fondée sur la protection des droits de propriété industrielle	134
2- Une jurisprudence trop rigide dans le contexte d'une communauté évolutive	134
a) Une démarcation claire entre les motifs tirés de l'art 36, d'une part, et les exigences impératives, d'autre part	135
b) Une forme d'assimilation des motifs de justification des mesures nationales	136
II- L'article 34 TFUE relu à la lumière de l'art 36 ou la recherche d'une volonté protectionniste	140
Conclusion de la section	143
Section 2- La vulnérabilité des Etats membres dans l'exercice de leur compétence résiduaire	143
I- Des Etats membres vulnérables par leur statut de coupables présumés	144
A- le statut de coupable présumé et ses conséquences	144
1- la présomption de culpabilité des Etats membres face à la Commission	147
2- La présomption de culpabilité des Etats membres dans le cadre d'une procédure nationale	150
B- Les Etats membres face à leurs responsabilités	152
II- Des Etats membres victimes de la discrimination à rebours	153
III- Le principe de la confiance mutuelle entre les Etats membres : logique de l'intégration ou forme d'aveuglement idéologique	156
A- L'interdiction de se faire justice en réaction à une politique nationale incompatible avec le traité ou le droit dérivé	157
B- Le principe de la confiance mutuelle entre les Etats membres et le refus du double contrôle sur la qualité des produits importés	159
Conclusion de la section	163
Conclusion du chapitre	164
Chapitre 2- Une conciliation nécessaire mais difficile entre l'objectif d'un marché unique et la nature complexe du marché et des marchandises	164
Section 1- Une conciliation difficile en raison d'une interprétation jurisprudentielle extensive de la notion de marchandise	164
I- La reconnaissance de la double nature des biens culturels	165
II- La jurisprudence évolutive relative aux déchets : une assimilation de plus en plus marquée des déchets aux marchandises	167
III- Les stupéfiants et les médicaments : des marchandises de nature	

particulière	171
Conclusion de la section	172
Section 2- Une conciliation difficile en raison de la nature conflictuelle de la relation entre des objectifs mercantiles et certains impératifs non économiques	173
I- Une conciliation nécessaire entre la réalisation d'un marché unifié et le respect de ses diversités culturelles et biologiques	174
A- une conciliation nécessaire entre la réalisation d'un marché unifié et la préservation de sa diversité culturelle	175
1- les facteurs jurisprudentiels de risques d'uniformisation et de standardisation des produits liés à la disparition des traditions nationales et régionales dans le secteur alimentaire	175
a) Une vision dynamique et évolutive de la notion de marché	176
b) une conception idéalisée du consommateur européen	178
b.1- La priorité de la libre circulation des marchandises au profit du consommateur moyen normalement éduqué	178
b.2- La priorité de la libre circulation des marchandises au profit du consommateur dont la prudence est posée en postulat	182
b.2.1- un consommateur standardisé suffisamment protégé	183
b.2.2- Les risques d'uniformisation et d'appauvrissement culturels : conséquence d'une jurisprudence partielle	186
2- Une reconnaissance jurisprudentielle progressive de l'authenticité des produits et des traditions en phase avec la politique de qualité des produits alimentaires	189
a) Un juge pragmatique et précurseur de l'évolution du droit communautaire des aliments	189
b) Une jurisprudence en soutien de la nouvelle politique de qualité promue par le législateur communautaire	197
b.1- Une évolution jurisprudentielle nécessaire en vue de l'accomplissement des objectifs fixés par le législateur communautaire	197
b.2- La confirmation d'une jurisprudence favorable à la valorisation des produits agroalimentaires visés par la nouvelle législation communautaire	200
b.2.1- Une protection étendue des signes géographiques consacrés par le droit dérivé	200
b.2.2- Une jurisprudence favorable à l'efficacité du régime protecteur des dénominations géographiques	203
b.2.2.1 - Une qualification extensive des infractions, favorable à une protection efficace des dénominations enregistrées	203
b.2.2.2 - Une interprétation restrictive du régime dérogatoire	204
Conclusion du paragraphe A	205
B- Une conciliation nécessaire entre la réalisation d'un marché unifié et la préservation de sa diversité biologique	206
II- Le domaine de la santé publique comme illustration d'un arbitrage	

fluctuant entre la théorie du moindre risque sanitaire et les principes du libéralisme économique	216
A- Une lutte permanente contre le protectionnisme	217
B- Le régime dérogatoire de l'interdiction des MEERQ encadré par le principe de précaution	221
1- Des références plus ou moins explicites au principe de précaution	222
a) Une reconnaissance implicite du principe de précaution	223
b) Une application extensive du principe de précaution	228
2- Une jurisprudence empreinte de contradictions	231
Conclusion du paragraphe II	233
Conclusion de la section 2	233
Conclusion du chapitre 2	234
Conclusion de la première partie	234
<b>Seconde partie : La recherche laborieuse d'une cohérence jurisprudentielle pour concilier le marché intérieur et les nouvelles politiques de l'Union</b>	<b>235</b>
<b>Titre 1 – Une jurisprudence soucieuse d'adaptation à l'évolution du système des politiques de l'Union</b>	<b>236</b>
Chapitre 1 – Une jurisprudence pragmatique illustrée, en amont, par une interprétation évolutive du champs d'application des articles 34 et 36 TFUE	236
Section 1- Le pragmatisme de la CJCE/CJUE illustré par la théorie des exigences impératives et son évolution	237
I - Le fondement juridique de la théorie des exigences impératives : le choix de la cohérence ou de l'efficacité	237
A- Le choix de la cohérence	238
B- Le choix de l'efficacité et du pragmatisme au prix de l'orthodoxie	243
II – Le champ d'application de la théorie des exigences impératives : une clarification nécessaire	247
A- Exigences impératives et identification des MEERQ à l'importation	247
1- La jurisprudence « Keck et Milhouard », clé de lecture de la théorie des exigences impératives	247
2- Les arrêts « Déchets Wallons » et « PreussenElektra » : la cohérence au delà des apparences	250
a) Revirement de jurisprudence ou adaptation à des circonstances particulières	250
b) Une jurisprudence cohérente conditionnée par une autre perception de la notion de discrimination	254
B- L'arrêt « Gysbrechts » : Evolution de la théorie des exigences impératives ou indice d'une nouvelle définition jurisprudentielle des MEERQ à l'exportation	257
1- Les soubresauts de la jurisprudence relative à la définition des MEERQ à l'exportation	257
2- Les incertitudes générées par la jurisprudence « Gysbrechts »	262



Conclusion de la section	266
Section 2- La réactivité de la CJCE /CJUE illustrée par la définition nouvelle et évolutive des entraves aux échanges résultant de la jurisprudence « Keck et Mithouard »	267
I- La définition nouvelle des entraves aux échanges : le choix du pragmatisme face à l’opportunisme des opérateurs économiques	268
II- Vers un renoncement ou une confirmation par la Cour de la jurisprudence « Keck et Mithouard » ?	271
A- La vision d’une évolution vers une jurisprudence stabilisée	271
B- Une jurisprudence pérenne au delà des apparences	274
1- « Keck et Mithouard », une jurisprudence « affaiblie » : réalité ou simple illusion ?	274
a) Une application indirecte et implicite de la jurisprudence « Keck et Mithouard »	274
b) Le cadre juridique de référence pour l’appréciation du caractère discriminatoire des mesures nationales, facteur d’influence de la jurisprudence « Keck et Mithouard »	276
2- « Keck et Mithouard », une jurisprudence soumise aux aléas jurisprudentiels liés au concept de modalité de vente	277
a) Une interprétation parfois restrictive de la notion de modalités de vente révélatrice d’une faille dans la jurisprudence « Keck et Mithouard »	278
b) Une interprétation parfois extensive de la notion de modalité de vente, facteur de consolidation de la jurisprudence « Keck et Mithouard »	281
3- l’apparence provenant de l’existence d’une troisième voie	283
C- Les prémices d’un revirement de la jurisprudence « Keck et Mithouard »	286
Conclusion de la section	290
Conclusion du chapitre	291
Chapitre 2- Une jurisprudence pragmatique illustrée, en aval, par une interprétation évolutive des conditions et des motifs de dérogation à l’interdiction des entraves aux échanges : l’exemple du principe de précaution	292
Section 1- L’application laborieuse du principe de précaution par le juge communautaire	293
I- Les oppositions entre le juge et son avocat général	293
II- Les contradictions du juge	297
Conclusion de la section	299
Section 2- Le principe de précaution clé de lecture d’une jurisprudence cohérente au-delà des apparences	300
I- La conciliation entre l’affirmation jurisprudentielle d’une compétence	

étatique provisoire avant une harmonisation et la reconnaissance par le traité d'une compétence résiduaire après une harmonisation	300
II- L'identification des MEERQ à l'épreuve de la réalité de risques sanitaires	305
A- L'affirmation jurisprudentielle de la spécificité du commerce des médicaments lors de la confrontation entre les régimes nationaux de sécurité sociale et le principe de libre circulation des marchandises	305
B- L'affirmation jurisprudentielle de la spécificité du commerce des médicaments lors de l'application des mesures dérogatoires de l'article 36 TFUE	306
1- La cohérence préservée dans l'appréciation de la nature des exceptions de l'article 36 TFUE	307
2- La confrontation entre les droits nationaux de propriété industrielle et le principe de libre circulation des marchandises	310
Conclusion de la section	314
Conclusion du chapitre	315
Conclusion du titre	316
<b>Titre 2 : Les clés d'une jurisprudence légitime</b>	316
Chapitre 1 – Une jurisprudence légitimée grâce aux critères combinés des compétences étatiques et des valeurs non économiques	317
Section 1 – L'évolution de la jurisprudence expliquée par des raisons de politique sociale et de politique sanitaire	317
I- L'évolution de la jurisprudence expliquée par des raisons de politique sociale	318
II- L'évolution tâtonnante de la jurisprudence expliquée par des raisons de politiques sanitaire, environnementale et culturelle	325
A- La jurisprudence « Keck et Mithouard » : une application par la Cour de la théorie du moindre risque ? Le cas du monopole de la distribution des médicaments	326
B- Une priorité renforcée des enjeux sanitaires, environnementaux et culturels sur l'objectif de libéralisation des échanges, révélée par une forme d'intégration de l'article 36 du traité et des exigences impératives	328
Conclusion de la section	333
Section 2 – L'unité révélée au-delà d'une jurisprudence éclatée	334
I- La conciliation possible des jurisprudences « Keck et Mithouard » et « Dassonville »	334
A- L'unité jurisprudentielle révélée par une autre interprétation de l'arrêt « Dassonville »	334
B- La cohérence du juge communautaire révélée par une autre lecture de l'arrêt « Keck et Mithouard »	337
1- Une interprétation de l'arrêt « Keck et Mithouard » comme	

réponse à l'exigence de rationalisation d'une jurisprudence plurielle	337
2- Une interprétation de l'arrêt « Keck et Mithouard » synonyme de rapprochement avec la jurisprudence « Dassonville »	343
II- La conciliation entre la jurisprudence « Keck et Mithouard » et la jurisprudence « Cassis de Dijon »	345
Conclusion de la section	347
Conclusion du chapitre	347
Chapitre 2 – Une évolution souhaitable vers l'unité jurisprudentielle fondée sur le critère revisité de l'accès au marché	348
Section 1- Le critère de l'accès au marché, pierre angulaire de l'édifice jurisprudentiel abritant la définition des MEERQ à l'importation	350
I- Reniement ou consolidation des jurisprudences « Dassonville » et « Cassis de Dijon » autour du critère de l'accès au marché	351
A- Une jurisprudence en attente de clarification	351
B- Une évolution plus formelle que fondatrice	353
1- La jurisprudence « Dassonville » menacée par la nouvelle définition des MEERQ ?	353
2- Une nouvelle expression du principe de la reconnaissance mutuelle fondée sur le critère de l'accès au marché	356
Conclusion du paragraphe	357
II- La jurisprudence « Keck et Mithouard » demeure-t-elle pertinente ?	358
A- La jurisprudence « Keck et Mithouard » : un bilan controversé	358
1- Un lourd passif lié à la nature ambiguë du concept et aux objectifs non atteints	358
a) La difficulté de classement liée à la complexité de certaines situations	358
b) Le caractère excessivement restrictif d'une classification en deux catégories en fonction de l'objet des réglementations	360
c) Des incertitudes relatives au concept de discrimination	361
2- Des incohérences de principe	362
3- Des objectifs non réalisés	363
4- « Keck et Mithouard » : une jurisprudence obsolète ?	365
B- L'occasion manquée d'un revirement favorable à l'unité jurisprudentielle fondée sur les effets des réglementations	367
1- Une clarification nécessaire suite aux affaires relatives aux modalités d'utilisation	368
a) une jurisprudence divisée	368
b) des interprétations divergentes	369
2- La pérennité de la jurisprudence « Keck et Mithouard » menacée par la nouvelle définition des MEERQ ?	371
a) L'abandon de la jurisprudence « Keck et Mithouard », une question pertinente	371
b) La Cour obstinément fidèle à la jurisprudence « Keck et Mithouard »	375

Conclusion du paragraphe	378
III -Une évolution inachevée vers l'unité jurisprudentielle autour du critère revisité de l'accès au marché	379
A- L'accès au marché : un critère dont l'importance et la signification doivent être précisés	379
1- La jurisprudence « Keck et Mihouard », illustration d'une combinaison complexe de critères fondés sur l'objet des réglementations, d'une part, et sur leur effet, d'autre part	380
2- Une évolution jurisprudentielle insuffisante vers la suprématie du critère de l'accès au marché	383
a) Une timide évolution vers la suprématie du critère de l'accès au marché	384
b) Une clarification nécessaire du critère de l'accès au marché	389
b.1- Une regrettable confusion entre le critère de l'accès au marché et celui de la discrimination relative à la commercialisation des produits lors de l'application de la jurisprudence « Keck et Mithouard »	389
b.2- Une interprétation évolutive du critère de l'accès au marché fondée sur le comportement du consommateur	394
B- Les vertus d'un critère d'identification unique des MEERQ à l'importation basé sur les effets des réglementations sur les échanges	397
1- Le critère de l'accès au marché comme facteur de lisibilité	397
2- Le critère de l'accès au marché comme garant d'une juste répartition des compétences entre l'UE et les Etats membres	404
a) Le critère de l'accès au marché revisité conformément à l'objectif d'une intégration idéale du marché intérieur	405
a.1- Une définition critiquable de la notion de marché lors de l'application de la jurisprudence « Keck et Mithouard »	405
a.2- Une nouvelle interprétation du critère de l'accès au marché inspirée des jurisprudences relatives aux obstacles tarifaires aux échanges et au domaine du droit de la concurrence	412
b) L'idéal d'unicité du marché bordé par le respect de la souveraineté des Etats membres	415
c) Une interprétation souhaitable du critère de l'accès au marché en harmonie avec un développement équilibré et durable	418
Conclusion du paragraphe	419
Conclusion de la section	420
Section 2 – L'opportunité d'une interprétation réconciliée des articles 34 et 35 TFUE relatifs respectivement à l'interdiction des MEERQ à l'importation et des MEERQ à l'exportation	421
I – L'affaire « Gysbrechts » révélatrice d'une jurisprudence tourmentée	421
II- Une nouvelle architecture juridique facteur de cohérence et de stabilité grâce à la « réconciliation » des interprétations des articles 34 et 35 TFUE	425
A- Une harmonisation logique des critères d'identification des	

MEERQ à l'importation et des MEERQ à l'exportation	426
B- Une harmonisation aux conséquences prévisibles	428
C- L'unité jurisprudentielle autour du critère de l'accès au marché	431
Conclusion de la section	432
Conclusion du chapitre	433
Conclusion du titre	434
Conclusion générale	434