

# DROIT DU MARCHÉ INTÉRIEUR

Cours de Mme la Professeure Frédérique BERROD – 4A DAP 2020-2021

**Petit point sur l'examen de janvier 2021** – on va devoir écrire en 2h une note de cadrage juridique. Il faut fournir une réponse originale, cohérente, bien écrite, c'est-à-dire répondre à la question posée, donc ne pas transformer l'exercice en une fausse dissertation. Le but d'une note de cadrage est de répondre à un ministre, donc on attend de nous de réellement répondre à la question pour le ministre. La hauteur de la note dépend de la capacité à apporter des réponses et à faire le tour de la réponse de manière cohérente. Éviter de le faire à plusieurs, car il n'y a pas une seule réponse : il y a *des* réponses, *des* stratégies possibles. Pas de plan à faire et de plan à respecter. Pas de tartine, 6 pages c'est déjà beaucoup.

## Table des matières

<b>INTRODUCTION</b> .....	<b>2</b>
<b>PREMIERE PARTIE : LA LIBRE-CIRCULATION DES MARCHANDISES, LIBERTÉ MATRIÈRE DU MARCHÉ INTÉRIEUR</b> .....	<b>4</b>
SECTION 1 : LES CONDITIONS D'UTILISATION DE LA LIBRE-CIRCULATION DES MARCHANDISES .....	5
§ 1 <i>Les marchandises de l'Union Européenne</i> .....	5
a) La notion de marchandise .....	5
b) L'origine de la marchandise .....	7
§ 2 <i>Le rattachement des litiges au droit de l'union ou les enjeux du champ d'application</i> .....	8
a) La notion élargie de mesure étatique .....	9
b) La condition d'extranéité .....	11
c) Le rétrécissement de la catégorie des situations purement internes .....	11
SECTION 2 : LE FONCTIONNEMENT DE L'UNION DOUANIÈRE .....	14
§ 1 <i>L'interdiction des obstacles douaniers aux échanges commerciaux</i> .....	15
a) L'interdiction des droits de douane .....	15
b) La définition de la taxe d'effet équivalant à un droit de douane (TEE) .....	16
c) L'interdiction absolue des TEE (art. 30 du TFUE).....	18
§ 2 <i>L'encadrement des politiques fiscales des Etats membres (article 110 TFUE)</i> .....	21
a) La notion d'imposition intérieure.....	21
b) L'interdiction des discriminations fiscales.....	23
c) L'interdiction de la fiscalité protectionniste.....	24
d) Les possibilités d'harmonisation de la fiscalité .....	27
<i>Nouvelle stratégie fiscale de l'UE – possibilités d'harmonisation</i> .....	27
SECTION 3 : L'INTERDICTION DES OBSTACLES NON TARIFAIRES AUX ÉCHANGES.....	29
§ 1 <i>La notion de mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative</i> .....	29
a) L'interdiction de principe des mesures discriminatoires.....	30
b) L'interdiction de principe des mesures entravant la liberté d'accès au marché national .....	31
c) L'interdiction de principe du refus de reconnaissance mutuelle .....	37
§ 2 <i>La légitimation de la frontière ou les justifications des MEE</i> .....	39
a) Les justifications textuelles .....	40
b) Les justifications jurisprudentielles .....	41
c) L'hypothèse de la protection des droits fondamentaux .....	43
d) Les enjeux juridiques de la souveraineté européenne.....	44
SECTION 4 : LA POLITIQUE D'HARMONISATION DES LEGISLATIONS NATIONALES.....	46
§ 1 <i>Reconnaissance mutuelle et politique d'harmonisation</i> .....	47
a) La culture de reconnaissance mutuelle.....	47
b) La réforme de la reconnaissance mutuelle pour assurer plus de sécurité des produits .....	49
c) Les conséquences de la reconnaissance mutuelle sur la politique d'harmonisation .....	50
§ 2 <i>L'intensité variable de l'harmonisation</i> .....	52
a) L'harmonisation totale .....	52
b) L'harmonisation minimale.....	52
c) L'harmonisation optionnelle .....	52
§ 3 <i>Les différents types d'harmonisation</i> .....	53

a) L'harmonisation verticale.....	53
b) La « nouvelle approche » ou l'harmonisation horizontale.....	54

## Introduction

Le marché intérieur a changé d'actualité avec la crise sanitaire actuelle. Le MI est central parce que ce virus a ravivé les frontières, d'une manière assez surprenante selon les spécialistes. Il serait peut-être judicieux de réfléchir et d'aller vers une évolution de la vision du MI dans le DUE.

**L'article 26 du TFUE** nous donne la définition du MI. C'est « *un espace sans frontières intérieures dans lequel fonctionne plusieurs libertés* ».

Il y a des **libertés économiques** (libre circulation des marchandises, matrice du MI), mais également la **libre prestation des services**, la **liberté d'établissement**, ainsi que le **marché intérieur numérique**. Cet espace de libre circulation est complété par une liberté plus politique, aujourd'hui très problématique : la **libre circulation des citoyens**.

La réalité des frontières (et de leur ré-établissement) a été plutôt traumatique pour les espaces transfrontaliers. La crise a été surprenante parce que l'on n'a jamais eu autant de frontières intérieures que lors des mois de mars et avril, pour retourner vers la conformité presque normale du MI vers le mois de mai. Du fait de la recrudescence du virus, de nouvelles crispations apparaissent. La fermeture de la frontière franco-allemande (pas toujours bien faite) a généré des comportements que l'on pensait oubliés entre les deux pays. Malgré la frontière fermée, il a été constaté que l'on pouvait rentrer en Allemagne dès que l'on avait un passeport allemand, ce qui a tout à voir avec une discrimination sur la base de la nationalité (et aucun rapport avec la sécurité de la santé publique). **Ces éléments sont importants car ils montrent combien les frontières mentales entre les Etats restent extrêmement fortes.**

La frontière a, dans les faits, retrouvé sa « formule magique » qui consiste à dire que parce que la frontière est fermée, le virus sera ralenti (cf. Tchernobyl).

Ce que révèle cette crise, c'est que **la frontière conserve une pertinence**, pas à elle seule mais dans une palette de mesures. Si l'on supprime le droit de libre circulation des gens dans une ville, on ne l'autorisera pas au travers un frontière, ce qui est parfaitement légal du point de vue du DUE. **Ce qu'il faut, c'est faire cela pour protéger la santé publique, et pas pour rassurer les populations ni donner l'impression d'agir.** La gestion de la santé publique, cependant, va souvent à l'encontre de la libre circulation des personnes (ou du moins la contraindre), degré de contrainte que l'on avait un peu oublié en Europe.

On peut appréhender la frontière comme un espace ressemblant au Jardin des Deux-Rives, c'est-à-dire un espace de flux transfrontalier. Ce paysage a été considérablement modifié par la crise du COVID-19. Il y a des choses que le droit doit apprendre de cette crise.

Au 16 mars, on acte la fermeture des frontières autour de la France, et particulièrement la frontière franco-allemande, ainsi que la fermeture de l'espace Schengen (frontière extérieure de l'UE) qui est une décision européenne.

La première analyse qu'on peut faire de cette situation est celle de la nouveauté de cette crise. Pour la première fois, les frontières intérieures (entre 2 EM) se sont refermées en même temps que la frontière extérieure (fermée pour la première fois). Dans l'histoire des épidémies, pour la première fois, nous avons une pandémie qui se déclare partout au même moment.

Clefs de compréhension : intensité des flux internationaux ; degré de contagiosité du virus, qui est plus importante que d'autres virus du même type. C'est probable que cette nouveauté soit due à la mondialisation. **Face à la nouveauté, il est légitime que la frontière retrouve sa fonction de filtre.** L'ensemble des Etats ont opposé au virus une stratégie de confinement (avec des modalités variables). L'hypothèse de confinement général réapparaît dans certains pays pour faire face à la deuxième vague. **Pour la première fois, tous les Etats ont eu la même solution** : interruption totale de l'essentiel de la production économique ; arrêt total des écoles et des universités (ce qui, même en temps de guerre, n'est jamais arrivé). D'où évidemment le fait que cette crise aura des effets que nous ressentirons longtemps (qu'il disparaisse bientôt ou non).

Est associé à cela une image de l'idée de l'inaction de l'UE ainsi qu'un défaut de coopération : images largement fausses.

Ce que la Commission ne fera ni ne proposera jamais, c'est par exemple, un mode d'emploi du confinement. Pourquoi ? a cause du partage des compétences. Elle aimerait bien être plus interventionniste, en période de crise, l'UE ; **mais en matière de santé, les compétences appartiennent aux Etats** (s'ils confinent et comment). En revanche, l'UE a beaucoup agi en termes de coopération, pour discuter de l'évolution de la pandémie et pour discuter des moyens qui pouvaient fonctionner dans les Etats, ainsi que pour coordonner un certain nombre d'actions scientifiques (sans précédent au niveau de l'UE ainsi qu'au niveau mondial). Cela n'empêche pas le protectionnisme vaccinal qui a sa logique (si on met des fonds dans un virus, forcément on veut un retour). La COVID-19 va aussi déscolariser un certain nombre de filles dans les Etats en développement (exemple de conséquences auxquelles on ne pense pas vraiment).

L'UE, puisqu'elle est compétente, en matière de coopération, a décidé de précommander un certain nombre de vaccins dans différentes industries pharmaceutiques et consortiums. **Enorme travail de coordination réalisé dans le cadre de cette crise.**

Comment cette coordination a-t-elle impacté (ou pas) la zone frontalière ? Ce que la Commission a fait (avant d'être surprise par la fermeture des frontières) c'est un « manuel de la fermeture de la frontière intérieure », communication faisant le point sur la manière de fermer la frontière. Cela a donné lieu à une nouvelle architecture des zones frontières.

→ Première transformation (on ne sait pas jusqu'où elle sera pérenne) : **les frontières sont de nouveau des lieux d'attente. Désorganisation de la logistique à flux tendu** (qui organisait les approvisionnements des supermarchés et qui a créé des vides dans les rayons) : parce qu'on attendait de nouveau à la frontière ! La frontière intérieure a donc retrouvé une fonction de place de tri. La Commission a dit que les frontières pouvaient redevenir des zones d'attente si et seulement si elles avaient comme objectif la protection de la santé publique, c'est-à-dire réinstaller des contrôles. Les contrôles de papiers n'ont, par exemple, aucun rapport avec la santé publique. En revanche, les prises de température, les tests PCR et le contrôle des marchandises est autorisé car ce qui avait le droit de circuler, ce sont les marchandises « essentielles » avec les personnels essentiels (personnel hospitalier par ex.). On a autorisé cette attente qui génère un afflux de personnel aux frontières comme les douanes, la police, et puis du personnel sanitaire.

→ Cela engendre un nouveau vocabulaire : voies réservées de couloirs de circulations (couloirs verts) ; la frontière n'est franchissable qu'à des points frontières (plus arrivé depuis 1992, points qui étaient sous-équipés ou sans infrastructures), nœuds de transport logistique, couloirs de transits, itinéraires identifiés... Ce sont des mots avec une **réalité juridique, créant une nouvelle grammaire de la frontière.**

En pratique, la Commission Européenne a discuté avec les Etats qui faisaient attendre les véhicules (camions avec attestation) pendant de trop longues heures. Le blocage de masques destinés à l'Italie par la République Tchèque a été résolu par la Commission Européenne. Il n'y a pas eu de ruptures de stocks de médicaments véritablement, simplement des tensions.

Ce qui est caractéristique de l'ensemble de ce vocabulaire c'est que les frontières intérieures (qui n'existent plus dans l'article 26) ont retrouvé certaines caractéristiques des frontières extérieures (qui elles, existent !).

**La réactivation des frontières intérieures signifie qu'elles redeviennent des zones de contrôles.** Ce n'est pas nouveau, cela arrive depuis 2015 avec la crise migratoire et le terrorisme (en France, mais dans une dizaine d'autres Etats, pour éviter les mouvements secondaires de migrants). Systématisation de cela avec la crise sanitaire.

On retrouve le **double front de la frontière** : frontière française d'un côté à laquelle on ajoute la frontière allemande de l'autre. **Cette nouvelle configuration est préjudiciable à la libre circulation des marchandises ainsi qu'à la stabilité d'un certain nombre de familles transfrontalières.** La Commission européenne a réagi très vite sur les marchandises et les services, mais très longue sur les réponses pour les familles. Mi-mai : manuel de réouverture des frontières, ce qui a permis une désescalade des mesures (en fonction de la situation épidémiologique, on peut envisager une réouverture partielle puis totale).

Actuellement, la coordination entre les Etats est beaucoup plus systématique sur les contrôles aux frontières à l'exception de la quarantaine. Si l'on vient d'une zone rouge, il n'est pas anormal d'avoir des contrôles en allant dans d'autres EM. La quarantaine est compliquée, car l'argument que la France, l'Espagne, le RU ont utilisé est **l'argument de la réciprocité**. Ce n'est pas un principe qu'on applique entre les EM ; ce n'est pas parce que nos citoyens sont mis en quarantaine qu'on doit mettre en quarantaine les citoyens des Etats en question. C'est ici du **domaine du marchandage politique**.

Tout l'enjeu est de savoir si ces mécanismes vont continuer de fonctionner de manière satisfaisante dans le cas d'une deuxième vague. Il y a des lacunes dans ce fonctionnement du DMI qu'il faut réaliser.

Il faut également être attentif au développement des stratégies de relocalisation, de récupération d'un certain nombre de productions stratégiques et essentielles. On regardera en profondeur un certain nombre de communication du Commissaire du MI et de la souveraineté européenne, Thierry Breton, qui est la Stratégie de Politique Industrielle de l'Union. Cela a des conséquences déjà pour les médicaments, les productions énergétiques...

Il faut aussi regarder le cadrage du Green Deal ou Pacte Vert pour comprendre tout ça (texte sorti le 19 décembre 2019). Les premiers textes sont analysés par le Parlement. **Cela pose aujourd'hui une question majeure : peut-on conditionner la libre circulation des marchandises, des services, des personnes à des objectifs climatiques ou environnementaux ?** La hiérarchisation des objectifs n'existe pas dans le traité (libre-circulation aussi importante que la protection de l'environnement ou de la protection sociale). Cette hiérarchisation est audible pour certains mais pas pour d'autres, parce qu'elle n'existe pas dans les traités. Ce texte met en place une logique de fonctionnement très inédite ; malgré des lobbys forts anti-environnementaux, le Green Deal est toujours une priorité d'Ursula von der Leyen (cf. son discours devant le Parlement), car elle engage l'UE dans un suivi du Green Deal exceptionnel par rapport à ce qu'on pouvait craindre avec la crise sanitaire.

## **Première Partie : La libre-circulation des marchandises, liberté matrice du Marché Intérieur**

Cette première partie nous permettra de maîtriser l'intégration négative : interdictions posées dans les traités (exemple interdiction du droit de douane entre les EM) ; on y oppose l'intégration positive (ne repose pas sur une interdiction mais repose en fait sur une action des institutions (adoption de règlements, d'une directive, d'une communication etc.)). Cette action positive porte un nom (souvent mal utilisé) : harmonisation, qui mériterait un pluriel car possède plusieurs formes, vient compléter les interdictions posées par le traité.

Il y a des modes d'intervention des institutions européennes différents. L'intégration négative est essentiellement faite par la CJUE car elle suppose une interprétation du traité. Elle fait cette interprétation au travers de deux recours : le **recours en manquement** (Commission contre EM = recours en manquement), et l'autre voie de droit est la **question préjudicielle en interprétation du droit** (la plus connue reste l'arrêt de 1979, Arrêt Cassis de Dijon). L'intégration positive suppose l'adoption de textes, donc par le biais de la procédure législative ordinaire (proposition Commission, adoption par le Conseil de l'Union et le Parlement Européen). On lira ici des règlements, des communications, qui sont beaucoup plus volumineux que les arrêts de la Cour.

## *Section 1 : Les conditions d'utilisation de la libre-circulation des marchandises*

Les juristes utilisent le terme « champ d'application ».

Il est important de le regarder en DUE car on doit comprendre que le DUE ne s'applique pas toujours et qu'il reste du droit national (même si les deux sont en permanence imbriqués).

Il y a une série de définitions à connaître assez importantes car elles déterminent quand on applique le DUE et quand on se réfère au droit national. Quand on regarde les conditions d'application on voit que beaucoup de choses sont dites dans les traités (traités cadres) mais pas de définition précise. Une seule solution en DUE pour savoir vraiment la définition : regarder s'il y a eu une affaire impliquant la cour (qui est la seule interprète légitime du traité). **La CJUE fixe l'interprétation du DUE.**

### **§ 1 Les marchandises de l'Union Européenne**

Les dispositions sur la libre circulation débutent à **l'article 26 du TFUE jusqu'à l'article 38**. Premières dispositions à avoir été interprétées par la CJUE, depuis le traité de Rome (qui gouverne l'essentiel du commerce entre les EM qui était à l'époque essentiellement un commerce de marchandises). On s'est donc posé la question, au moment de l'écriture du traité de Lisbonne, de savoir s'il ne fallait pas changer l'ordre, puisque dans la modernité les services sont plus importants que les marchandises ; mais non, **les marchandises sont des matrices**, des modèles pour le reste du texte.

#### **a) La notion de marchandise**

Quand on regarde le traité, les articles 26 et suivants, dès l'art. 26 paragraphe 2, on nous explique que **le marché intérieur est fondé sur une union douanière qui permet la libre-circulation des marchandises sans que le traité ne fournisse une définition de marchandises.**

#### **L'affaire des œuvres d'art italiennes : CJUE, 1<sup>er</sup> juillet 1969, Commission c. Italie, C-24/68.**

Elle précise la définition de marchandises.

En cause, une taxe que l'Italie impose à toute exportation d'œuvres d'art (œuvre au sens très large : patrimoine archéologique, artistique etc.). Ces taxes, à l'époque, sont assez importantes. L'Italie taxe pour éviter la fuite du patrimoine. A partir du 1<sup>er</sup> juillet 1968 dans les 6 Etats fondateurs de l'Union, va être mise en place l'Union douanière, c'est-à-dire que les Etats abandonnent leurs compétences douanières et les donnent à l'UE.

Le premier argument de l'Italie est qu'on est face à des œuvres d'art, ce ne sont donc pas des marchandises, elles font partie du patrimoine culturel italien. On ne peut donc pas imposer le principe de libre circulation, donc en tant qu'Etat l'Italie peut imposer des droits de douane car ce n'est pas une marchandise.

**La CJUE va donc devoir définir la marchandise au sens du traité** (qui instaure l'Union Douanière). C'est une définition large car la CJUE doit **protéger les traités** (l'idée c'est qu'un maximum de chose puisse être appelée marchandise pour bénéficier de la libre circulation). Cela ne veut pas dire que la CJUE prend une position politique ultra-libérale, uniquement une position qui veut faire bénéficier un max de choses de la libre

circulation. Aujourd'hui on trouve ça problématique car la libre-circulation n'est pas nécessairement positive dans l'UE ; cependant, à l'époque de l'arrêt, le contexte idéologique était très différent.

La CJUE donne une définition fonctionnelle, c'est-à-dire une **définition attachée à la fonction qu'à la disposition dans le droit de l'intégration**. Ce n'est pas le plus petit dénominateur commun des Etats. La Cour a pris la définition qui l'arrangeait le plus dans le sens du droit de l'intégration. L'Union douanière est la première pierre du marché intérieur, donc c'est un bon argument de la part de la Cour que d'utiliser cette union couplée d'une définition large. La Cour ne se réfère pas aux définitions nationales ni internationales. **Elle recherche une définition endogamique au traité dans l'objectif de faire fonctionner l'Union douanière.**

« *Une marchandise est tout produit appréciable en argent et susceptible comme tel de former l'objet de transactions commerciales* ». Une définition large qui est fondée sur la valeur de la marchandise, ce qui veut dire et qui a de l'importance pour l'économie solidaire : s'il n'y pas d'échange d'argent pour le produit, il est exclu du marché intérieur et donc pas possibilité de s'appuyer sur la libre circulation de marchandises. Aujourd'hui, le troc inclus dans les systèmes d'économie solidaire peut poser problème car cette économie n'est plus uniquement localisée.

Appliqué aux œuvres d'art : ce sont effectivement des produits, biens matériels appréciables en argent (la CJUE rappelle que l'Italie fait varier la valeur de sa taxe en fonction de l'œuvre), donc les œuvres font l'objet de transactions commerciales.

La CJUE conclut donc que les œuvres d'art sont des marchandises. Ainsi, vont s'appliquer les dispositions sur la libre circulation. Cela ne veut pas dire que l'Italie ne peut pas protéger ses œuvres d'art en tant que patrimoine culturel ; bien entendu, elle peut le faire, mais dans les conditions du traité (si on regarde les actions de l'Italie en détail, on s'aperçoit bien que la volonté de protéger le patrimoine culturel était plutôt loin dans la liste de priorités de l'Italie dans ce cas).

La jurisprudence s'est confrontée à différentes hypothèses :

- **Les pièces de monnaie de collection sont-elles des marchandises ?** Elle a décidé qu'une pièce de monnaie n'ayant plus cours légal ne peut plus être utilisée dans des transactions commerciales en tant que monnaie d'échange, ce n'est donc plus du capital ; en revanche, les pièces de monnaie en tant que collection ont une valeur estimable en argent et ont donc une valeur commerciale : ce sont donc des marchandises.
- **Quel est le statut des déchets ?** La CJUE a estimé et confirmé sa jurisprudence de dire que le déchet était une marchandise. C'est un bien ; mais un bien appréciable en argent ? Les économistes appellent des déchets des biens à « valeur négative » car on paye pour s'en débarrasser. Le marché des déchets est tellement juteux qu'il est souvent aux mains de la mafia (cf. Italie : Naples, etc.) ... La CJUE a considéré que même avec une valeur négative il y avait bien une évaluation possible en argent, un véritable marché, c'est donc une marchandise. Si c'est une marchandise il y a une libre-circulation du déchet en Europe ; les déchets voyagent pour être traités ou stockés (de manière ultra-sécurisée pour les déchets nucléaires par exemple). Cela peut venir contredire un principe du droit de l'environnement qui est dans le traité qui est le principe de traitement des déchets à proximité de leur lieu de production. C'est parfois difficile de raisonner à partir de libre-circulation dans certaines hypothèses.
- **Sont aussi des marchandises les médicaments.** Ils sont évaluables en argent, ont un marché (tendu avec pénuries parfois). Ce n'est pas un bien de santé qui se trouverait hors du commerce.
- **S'est posée la question d'un film :** libre-prestation d'un service ou libre-circulation des marchandises ? La CJUE a considéré qu'il y avait deux éléments : le film en lui-même qui est une prestation de service et le support en lui-même qui est une marchandise.

**Nous avons une évolution très récente dans la notion de marchandise qui est celle de marchandise « essentielle ».** Cet ajout est apparu lors du confinement, dans une communication de la Commission Européenne en date du 15 mars 2020 intitulé « *Lignes directrices relatives aux mesures de gestion des frontières visant à protéger la santé publique et à garantir la disponibilité des biens et services essentiels* ».

On a observé des problèmes de circulation du fait de la fermeture des frontières ; ce qui va déclencher l'action de la Commission, c'est 18h d'attente à la frontière polonaise pour des camions frigorifiques (marchandise périmée) ; et l'affaire des masques bloqués en République Tchèque à destination de l'Italie (qui était en plein dans la crise).

Elle intervient par le biais de cette communication dans laquelle elle va essayer d'éviter deux choses : les pénuries (masques, gants, respirateurs, sur certains médicaments comme les anesthésiques) et l'aggravation des difficultés sociales et économiques (mise à l'arrêt de toute une série de productions).

La Commission européenne va donc, dans sa communication, chercher à préserver « ***l'intégrité du marché unique des biens*** », notamment pour les chaînes d'approvisionnement qui peuvent être plus ou moins longues mais qui sont extrêmement importantes pour toute une série d'industries (de l'énergie à l'industrie automobile). Elle va également chercher à « ***garantir la libre circulation des biens essentiels*** ».

Dans les faits, quelles sont les actions de la Commission pour protéger les chaînes d'approvisionnement ? Elle va définir une nouvelle cartographie de la circulation en créant des couloirs de circulation, qui sont les couloirs verts. Ils sont mis en place pour favoriser la circulation des biens essentiels sans sacrifier les mesures sanitaires.

**Qu'est-ce qu'on entend alors par biens essentiels ?** Les biens de première nécessité tels que les denrées alimentaires, biens pour le bétail ; les équipements et fournitures médicales (respirateurs, anesthésiants...) mais aussi les équipements et fournitures de protection (masques, gants, surblouses...). Il faut protéger la libre-circulation de ces marchandises spéciales car ce sont des marchandises vitales. C'est l'action de la Commission qui a permis la reprise de la libre-circulation pour toutes ces marchandises, à partir environ du 25 mars.

**Ces biens essentiels sont-ils une catégorie juridique pérennisée après le confinement ?** Vu ce qu'il se passe aujourd'hui on peut dire oui mais quand la crise est passée, on arrive à maintenir cela ? Probablement pour certains biens essentiels (médicaments, énergie). Se reposera la question de cette catégorie dans la nouvelle stratégie européenne en date du 8 mars 2020 qui est la stratégie de politique industrielle.

### **b) L'origine de la marchandise**

L'origine de la marchandise est très importante car la libre-circulation ne s'applique qu'à l'intérieur de l'Europe. Vis-à-vis d'un Etat à l'extérieur de l'Europe, on n'applique pas la libre-circulation des marchandises (enjeu du Brexit), parce qu'elle résulte d'un réseau de droits et d'obligations entre les Etats-membres. Si, avec l'Etat tiers on n'a pas le même niveau de droits et d'obligations, on n'applique pas la libre-circulation.

La zone d'intégration régionale du GATT ne suppose pas la clause de la nation la plus favorisée car cela déséquilibre la zone d'intégration régionale. On pourrait avoir des zones de libre-circulation comme à l'intérieur de l'espace économique européen : UE, Liechtenstein, Islande, Norvège. Le RU voulait le « statut norvégien », ce qui voulait dire en gros de rentrer dans l'espace économique européen, ce que les norvégiens ont refusé. Tout cela va avoir une traduction en termes de libre-circulation qui est au cœur des négociations entre le RU et l'UE.

### **Qu'est-ce que c'est que l'origine européenne ?**

La notion d'Union douanière apparaît à **l'article 28 du TFUE**. La première pierre du marché intérieur est l'union douanière. Elle s'étend à l'ensemble des marchandises.

Les marchandises visées sont celles qui sont originaires des Etats membres. Cela fait référence à la chaîne de production ; si à une étape le produit n'est pas issu d'un Etat membre, il y a un souci.

L'origine est définie dans le **Code des Douanes**, qui est une série de règlements adoptés par l'UE ; elle fixe l'ensemble des dispositions relatives aux droits de douanes. Dans ces règles (art. 23), l'origine relève de dispositions faisant références aux règles du GATT sur la détermination de l'origine d'un produit. L'UE s'est référé au GATT car on est dans le secteur de l'union douanière et que l'UE est membre de l'OMC depuis 1993 (Accords de Marrakech) qui est une organisation parapluie servant de fonctionnement à plusieurs accords commerciaux (dont le GATT, 1947). Dans le cadre du GATT, l'idée est de diminuer et supprimer les droits de douane entre les EM. Dans le GATT, l'origine de la marchandise est le lieu de production ; mais si on a une production fractionnée sur plusieurs lieux, alors le produit a « *l'origine de sa dernière ouvraison substantielle économiquement justifiée* ».

Dans le cadre d'une vache née en France, engraisée en Belgique et découpée au Maroc, quelle est son origine ? Le découpage est une ouvraison substantielle et une étape importante dans la chaîne vache-homme. Cette transformation est économiquement justifiée par on en a besoin pour une finalité. La dernière ouvraison substantielle étant le Maroc dans cet exemple, son origine sera un Etat tiers. Pour pouvoir franchir la frontière il faudra payer des droits de douane ; elle devra aussi remplir une série de conditions sanitaires (l'UE est un marché sanitaire compliqué car nous avons les conditions sanitaires les plus élevées d'Europe) ; respecter la conformité aux normes UE. A ce moment-là, elle rentre dans l'UE et peut bénéficier de la libre-circulation (fin de l'art. 28-2) parce que c'est une marchandise **mise en libre pratique**.

Mise en libre pratique = droits de douane payés, conditions sanitaires remplies, conforme aux normes UE.

Ne sont pas du domaine de la dernière ouvraison substantielle économiquement justifiée (OSEJ) les « usines tournevis » (qu'on appelle ainsi parce que leur apport dans la production d'une marchandise est très faible). On a l'exemple dans des voitures produites au Japon qui étaient soumises à des quotas d'importation (objectif : ralentir des flux). Les entreprises japonaises avaient fabriqué leurs voitures et avaient installé une usine dans un EM ; cette usine coloriait la voiture ou alors remplaçait un équipement. Le problème a été de savoir si c'était une ouvraison substantielle économiquement justifiée ; si ça l'était, alors le lieu de la dernière OSEJ était un EM et la voiture japonaise pouvait circuler librement dans l'UE, ce qui rendait les quotas d'importation peu opérationnels. Quand les usines étaient dites « tournevis » ce n'était pas une ouvraison substantielle et donc ce n'était pas économiquement justifié, donc on remet les quotas au goût du jour.

**Le problème de la définition OSEJ est un « standard » en droit donc très variable.**

Dernier exemple : si la voiture arrive en pièces détachées et est assemblée en Europe c'est à la fois une ouvraison substantielle *et* économiquement justifiée car la différence entre les pièces qui arrivent et la voiture entièrement montée donne le prix de la voiture.

Cette notion est au cœur de beaucoup de polémiques et elle est souvent retravaillée dans les textes pour maintenir la frontière extérieure de l'UE. S'il y a des abus, cela change le modèle économique d'importation du produit. Aujourd'hui c'est majeur pour l'UE car elle prétend être une **union qui protège sa population** (d'où l'importance des règles sanitaires) et qui la protège notamment avec des **règles sociales** (modèle social européen) et **environnementales**. Il faut que le commerce international ne détruise pas ces règles, et c'est là où se fait la tension aujourd'hui. Cette idée d'origine de la marchandise est majeure car en fonction de l'origine peut-être faudra-t-il une taxe carbone, des droits de douanes, des contrôles sanitaires ou d'autres contrôles environnementaux. Politiquement, cette frontière extérieure est très importante et complexe.

## § 2 Le rattachement des litiges au droit de l'union ou les enjeux du champ d'application

Cette discussion est complexe mais fondamentale. L'UE n'a pas vocation à faire disparaître les Etats. Pour appliquer le droit de l'UE on doit être dans son champ d'application ; ce champ matériel suppose qu'on rattache le litige ou la situation à du droit de l'union.

### a) La notion élargie de mesure étatique

Il faut savoir que les règles que nous allons étudier sont des règles qui viennent discipliner les Etats, et uniquement les Etats. Le DMI ne vient pas discipliner les entreprises. Or, dans l'UE, on est partis d'une logique *ordo-libérale* c'est-à-dire l'idée que si on laisse faire les entreprises, elles vont tout faire sauf de la concurrence. Si on encadre les entreprises elles s'entendront ; si on les laisse faire elles vont abuser de leur position. Pour que les entreprises se fassent concurrence on a installé le droit de la concurrence.

La notion de « **mesure étatique** » est **large** dans l'UE.

- L'Etat est évidemment l'Etat central, mais c'est aussi la localité, la municipalité ; ça peut être aussi l'Etat fédéré, la région... il n'est donc pas possible d'échapper aux règles du MI en faisant prendre les dispositions par les régions plutôt que par l'Etat central.
- Pour avoir une mesure étatique il faut avoir un acte unilatéral. C'est un acte adopté par les autorités étatiques (cf. point du dessus).
- Pour matérialiser la mesure étatique il faudra prendre de la jurisprudence.

### Affaire de la Cour de Justice du 9 décembre 1997, Commission contre France, C-265/95.

C'est un arrêt en manquement, qu'on appelle l'**arrêt de la « Guerre des Fraises »**. Cette affaire remonte à bien avant les introductions en justice, si l'on regarde les faits.

Il s'agissait de tensions entre la France et l'Espagne. Le Ministre de l'Agriculture, Jacques Chirac, au moment des discussions d'entrée de l'Espagne dans l'UE, avait fait remonter que les agriculteurs craignaient de disparaître à cause de la concurrence déloyale de l'agriculture espagnole. N'ayant pas pu bloquer l'entrée de l'Espagne ni obtenir de dérogation particulière pour leur cas, les syndicats agricoles français se sont lancés dans la guerre des fraises. Il s'agissait alors d'arraisonner les camions espagnols quand ils franchissaient la frontière, renverser les caisses de fraises sur l'autoroute, menacer les centres commerciaux vendant des fraises espagnoles, etc... Ces pratiques ont duré pendant des décennies.

Les Espagnols ont porté plainte à la Commission, au nom de la libre-circulation des marchandises : en effet, avec un chargement renversé, le trafic était également bloqué en France.

La Commission a donc engagé une **action en manquement contre la France**.

→ En premier, on a la **phase administrative du manquement** qui se déclenche. C'est un dialogue entre les services de l'Etat concerné par l'action et ceux de la Commission.

En l'espèce, cette dernière a relayé les plaintes des producteurs et du gouvernement espagnol à la France qui lui a opposé l'absence de mesures étatiques au sens du traité. C'est-à-dire qu'elle a rappelé que les syndicats sont en droit français des personnes privées, dont l'action n'est donc pas imputable à l'Etat, et donc que ces mesures n'étaient pas françaises ; la France ne pouvait donc pas être poursuivie pour non-respect des règles de circulation. Il ne s'agissait pas d'une mesure mais d'une **abstention de l'Etat**.

Le problème de la Commission était l'absence de réaction des autorités françaises ; elle s'interroge sur le fait que la police est envoyée mais elle arrive toujours après les accidents (sur des décennies d'accidents de ce genre, ça paraît suspect). La Commission a expliqué qu'elle entamerait des poursuites pour son abstention d'agir et qu'elle trouverait des solutions pour que ce type de manifestations ne se reproduise plus. La difficulté ici est l'absence de mesures et le fait que les syndicats possèdent une liberté très importante qui est celle d'organiser une grève.

→ La Commission **émet ensuite un avis motivé**. Elle donne quelques mois au pays concerné pour se mettre en conformité avec ce qui a été demandé. Dans notre cas, après réception de l'avis motivé, la France n'a rien fait. L'affaire va donc prendre une tournure judiciaire.

Devant la Cour de Justice, la France réitère sa défense et rappelle qu'elle a toujours condamné les actes de vandalisme ou les opérations de type commando à l'origine d'un certain nombre de plaintes. Elle explique donc qu'elle condamne mais ne peut pas réellement gérer la « coordination rurale » des syndicats. La France estime néanmoins que l'abstention qui pose problème à la Commission ne peut pas être imputable à l'Etat au sens de la définition des mesures étatiques.

La Cour manœuvre assez prudemment du fait de la difficulté de l'affaire. Elle va considérer que l'abstention peut être une mesure au sens du traité, dès lors que cette abstention est une « *abstention coupable de l'Etat* » ce qui permet à la Cour de conclure que, sans méconnaître les difficultés des autorités au maintien de l'ordre, les mesures du gouvernement français n'ont « *manifestement pas été suffisantes pour sécuriser les échanges* ». Ces difficultés internes ne peuvent pas servir d'excuse pour le gouvernement français, lequel est lié par le traité et plus particulièrement par un principe trouvé à l'article 5 du TUE, principe dit de « **coopération loyale** ». Donc à partir du moment où un Etat s'abstient d'agir en violation à ce principe de coopération loyale, cette abstention sera redevable des principes de libre circulation des marchandises.

Le **principe de coopération loyale** est un principe qui vaut non seulement de l'Etat vers les institutions, ou l'inverse : quand la France est dans une procédure de manquement, qu'on en soit à la phase contentieuse ou administrative il en **vient à l'autorité étatique de coopérer**. Entre les Etats membres est aussi valable ce principe de coopération.

Ce qui ressort de la manière dont la Cour raisonne c'est que dans les traités, il est sous-entendu que l'Etat ne peut pas faire justice lui-même. Si la France a un problème de concurrence déloyale avec l'Espagne, alors elle dispose d'une voie de droit pour faire valoir ses arguments devant la Cour de Justice. C'est le **recours en manquement inter-étatique**. Si la France trouve que l'Espagne ne joue pas le jeu communautaire, elle peut saisir la CJUE ou la Commission pour regarder ensemble s'il y a manquement.

[Il y a moins de fonctionnaires à la Commission qu'à la ville de Marseille].

La France est condamnée parce que la Cour estime qu'il y a disproportion entre la gravité de la menace sur les fraises pour les agriculteurs français (donc que la crainte de la concurrence déloyale de l'Espagne est partiellement injustifiée) et le degré avec lequel l'administration laisse agir le syndicat agricole en question.

→ Une fois que la France est condamnée, il faut respecter l'arrêt en manquement. L'UE et les EM ont mis en place des mécanismes, collectés dans différents textes, qui sont des **systèmes d'alertes d'un Etat en cas de blocage de la libre-circulation des marchandises du fait d'actions sociales**. L'idée est de tout faire dans l'UE pour éviter un blocage total.

**La libre-circulation des marchandises est une liberté fondamentale au sens des droits fondamentaux** (chose que la Commission a réaffirmé dans la crise du COVID).

Mais il est tout autant fondamental de respecter le droit de grève, qui depuis cette affaire est un principe écrit dans les droits fondamentaux.

Cet équilibre qui doit être fait entre respect du droit de grève et libre-circulation des marchandises se fait via le **principe de proportionnalité**. C'est-à-dire que quand il y a une grève des camions, les syndicats de camions ont signé des accords avec le gouvernement pour que les barrages mis en place doivent nécessairement être filtrants (camions mis en chicane pour laisser passer les camions en transit sur le territoire français) : on peut bloquer les camions français mais tous les camions venant de l'étranger où les camions français partant à l'étranger doivent être laissés passés. Ceci est **une conséquence directe de l'arrêt en manquement** « guerre des fraises » : le gouvernement a renégocié les différents points de conflits pour éviter des entraves trop importantes à la libre-circulation des marchandises.

## b) La condition d'extranéité

Vocabulaire typique du droit international privé, qui veut dire simplement que **la situation doit présenter un lien avec l'étranger**.

Cette condition existe en libre-circulation des marchandises pour la marchandise elle-même, pas pour son producteur ou son distributeur. **Cela veut dire que pour appliquer la libre-circulation des marchandises il faudra que le flux commercial soit un flux transfrontalier**. Il suffit d'une frontière franchie pour qu'il y ait lien d'extranéité.

On ne tient pas compte de l'intensité du flux commercial : peu importe qu'il soit important, mineur, que le trajet soit long...

A ce lien d'extranéité, vient s'opposer des situations que la CJUE appelle les **situations purement internes**. C'est-à-dire celle où la marchandise est produite en France, vendue en France à des consommateurs français : la marchandise n'a franchi aucune frontière donc on a aucun lien d'extranéité. **La conséquence est simple : dans un cas de situation interne, on n'applique pas le droit de l'union mais le droit national**.

**RAPPEL** – Le droit de la libre-circulation des marchandises ne fait pas disparaître le droit national : en vertu du traité, le marché intérieur est un domaine de compétences partagées. C'est-à-dire que l'Etat agit jusqu'au jour où l'Union harmonise. Par définition, dans le marché intérieur, on a du droit national qui va réguler le marché national et on a le DUE qui va gérer les flux de marchandises (et uniquement les flux de marchandises !) A ce titre, le DMI est un droit de la régulation des marchés ; cependant, on peut aussi être amené à modifier le droit national sous influence du droit de l'Union.

Toute la difficulté est quand on dit que l'Etat agit *dans la limite de ce que lui permet le traité*. Dans le DMI, c'est très important. **L'Etat a le droit de réguler mais dans certaines limites** ; l'Etat ne peut plus réguler à partir du moment où c'est l'UE qui régule et cela suppose une mesure d'harmonisation. Cela exprime juridiquement l'espace législatif et normatif de l'Etat.

Cet espace doit persister et être protégé par l'UE (car l'UE respecte l'identité nationale des Etats donc leur capacité à légiférer) mais elle impose quand même un **cadre d'action** des Etats car ils ont accepté de devenir des Etats membres.

L'Etat fonctionne dans une conception très différente de la frontière qui est à ce stade une **frontière ouverte**.

## c) Le rétrécissement de la catégorie des situations purement internes

Malgré l'importance de la situation purement interne, le domaine de compétences partagé et la protection de l'identité nationale par l'UE, **la Cour n'est pas franchement cohérente** sur la notion de « situation purement interne ». Elle a introduit la notion mais l'a brouillée par la suite.

**La notion de situation purement interne est fondamentale dans la logique de partage des compétences**. Néanmoins, devant la Cour, on a toujours des litiges factuels. La difficulté pour les juristes est de tirer des enseignements généraux d'une situation spécifique.

Il y a un équilibre entre l'UE et les Etats. Ce qui est au cœur du système de l'Union, c'est le partage des compétences. Parfois, cet équilibre dans le partage balance en faveur des Etats, parfois en faveur de l'Union. Chronologiquement, cet équilibre est mouvant : dans les années 1980, par exemple, on avait ce qu'on peut appeler de « l'Etat bashing » ; mais aujourd'hui, on n'oserait plus faire cela (ni rendre les mêmes jurisprudences) car l'Etat a repris de l'importance. Le fait que l'Etat ait repris de l'importance tient à l'action et aux jurisprudences de la CJUE ainsi qu'au Traité de Lisbonne, qui a considérablement renforcé le poids des Etats dans le jeu européen.

La logique de la Cour est de suivre ces tendances. L'un des moyens de faire balancer l'équilibre d'un côté ou d'un autre est la compréhension et l'exploitation de la situation purement interne, où l'on peut aller dans le

sens des Etats, ou pas. Dans certains cas, la Cour voit que les situations sont tellement anecdotiques ou justement tellement contraires au droit de l'UE qu'elle peut aller jusqu'au bout de son raisonnement et faire supprimer de l'ordre juridique d'un Etat certaines dispositions contraires au droit de l'Union.

### **Jurisprudence Carbonati du 9 septembre 2004, C-72/03.**

Affaire des marbres de Carrare – il y avait une **taxation** instaurée par la commune de Carrare sur le marbre exporté. Ce type de taxation est héritée du Moyen-Âge, car à l'époque c'était le moyen de financer les villes (cf. Ancienne Douane à Strasbourg qui permettait d'entrer dans la ville et qui finançait ce qu'on appellerait aujourd'hui du service public). Cette taxation, au moment des faits, n'avait pas un effet qui défavorisait le commerce. Elle rapportait de l'argent qui servait aux infrastructures minières et portuaires (gros bateaux), de la formation des mineurs, actions touristiques, etc... C'était donc une **taxe locale**.

Quand l'affaire arrive devant la Cour, par le biais d'une question préjudicielle, c'est l'existence et la nature de la taxe qui est contestée. L'avocat, devant le juge italien, affirme que c'est une taxe douanière. Le juge ne comprend pas pourquoi est invoquée une **taxe douanière**, car il n'y a pas franchissement de frontière, donc il insiste sur la nature locale de la taxe. Comme il n'est pas sûr de lui, il pose une question préjudicielle à la CJUE.

**L'Italie défend l'idée que la situation est purement interne** ; il s'agit d'une taxe communale perçue sur du marbre extrait sur la commune de Carrare.

L'UE considère que cette taxe locale est néanmoins une mesure étatique, et que celle-ci ne correspond pas à une situation purement interne parce que le marbre est taxé à l'exportation (que l'exportation soit intérieure ou extérieure à l'Italie).

On peut dégager une conception moderne de la frontière de cette affaire, parce qu'on voit une frontière communale et plus uniquement nationale. Donc on applique la libre-circulation sur la frontière nationale mais aussi infra-étatique (ici communale).

La jurisprudence de la Cour décide donc, en matière d'obstacles tarifaires aux échanges, qu'il n'y a plus de « situation purement interne ». Cette disparition de la situation purement interne pour les obstacles tarifaires s'explique par le fait que l'UE étant fondée sur une union douanière, celle-ci suppose de prendre en compte les frontières nationales *et* infra-étatiques.

Dans une autre affaire à laquelle la Cour a fait face concernant la taxe appelée « octroi de mer » (taxe payée sur toute marchandise entrant sur l'île de la Réunion), on retrouve les mêmes conclusions que pour les marbres de Carrare. L'octroi de mer frappait aussi les marchandises françaises arrivant sur la Réunion ; il y avait donc une frontière infra-étatique et il fallait examiner la taxe au regard de l'union douanière. Comme la situation purement interne pour les obstacles tarifaires a disparu, la taxe fut interdite. L'île de la Réunion a donc dû trouver un autre mécanisme pour financer ses services publics qui était plus ou accord avec l'union douanière.

### **Affaire du 7 mai 1997, Pistre, C-321 et 322/94.**

Il s'agissait d'une affaire devant le juge français. M. Pistre et d'autres étaient poursuivis pour avoir mis en vente sur le territoire français des produits de salaison (saucisson) portant sur leur étiquette la mention « de montagne », mais les saucissons ne provenaient pas des montagnes françaises. Ce n'était donc pas possible de les vendre. Cette législation établit une **discrimination à raison de la provenance** – c'est dur pur **protectionnisme** dans ce cas, le sens étant simplement de protéger les produits français par rapport à une éventuelle production étrangère.

Le problème dans cette affaire était que la situation était réellement purement interne. Le saucisson était produit et revendu en France, qu'il soit de montagne ou pas au sens de la régulation française. La Cour, si elle

avait été au bout de la logique, aurait pu dire que la situation était purement interne et qu'elle n'avait rien à répondre quant à la compatibilité au DUE.

**Ce qui gêne la Cour ici, c'est le franc protectionnisme que dégage cette mesure.** Elle sait que cette affaire va probablement un jour concerner des saucissons importés. La Cour dit que l'entrave est évidente ; que la situation est purement interne, mais **comme la mesure est évidemment discriminatoire, on agit.**

La Cour analyse les effets concrets du litige mais elle s'intéresse aux effets potentiels que la législation nationale pourrait avoir dans une situation transfrontalière. La CJUE va rechercher les entraves discriminatoires et les supprimer. Pour celles-ci, elle a besoin d'un « **élément d'extranéité virtuel** ».

A la fin de l'arrêt, la Cour dit bien à quel point la mesure est discriminatoire et la France a donc depuis modifié sa législation sur les salaisons (« de montagne »).

### **Affaire Guimont, 5 décembre 2000, C-448/98.**

M. Guimont, producteur français d'emmental, en vend sans croûte ; il est poursuivi parce que la DGCCRF lui dit que l'emmental c'est avec croûte ou alors ce n'est pas de l'emmental.

L'affaire finit devant le juge français et ce dernier saisit la CJUE. On est ici dans une situation purement interne, mais pour l'avocat, il fallait distinguer l'affaire Guimont de l'affaire Pistre car dans l'affaire Guimont nous n'avons aucune discrimination sur la provenance, donc pas de protectionnisme. On appelle ça **une affaire indistinctement applicable.**

La CJUE admet qu'il n'y a aucune discrimination, mais dit que l'UE a pour but de protéger ses consommateurs, donc elle va répondre à la question.

Comme c'est probable que l'absurdité de la question l'ai quelque peu agacée, que la réglementation n'a en soi aucun sens, la Cour rend une jurisprudence particulièrement compliquée. Elle est obligée de passer outre la situation purement interne. Autant un jour une mesure discriminatoire comme celle de l'affaire Pistre va concerner un importateur ; mais une mesure indistinctement applicable comme celle de l'affaire Guimont n'a aucun sens.

Le raisonnement de la Cour est un **raisonnement par l'absurde.** La CJUE condamne la France en disant que c'est une mesure disproportionnée, que cette mesure est contraire au DUE.

Il y a une situation potentielle dans laquelle un importateur va faire venir en France de l'emmental sans croûte, et n'aura aucun problème à vendre son emmental sans croûte puisque la mesure française est contraire au DUE. Mais la France peut très bien choisir de ne pas appliquer la même mesure pour les importateurs et pour ses producteurs nationaux, et donc les discriminer eux : c'est ce qu'on appelle **de la discrimination à rebours.**

**Le producteur français ne pourra pas vendre son emmental sans croûte parce que la France a sa mesure débile mais l'importateur pourra parce que cette mesure débile est contraire au droit de l'UE et la France ne peut pas l'appliquer à l'importateur** (en gros, deux poids, deux mesures). Cependant si le producteur français d'emmental comme M. Guimont voit qu'il est discriminé par la France, il va donc aller voir le juge français et contester cette discrimination à rebours, qui va potentiellement revenir devant la CJUE. Ce que la CJUE a fait dans cette décision, finalement, c'est d'anticiper une autre action en justice, pour éviter de perdre du temps et de juger de nouveau cette affaire dans 10 ans.

La CJUE a donc été très loin dans son raisonnement pour montrer où il y avait des situations purement internes et où il n'y en avait pas. Là, encore une fois, elle a dit que dans l'affaire Guimont, il n'y a pas de situation librement interne (pour les raisons que l'on a soulignées). Mais alors, **les situations purement internes existent-elles encore vraiment pour la libre-circulation des marchandises ?** C'est une question qu'on peut se poser, puisqu'il semblerait qu'à chaque décision la CJUE dit que ça n'existe pas dans ce cas.

Pour clarifier une fois pour toutes, la Cour a pris position sur l'existence d'une situation purement interne de manière générale pour les libertés principales dans l'affaire qui suit.

## Affaire Ullens de Schooten, 15 novembre 2016, Grande Chambre, C-268/15.

La CJUE donne un vadémécum (= aide-mémoire) de la situation purement interne pour toutes les libertés.

- **La CJUE doit répondre à une question préjudicielle même si c'est une situation purement interne dans une situation de discrimination ;**
- La CJUE doit répondre à une question préjudicielle même s'il y a situation purement interne **quand les dispositions du droit de l'Union ont été rendues applicables par la législation nationale.** Le droit national c'est de la transposition du droit de l'UE ; peu importe si c'est situation purement interne ou non la Cour doit répondre.
- La CJUE doit répondre quand d'autres ressortissants d'autres Etats membres peuvent se voir appliquer la législation nationale = **lien d'extranéité virtuelle.**

En lisant cet arrêt, on voit qu'il valide seulement partiellement Guimont. C'est comme si elle admettait qu'elle avait été trop loin dans la manipulation de la situation purement interne dans l'affaire Guimont. Les situations ci-dessus sont vraiment les seules hypothèses permettant de dépasser la situation purement interne. Donc si la Cour rejugeait Guimont à la lumière de l'arrêt Ullens de Schooten, elle jugerait que c'est une situation purement interne et rien d'autre.

La CJUE, au lieu d'être très rigoriste et de ne pas répondre à une question préjudicielle, va s'embêter à trouver des choses à répondre à cause du fait de la procédure utilisée. Parce que cette question est construite comme un **mécanisme de coopération de juge à juge**, il est très rare que la CJUE ne réponde pas, car elle valorise beaucoup cet aspect de coopération.

Elle trouve ça plus important de donner des arrêts (assez pédagogiques, même s'ils proviennent de situations stupides ou évidentes) que de passer pour une idiote auprès de la doctrine (donc que d'avoir une seule approche de la situation purement interne ; ce n'est pas grave si elle brouille la notion, tant qu'elle répond aux questions qu'on lui pose).

La logique aussi est que dans des marchés de plus en plus interconnectés, mécaniquement, il y aura de moins en moins de situations purement internes. **Cela ne voudra pas dire qu'on aura plus de droit national mais qu'il doit exister uniquement s'il respecte le cadre des traités (entre autres la libre-circulation des marchandises). Donc moins de situations purement internes = plus d'intégration.** Par le prisme de la coopération entre les juges et de l'intégration, on peut mieux comprendre ce que dit la Cour.

### *Section 2 : Le fonctionnement de l'Union douanière*

Les économistes distinguent six étapes pour aller de l'Etat souverain à l'union politique.

- **Première phase : zone de libre-échange (ZLE)** (ce qu'on essaye d'atteindre au niveau mondial avec le GATT). La zone de libre-échange se définit comme une **zone à l'intérieur de laquelle il n'existe pas de droit de douane entre les parties** (ou les taxes d'effet équivalent (TEE) à un droit de douane). Cette zone de libre-échange est réalisée plutôt au niveau régional dans un certain nombre de parties du monde dont l'UE. La ZLE existe depuis le 1<sup>er</sup> juillet 1968 entre les 6 Etats fondateurs et quand un nouvel Etat entre dans l'UE il rentre directement dans la ZLE. **Chaque Etat conserve, à l'égard des Etats tiers à la zone, leur compétence douanière.**
- **Union douanière : tarif commun et zone de libre-échange.** Elle va supprimer l'effet d'aubaine de la zone (un Etat tiers fait rentrer une marchandise par un Etat partie à la ZLE en particulier car il est moins cher que les autres) car il n'y a plus qu'un seul tarif pour tout le monde. Au niveau juridique, l'union douanière est un stade très important de l'intégration. Car juridiquement, il faut arriver à construire cette barrière douanière commune. Il faut que les Etats confient à une entité supranationale la compétence d'adopter ce tarif douanier. Or, la fixation de tarifs de douane est

traditionnellement en droit des pouvoirs régaliens. **Il faut que l'Etat abandonne ses compétences douanières régaliennes et les transfère à l'organe supranational.** Politiquement, cette étape est beaucoup plus significative que la ZLE.

- **Troisième étape : politiques communes.** On additionne à l'union douanière un certain nombre de politiques communes (effectué dans le traité de Rome). On a fait la PAC et la Politique des Transports (environnement, climat, social, industriel, tourisme, consommateur, santé...).
- **Quatrième phase : union économique et monétaire.** On met en place une monnaie commune et on y adjoint une politique économique commune pour la stabilité.
- **Cinquième phase : politique fiscale commune.**
- **Sixième phase : Union Politique.**

**L'UE dément cette analyse** puisque c'est une union douanière, une union monétaire mais pas économique, mais elle a des politiques communes ; l'UE n'a pas non plus d'union fiscale mais elle a une union bancaire importante, et elle a déjà de nombreux traits d'union politique.

Jacques Delors explique qu'« *en Europe, on fait ce qui est négociable* ». L'UE s'envisage plus comme un **processus continu d'intégration** plutôt que par des phases « irréversibles ».

Le marché intérieur ne peut pas se concevoir sans l'union douanière.

**Article 28-1 du TFUE**, sur la définition des marchandises. « *L'Union comprend une union douanière qui s'étend à l'ensemble des échanges de marchandises et qui comporte l'interdiction, entre les EM, des droits de douane à l'importation et à l'exportation et de toutes taxes d'effet équivalent, ainsi que l'adoption d'un tarif douanier commun dans leurs relations avec les pays tiers* ».

Le tarif douanier commun est un texte négocié par le Conseil sur proposition de la Commission, c'est une procédure législative spéciale, sans intervention du Parlement. Ce tarif douanier s'applique à tous les Etats tiers de l'UE (donc aussi au Royaume-Uni). Ce qui peut atténuer une barrière douanière c'est un accord de libre-échange, appelé accord de relations futures (ce qui est en train d'être négocié entre l'UE et le RU, assez mal parti).

## § 1 L'interdiction des obstacles douaniers aux échanges commerciaux

### a) L'interdiction des droits de douane

Interdiction entre les Etats membres des droits de douane à **l'importation et l'exportation**. Les droits de douane sont essentiellement à l'importation, car ils sont faits pour **renchérir le prix des biens à l'importation pour protéger la production nationale**. A l'importation, au sortir de la Seconde Guerre mondiale, on était à 80% de la valeur de la marchandise en droits de douane. Entre les six Etats fondateurs (ALL, FRA, ITA, BENELUX) on a mis 10 ans pour mettre en place cette union douanière.

C'est une révolution budgétaire pour les Etats, car les **droits de douane nourrissent le budget national**. Aujourd'hui, les droits de douane de l'UE sont une de ses ressources propres ; cette ressource est en chute libre car on fabrique une ZLE au niveau mondial dans le cadre du GATT (on essaye d'arriver à 0%).

Les droits de douane sont aussi interdits à l'exportation, car on renchérit le prix des exportations pour exporter moins, pour retenir des biens sur le marché national.

**Droits de douane (définition formelle) :** ce qu'on trouve dans le Code des Douanes. Si l'Etat n'appelle pas le nom « droit de douane », ça n'est pas un droit de douane au sens du traité (on peut appeler ça octroi de mer, taxe d'utilisation...).

Ces droits de douane ainsi définis sont interdits entre les EM. Pour qu'il y ait union douanière, il faut un partage de compétence qui fait que la douane est une **compétence exclusive de l'UE = il n'y a plus de compétence étatique** et l'UE est donc la seule à pouvoir l'exercer.

## b) La définition de la taxe d'effet équivalant à un droit de douane (TEE)

**L'article 28 interdit les TEE à l'importation et l'exportation mais ne définit pas ce que c'est.**

Quand une définition est utilisée par le traité mais pas définie par le traité, elle va être faite par la Cour de justice dans une logique fonctionnelle.

### **Affaire du 1<sup>er</sup> juillet 1969, Fonds social des ouvriers diamantaires C-2 et 3/69.**

Cette affaire concerne une législation aux portes d'Anvers en Belgique. C'est un des endroits où arrive des diamants bruts transformés par les ouvriers anversoises en diamants taillés, faisant une substantielle différence de prix. Ces tailleurs de pierres avaient un fond de retraite spécifique et il fallait trouver comment l'alimenter. La taxation réalisée est de 0,05% de la valeur du diamant brut, venant abonder le fonds de retraite. L'idée n'étant pas d'avoir un obstacle au commerce mais bien d'avoir une aide sociale.

La Cour va se montrer intraitable. Elle rappelle, dans un argumentaire structurel, que les dispositions de ce traité concernant les taxations sont placées en début de traité (donc elles ont une importance particulière). Avant l'union douanière, dans l'ordre du traité (donc un certain ordre d'importance) on a mis le partage des compétences, puis les principes transversaux, puis la citoyenneté européenne. On commence par décrire, dans la description du MI, les droits de douanes et autres dispositions tarifaires.

La CJUE analyse de manière théologique (raisonnement ou interprétation par rapport au but) le but de cette interdiction des TEE.

Quel est le but selon la CJUE de l'interdiction des TEE ?

- Premier élément : le traité interdit le TEE sans distinguer entre les marchandises et en particulier l'existence d'une production nationale.
- Deuxième élément : le but de cette interdiction des TEE est **d'assurer la libre-circulation des marchandises. Les droits de douane sont donc interdits indépendamment de toute considération de but ou de destination des recettes.**

La CJUE va déduire de ce qu'elle appelle le système du traité la définition suivante : « *une charge pécuniaire, fût-elle minime, unilatéralement imposée (imposée par l'Etat), quelle que soit son appellation et sa technique et frappant les marchandises nationales ou étrangères à raison du fait qu'elle franchisse la frontière, lorsqu'elle n'est pas un droit de douane proprement dit, constitue une TEE. Alors même qu'elle ne serait pas perçue au profit de l'Etat, qu'elle n'exercerait aucun effet discriminatoire ou protecteur et que le produit imposé ne se trouverait en concurrence avec le produit national* ».

Donc la taxe de la Belgique est interdite.

La logique de la Cour est que son objectif est l'application du traité (c'est-à-dire garantir la libre-circulation des marchandises et donc la libre-circulation des flux). Cela se fait au moyen de **l'art. 28 du TFUE**, qui met en place l'interdiction des TEE. C'est à partir de cette configuration que la CJUE construit sa définition. Les éléments qu'elle donne sont extrêmement importants :

- *Charge pécuniaire* = obstacle tarifaire
- *Unilatéralement imposée* : pour que s'applique la libre-circulation il faut qu'on ait une mesure étatique, donc de l'Etat au sens de la puissance publique, pas une taxation résultant d'un contrat.

La CJUE va refuser d'entrer dans la définition formelle de la TEE. Les TEE sont un moyen de combler les brèches de l'absence des droits de douane. Il ne reste donc que les définitions de type fonctionnaliste.

Evidemment, la CJUE va essayer de maximiser les effets du traité pour garantir cette libre-circulation des marchandises.

Elle va donc choisir une définition fonctionnelle : « **est une TEE une taxe qui frappe les marchandises à raison du fait qu'elles franchissent la frontière** ». L'idée de la cour est qu'une taxe dont le fait générateur est le franchissement de la frontière doit être interdite, peu importe son intensité et son montant, parce que le MI est un espace *sans* frontières intérieures.

Si ce qui déclenche la taxation est la commercialisation, ce n'est *pas* une TEE. Si ce qui déclenche la taxation est le passage de la frontière, alors c'est une TEE et c'est donc *totalemment* interdit. Le fait que la taxe soit minime, appelée autrement, pas perçue au profit de l'Etat, ne justifie pas son existence. Peu importe la finalité de la taxation.

La Cour **insiste pour que l'Etat légifère autrement qu'à raison de la frontière**. L'Etat a très souvent des réflexes de législateur qui légifère à raison de la frontière avec comme exemple la crise sanitaire. Le premier réflexe de n'importe quelle crise sanitaire est de considérer que le problème vient d'ailleurs.

But de la Cour : principe de libre-circulation des produits qu'elle considère comme une liberté essentielle, aujourd'hui fondamentale au sens de droit fondamental.

**Droit de préemption** : quand on a une œuvre d'art qui appartient au patrimoine culturel. Le Ministère de la Culture préempte (= achète à un prix défiant toute concurrence) une œuvre pour pouvoir la garder et éviter qu'elle quitte le territoire et les musées français (protection du patrimoine culturel autre que par la taxation).

La notion même de frontière a évolué avec l'affaire Carbonati. Cette affaire est importante pour la notion de TEE, parce que **la Cour fait évoluer la notion de frontière, qui comprend désormais la frontière infra-étatique**. Ce qui est intéressant, c'est la justification donnée à l'interprétation : la Cour conclut que même la frontière infra-étatique est une frontière au sens de l'art. 26 du TFUE, et donc une taxe ayant pour fait générateur le franchissement d'une frontière infra-étatique est une TEE, et donc interdite.

La CJUE reprend l'article 26 du TFUE qui dit qu'**il s'agit d'un espace sans frontières intérieures, ce qui concerne toute forme de frontière, nationale ou infra-étatique**. C'est à ce titre qu'elle interdit la taxe italienne en cause dans l'affaire Carbonati.

La raison de cette position est simple : ces frontières infra-étatiques, on les connaissait beaucoup au Moyen-Âge pour entrer dans les villes, et donc l'État pourrait simplement s'en inspirer pour rétablir des frontières en décentralisant son pouvoir de douane. Ce positionnement politique de la Cour dit qu'il faut aller au bout de l'intégration, avec une union douanière qui fonctionne.

On va explorer la caractérisation des TEE en fonction des impositions intérieures.

### **Affaire du 8 novembre 2007, Frohnleiten, C-221/06.**

Cette affaire concerne le stockage des déchets, au regard de l'interdiction progressive de la mise en décharge au titre de la politique environnementale. Les pays doivent traiter les déchets à proximité du lieu de leur production, et le principe est le recyclage quand cela est possible.

Cette affaire concerne des déchets qui doivent être entreposés en décharge car ils proviennent de ce qu'on appelle des sites contaminés, qui doivent être sécurisés selon des principes européens. Ils proviennent d'un site en Italie, sécurisé en accord avec les directives. Ce chargement a lieu en Italie du Nord, qui est en contact frontalier avec l'Autriche, et la décharge la plus proche est celle de Frohnleiten.

La réglementation en matière d'environnement en Autriche possède une taxation appelée « contribution au titre des sites contaminés », assez lourde au moment de la mise en décharge, avec une exonération si le déchet est sécurisé au sens des directives et qu'il provient d'un site contaminé apparaissant sur l'atlas autrichien (qui recense les sites autrichiens). A l'arrivée dans la décharge, le camion italien demande l'exonération, mais le site de provenance n'apparaît pas sur l'atlas autrichien.

**La CJUE constate d'abord l'existence d'un obstacle tarifaire.** La question du juge autrichien est la suivante : faut-il considérer que cette taxe est une TEE ou est-elle une imposition intérieure ?

La Cour rappelle d'abord qu'on a une TEE ou une imposition intérieure, ce sont des catégorisations exclusives. Or une TEE est interdite dans son principe, alors que l'imposition intérieure fait seulement l'objet d'un encadrement européen.

La Cour considère d'abord l'hypothèse de la TEE. Elle rappelle la définition retenue dans le Fonds social des diamantaires. Elle rappelle que pour qu'il y ait TEE il faut frapper une marchandise à raison du fait qu'elle traverse la frontière, or le gouvernement soutient que la taxation porte sur la mise en décharge (soutenue comme étant un service, et qui ne serait donc pas redevable d'une TEE).

La Cour rappelle l'affaire des déchets wallons de 1992 : la Cour a jugé que les déchets, recyclables ou non, doivent être considérés comme des produits dont la circulation ne devrait pas être empêchée, donc marchandises car valeur commerciale, possibilité de transaction relative à leur destruction ou mise en décharge. **Donc il s'agit ici bien d'une taxe sur les marchandises.**

Mais quelle est la **nature** de la taxe ? La Cour se centre sur son fait générateur. L'entreprise soutient qu'on taxe le déchet parce qu'il provient d'Italie. La Cour rappelle que pour que ce soit une TEE, il faut que la taxation soit perçue à raison du franchissement de la frontière. **En l'espèce, ce qui déclenche la taxation est la mise en décharge.** Il ne s'agit donc pas d'une TEE car elle n'est pas perçue en raison du franchissement de la frontière, elle est calculée en fonction du poids des déchets et a pour objet de limiter la mise en décharge.

**La Cour considère qu'il s'agit ici d'une imposition intérieure, condamnée parce qu'elle est discriminatoire** (cf. infra).

Appariation de deux catégories de taxes : taxes douanières définies à raison du franchissement de la frontière (droit de douane, TEE), et charges pécuniaires en raison de l'appartenance à une catégorie fiscale. Les régimes juridiques n'ont rien en commun.

### **c) L'interdiction absolue des TEE (art. 30 du TFUE)**

*« Les droits de douane à l'importation et à l'exportation ou taxes d'effet équivalent sont interdits entre les EM. Cette interdiction s'applique également aux droits de douane à caractère fiscal ».*

**Le principe de la taxation est interdit**, il est donc impossible de considérer que taxer à raison d'un franchissement de frontière est permis, aucune forme de justification présentée n'a été admise par la Cour, sans aucun revirement de jurisprudence.

Dans certains cas, on pourrait qualifier de TEE ou d'imposition intérieure, et la CJUE va qualifier en fonction des conséquences attachées.

### **Affaire du 11 décembre 1990, Commission c. Danemark, C-47/88**

Exemple de taxation de voitures au Danemark. C'est une taxation très particulière parce que le Danemark favorise le vélo, et a une politique fiscale désincitative pour l'achat de voitures.

**Il n'existe pas de production danoise de voitures** : il y a une distinction à faire entre le marché des voitures neuves (que des voitures **importées**) et les voitures d'occasion (pour lequel il y a un marché danois en sus du marché d'importation).

C'est une politique de taxation très divergente des autres États membres (ce qui explique le chemin de certains 4x4 par exemple : Renault produit des 4x4 de moyenne gamme. Or avec les taxes, les personnes qui achètent un 4x4 dépensent déjà beaucoup d'argent, donc ils ne vont pas acheter un Renault. Renault va donc vendre moins cher au Danemark pour que le prix rhabillé de la taxe ne soit pas excessif).

On observe donc la création d'importateurs parallèles (licites) qui vont acheter au Danemark, ramener en France, le rhabiller de taxes françaises, et le vendre toujours moins cher qu'au prix français. Il a donc fallu protéger les importateurs parallèles (mandataires sur le marché automobile). Or ces différences tiennent à des différences fiscales, et **les autres États ont contesté la fiscalité danoise**.

Le débat a porté sur la **qualification de la taxe danoise**. C'est une taxe particulièrement élevée, s'élevant pour certaines voitures jusqu'à 200% de la valeur de la voiture.

Cette taxe a été **contestée par la Commission européenne**.

Dans cette affaire, la Commission saisit la Cour pour manquement. En l'absence de production nationale, la taxe peut-elle être qualifiée d'imposition intérieure ? On peut réfléchir sur la nature du fait générateur : est-ce le franchissement de la frontière ? Si c'est le cas, c'est une TEE. La Commission et le Danemark étaient d'accord sur le fait que c'était une taxe d'imposition intérieure et *pas* une TEE.

La Cour rappelle dans l'arrêt que les TEE et les taxes d'imposition intérieure ne peuvent pas être cumulatives et sont distinctes. Les conséquences ne sont pas les mêmes.

Ce sur quoi la CJUE apporte un élément, c'est qu'elle considère que même en l'absence de production nationale, il faut regarder **comment est construite la taxation** pour qualifier la taxe soit de TEE soit de ce qu'on appelle les impositions intérieures. La CJUE va donc considérer que l'objectif qui est poursuivi par le traité est **d'assurer des conditions de concurrence comparable aux produits importés et aux produits nationaux**.

En l'espèce, le système était construit sur un **critère objectif**, plus précisément la cylindrée de la voiture, puisque c'est en fonction de cela qu'était calculé le montant de la taxe.

Selon la Cour, ce critère objectif **permet de classer cette taxation en imposition intérieure**, laquelle faisant l'objet d'un **simple encadrement en DUE et pas d'une interdiction**. Dans cette affaire, la Cour est sensible aux possibilités pour les Etats de taxer fiscalement une automobile. Et on ne voit pas en fonction de quoi d'autre que la cylindrée on peut taxer une voiture.

La CJUE considère que cette taxe (malgré l'absence de production nationale) est une imposition intérieure.

Le problème étant de savoir si cette taxe était excessive et donc contraire à **l'article 110 du TFUE** (qui encadre les taxations fiscales).

Le problème de l'art. 110 est qu'il **interdit toute discrimination fiscale et tout écrit protectionniste** de la taxation fiscale. En cette absence de production nationale, il n'y a pas de discrimination ; donc pas d'effet protectionniste. Ainsi, l'article 110 qui était la seule base sur laquelle la Commission avait attaqué le Danemark, ne **permet pas de condamner la taxation danoise**.

En revanche, la Cour a obtenu une condamnation du Danemark pour ce qui est des voitures importées ; **on ne taxait pas au même pourcentage les voitures importées et les voitures d'occasion sur le marché national**, pouvant être assimilée à des voitures danoises nationales. Donc ici on peut appliquer l'art. 110 qui assure que toutes les voitures (importées ou nationales) soient taxées à la même assiette et aux mêmes taux. Le Danemark a maintenu sa taxation très forte des voitures neuves et une taxation dégressive des voitures d'occasion, égale pour les voitures danoises ou importées.

Ce problème de très haute taxation des voitures importées a amené le phénomène des **importations parallèles**. Le producteur de voiture, pour la vendre dans la même catégorie de pouvoir d'achat dans les EM, devait baisser le prix hors taxe. Cette possibilité d'importation parallèle ne plaît pas aux producteurs de voiture ; la Commission répond que ça fait partie du MI et qu'elle n'a pas réussi à convaincre le Danemark de baisser sa taxe.

Une **possibilité resterait l'harmonisation de la taxation des voitures**. Pour ce qui est des fiscalités, elles sont limitées aux fiscalités de la voiture, ce qui rentrerait dans les compétences de l'UE. Mais pour harmoniser il faut le consentement de tous les EM, donc impossible car le Danemark refuserait.

Une dernière chose utilisée, suggérée par la CJUE dans un considérant, est que la taxe est parfaitement licite puisqu'en l'absence de production nationale, elle n'est pas contraire à l'art.110. Pour en condamner l'excessivité, la Cour utilise la **mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative**. Normalement, cela ne s'applique pas aux taxes. Mais ici, la Cour fait cela pour des raisons politiques.

Comment faire pour dire que ce n'est pas conforme à la logique du marché intérieur (car taxe excessivement élevée) ? On ne peut pas utiliser le TEE, on ne peut pas utiliser l'art. 110, donc la Cour suggère de passer par ces mesures d'effet équivalent à une restriction quantitative.

La réponse de la Cour sera trouvée dans l'affaire du 17 juin 2003, C383/01. En l'espèce, la CJUE regarde la surtaxation danoise sur la voiture neuve, toujours la même depuis 1990, et vérifie s'il s'agit d'une mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative (qui est en fait une **mesure ayant le même effet qu'un quota**). Dans cette affaire, elle constate que malgré l'existence de cette taxation excessive, les chiffres d'importation de véhicules neufs par rapport à la population ne laissent apparaître **aucune restriction des importations**. Donc le choix du Danemark, aussi divergent qu'il soit, est un choix que la CJUE ne peut pas condamner **puisque'elle n'arrive pas à prouver que cette taxation excessive aboutisse à limiter les importations**. En d'autres termes, il n'y a **pas de moyens de condamner cette taxation excessivement forte** dans l'hypothèse de l'absence de production nationale (ce qui arrive très rarement).

La Cour reste sensible aux conséquences de la qualification. Une qualification en TEE aura pour conséquence de supprimer le principe même de la taxation, ce qui peut se révéler contradictoire avec les possibilités de taxation fiscale que les traités laissent aux EM (les EM peuvent créer des taxes fiscales comme ils veulent). Une taxation qui se révélerait être une TEE, donne lieu à un **droit particulier** qu'on retrouve dans l'ensemble des EM et qui s'appelle la **répétition de l'indu (rembourser la taxe indûment versée car contraire au traité de l'UE)**.

Ces actions-là sont trouvées dans les différents Codes civils des EM. On n'a pas de code de procédure européen, donc on utilise la boîte à outil du juge national pour condamner pour non-respect des traités.

La Cour a ajouté que ce **droit au remboursement est encadré par deux principes européens** ; le principe **d'équivalence ou de non-discrimination** (action basée sur le DUE doit être traitée de la même manière qu'une action basée sur le droit national) et le principe **d'effectivité** (il faut que ce droit au remboursement soit effectif). Si quelque chose en droit interne bloque cette effectivité, il faut le supprimer !

Ce qui a pu mener dans certains Etats à des hypothèses de **discrimination à rebours** (en défaveur des actions nationales), aux Etats de les régler. Le droit au remboursement ne doit pas être soumis à la preuve impossible. L'idée de la preuve impossible est de prouver que l'on n'a *pas fait* quelque chose. En matière de taxation, il faut priver qu'on n'a pas répercuté la taxe dans les prix de vente. Cette preuve, qui existait pour éviter que l'Etat ne rembourse trop de taxes, a été écarté en vertu du principe d'effectivité posé par la CJUE.

### **Affaire du 1<sup>er</sup> mars 2018, Pétrotel – Lukoil.**

La CJUE va rappeler que le droit au remboursement de la taxe indue peut être limité par ce qu'on appelle la **théorie de l'enrichissement sans cause**. Cette théorie se présente quand une société paye une taxe, et pour maintenir son niveau de bénéfices, elle répercuté la taxe sur le consommateur ; et dans les Etats, pour éviter de trop payer ou de trop avoir à rembourser de taxes, les Etats considèrent que s'il y a eu répercussion sur le consommateur (répercussion totale, difficile à prouver), et que s'ils remboursent la taxe déjà payée par les consommateurs, l'entreprise s'enrichit deux fois.

La CJUE admet cette théorie d'enrichissement sans cause mais à cause du principe d'effectivité, l'enrichissement sans cause doit être **prouvé par l'administration**. C'est donc une interprétation restrictive des modalités procédurales. La Cour estime que cette limitation s'impose parce que le droit au remboursement est « *un droit subjectif tiré de l'ordre juridique de l'Union* ».

On dispose donc d'une jurisprudence très large pour condamner les taxes et autres effets équivalents. Ce n'est pas juste une obligation pour les Etats mais c'est aussi un droit pour les entreprises (droit de se voir rembourser une taxe illégalement payée).

Si en plus d'avoir payé une taxe illégale, l'entreprise subit un dommage, il faut procéduralement passer par une action en responsabilité de l'Etat. Il ne faut pas confondre la répétition de l'indu et une action en responsabilité. Si l'Etat viole le DUE par sa taxe illégale, alors il doit réparer le préjudice économique (répétition de l'indu) et en plus il doit réparer le préjudice moral dans les conditions du droit civil.

## § 2 L'encadrement des politiques fiscales des Etats membres (article 110 TFUE)

### a) La notion d'imposition intérieure

L'article 110 n'est applicable que si ce *n'est pas une TEE*. La première définition qu'on peut donner d'une **imposition intérieure** est que **c'est tout ce qui n'est pas une TEE**, c'est-à-dire tout ce qui n'est pas une taxe dont le fait générateur le franchissement de la frontière (c'est une définition négative).

Dans les affaires des voitures danoises, la Cour rappelle que **l'imposition intérieure appartient à un système général d'imposition fondé sur des critères objectifs de taxation** (par exemple, le critère de la cylindrée comme base de taxation est objectif). Le **système général d'imposition** fait référence au **système fiscal de l'Etat** et à un partage de compétence radicalement différent du partage de compétence des taxes douanières. **En matière de fiscalité, l'UE n'est que partiellement compétente car elle ne peut harmoniser que la fiscalité indirecte**, celle-ci étant la fiscalité venant taxer la consommation du produit (consommateur final ou intermédiaire).

Plus on a un processus de distribution long, plus ces types de taxations vont peser sur le commerce international (la taxation indirecte). Dans le domaine de l'OMC, il a fallu neutraliser ce type de taxation. On laisse aux Etats la compétence fiscale et puis quand le produit est destiné à être importé ou exporté, on le **déshabille de la taxation de l'Etat d'où il part** et on **rhabille le produit de la taxation du pays dans lequel il est consommé**. Le principe du **déshabillage fiscal va permettre de neutraliser ces taxes intermédiaires** et de permettre le flux commercial.

Mais ces taxes peuvent peser sur le produit quand ce sont des taxes cumulatives à cascade, ce qui revient à taxer *tous* les niveaux de production. Dans l'UE on a donc utilisé les dispositifs de taxation disponibles à **l'article 113 du TFUE** : la **TVA**, (taxe d'origine française qu'on a donné à l'UE dans les années 1970).

L'art. 113 ne donne pas de bases juridiques à l'UE pour harmoniser pour la taxation directe (toutes les taxes à la production, typiquement l'impôt sur les sociétés). C'est une première limitation de la compétence de l'UE, qui suppose quelque chose de très important : **les Etats ont la possibilité dans l'UE d'utiliser la fiscalité**.

On cherche donc à il va falloir protéger cette capacité d'action des Etats. Il n'est pas question qu'au nom du marché intérieur on empêche un Etat d'avoir une politique fiscale.

**En matière de fiscalité indirecte**, on va pouvoir **harmoniser** et **appliquer l'art. 110** du TFUE qui laisse les Etats décider de la taxation, du niveau de la taxation, voire même d'un niveau particulièrement élevé ou bas de la taxation. La seule chose que fait l'art. 110 c'est **d'encadrer cette compétence fiscale nationale**. Une taxe de nature fiscale est justifiée par **nature** dans le traité.

Pour comprendre si cet encadrement est respecté ou non par les EM, c'est-à-dire si l'article 110 est respecté, il faut observer la construction du système de taxation. Comme tout système de taxation, il **obéit à un objectif**. Que cherche à faire l'Etat par cette taxe ?

Les objectifs les plus récurrents sont les **objectifs budgétaires** : on taxe pour augmenter le budget de l'Etat, mais la taxation fiscale peut aussi avoir d'autres objectifs concomitants ou exclusifs de l'objectif budgétaire, comme des objectifs **sociaux** par exemple. La fiscalité sert à répartir les richesses via l'impôt (beaucoup fait en France). L'impôt peut aussi avoir des finalités **environnementales** : surfiscaliser, surimposer des activités polluantes ou utilisant des énergies fossiles (charbon, pétrole, gaz naturel...).

A cette fiscalité doit **correspondre une classification de l'imposition**, c'est-à-dire des catégories de taxation. Mais cette catégorisation doit **reposer sur des critères objectifs**, qui sont des liens entre le critère et la finalité fiscale.

On obtient donc une définition positive de la taxe d'imposition intérieure qui nous permet de comprendre la nature d'une taxe dans le cadre d'un arrêt comme celui des voitures danoises. **Si la taxation est de nature fiscale, et que le fait générateur de cette taxe appartient à une catégorie fiscale définie objectivement par rapport à un objectif de taxation**, c'est une taxe d'imposition intérieure !

**Reprenons l'affaire Frohn Leiten**, dont les faits ont commencé par le refus des autorités autrichiennes d'exonérer le dépôt en décharge de déchets sécurisés en l'application d'un certain nombre de directives environnementales.

Les déchets italiens ont été sécurisés puis ils ont été envoyés en Autriche pour être déposés en décharge. L'Autriche pénalise la mise en décharge et taxe donc les déchets dans des décharges (ces dernières sont entièrement contrôlées par les Etats, l'Autriche fait donc ce qu'elle veut). L'entreprise italienne demande à être exonérée car son déchet a été sécurisé, ce qui vaut une exonération en droit autrichien.

La première question posée à la CJUE en question préjudicielle était sur la **qualification de la taxation**. Malgré l'argumentaire autrichien, la CJUE considère que le déchet est bien une marchandise, que ce qui est taxé est la *mise* en décharge de ce déchet et pas *l'opération* de mise en décharge et donc utilise l'art. 30 du TFUE puis l'art. 110 pour aboutir au fait que la **taxe n'est pas perçue à raison du franchissement de la frontière**. Elle considère que le fait générateur de la taxe est d'être un déchet mis en décharge, correspondant à une catégorie objective définie par la loi autrichienne pour des raisons environnementales. L'idée de l'Autriche est de faire payer les entreprises qui produisent ces déchets particulièrement dangereux. Certaines de ces directives environnementales exigent la **sécurisation** (dans un contenant, baisse de radioactivité s'il faut etc.) des déchets avant qu'ils quittent le site de production. Une fois qu'ils sont sécurisés, ils sont entreposés. Mais l'entreprise a *déjà payé pour ce déchet* en le sécurisant. C'est pour cela que l'Autriche a prévu l'exonération : soit elle paye la mise en décharge, soit elle paye la sécurisation. L'entreprise n'a pas le choix que de sécuriser. Donc a priori l'Autriche a tout bien fait ; le problème est qu'elle refuse l'exonération pour les déchets sécurisés italiens.

La Cour suppose que sécurisation + taxation = système général de taxation. L'objectif de ce système général de taxation autrichien étant la protection de l'environnement. Le critère de la nature du déchet (en l'occurrence déchet dangereux) est parfaitement objectif. Ainsi, le système autrichien est un système général d'imposition intérieure qui permet à la Cour d'appliquer l'art. 110.

Une fois que la CJUE a conclu à l'applicabilité de l'art. 110, elle passe ensuite à l'encadrement des pouvoirs étatiques qui obéit à deux modalités principales.

### **Affaire du 14 juin 2018, Lubrisol France, C-39/17**

L'entreprise Lubrisol en cause devait payer une taxe et la Cour en examine la qualification. Elle rappelle la définition de l'imposition intérieure et rappelle que **la charge fiscale qui pèse sur le produit importé ou**

**exporté doit être identique au même stade de la commercialisation et pour un même fait générateur** pour être compatible avec l'art. 110.

L'une des questions qui se pose est de savoir si un système dans lequel on a une taxation à l'exportation *plus* à la vente interne à un EM reste un système général d'importation ou alors est ce qu'on a deux taxes distinctes, dont l'une, qui arrive au moment de l'exportation, et qui aurait comme fait générateur le franchissement de la frontière, serait donc une TEE.

La CJUE estime que ces deux moments, exportation et commercialisation nationale, peuvent relever dans la réalité économique du même stade de commercialisation pour l'application de l'art. 110, **à condition que les assiettes de calcul soient identiques**. Si les assiettes sont différentes on ne sera plus au même stade et il y aura donc deux taxes à analyser. Si on est dans un système général de taxation, il reste à voir les modalités de cette taxation (son encadrement).

## **b) L'interdiction des discriminations fiscales**

L'art. 110 autorise la taxation mais il y a **un encadrement qui varie en fonction du type de produit visé**.

### **Art. 110 alinéa 1 : interdit les discriminations fiscales.**

La jurisprudence nous permet de **cadre la notion de discrimination**. L'objectif de l'art. 110 est la neutralité fiscale entre les produits nationaux et les produits importés : on **met à égalité fiscale** les produits nationaux et importés. Mais si le produit est importé c'est parce qu'il est moins cher. **Le but n'est pas de remonter le prix du produit importé avec la charge fiscale**. Si on remonte le prix d'un produit c'est pour **éviter le dumping** (cf. acier chinois), mais **uniquement par rapport aux Etats tiers**. Il n'y a pas de dumping parce qu'on a un marché intérieur qui fonctionne sur le principe de la confiance mutuelle entre les EM.

Pour qu'il y ait discrimination, la Cour, dans sa jurisprudence, considère que les produits doivent être des **produits similaires** : « *sont similaires des produits qui présentent, aux yeux des consommateurs, des propriétés analogues et qui répondent aux mêmes besoins* ». Il s'agit d'une notion assez proche de la notion économique de substituabilité des produits. Mais la Cour, dans sa jurisprudence, est un peu plus large que les économistes. Elle peut considérer les matières premières ayant fait les produits pour déterminer leur similarité mais ce n'est pas suffisant.

### **Affaire Commission c. France, C-168/78**

Cette affaire concerne la taxation des alcools : surtaxation sur le whisky et le gin par la France qui, dans les années 1970, étaient nouveaux sur le marché français. Ils venaient faire concurrence à des alcools plus traditionnels (eaux de vie, cognac). Le système de taxation français mettait dans la même catégorie le cognac et l'eau de vie, catégorie fiscale moins taxée que le whisky et le gin qui étaient exclusivement importés d'autres EM. La Commission a entamé des actions en manquement contre la France en considérant que les taxes étaient bien des impositions intérieures mais que la catégorisation fiscale était **discriminatoire**.

Cela qui suppose de prouver la similitude des deux catégories : cognac et whisky. Ce sont tous les deux des alcools forts, supérieurs à 40°, mais les matières premières ainsi que le processus de fabrication sont radicalement différentes. Pour regarder le rapport qui existait entre les deux produits, la CJUE va se référer aux **utilisations du produit**. Cela donne lieu à un exercice de style par l'agent français défendant la taxation qui va essayer de prouver qu'en fait, les catégories fiscales sont différentes car le whisky est un apéritif alors que le cognac se consomme à la fin d'un bon repas. Donc le whisky serait plus dangereux pour les consommateurs, car on le prend à jeun, alors qu'on ne risque pas d'alcoolisation massive à base de cognac. Cet argumentaire qui tentait de mettre en avant un souci de la santé publique a assez peu convaincu la Cour, qui a considéré que l'utilisation de ces produits étaient les mêmes. Elle a établi que le cognac, le whisky et le gin aurait dû être classés dans la même catégorie fiscale. La conséquence a été l'égalisation de la taxation sur

le whisky avec celle d'autres alcools forts et notamment du cognac (ce qui a porté un coup supplémentaire à l'industrie du cognac déjà en berne).

**Si on a similitude des produits**, la CJUE considère que **tout différence fiscale est une discrimination**.

Dans l'affaire Lubrisol, on s'intéresse à l'assiette de la taxation, qui doit être la même, ce qui correspondait donc à la question de savoir si l'exportation pouvait être assimilée à la mise en vente sur le marché national, ce que la Cour admet dans cette affaire.

L'art. 110 n'**interdit pas théoriquement de taxer plus lourdement les produits nationaux que les produits importés**. La CJUE, en théorie, n'intervient pas en cas de discrimination à rebours.

La différence peut aussi être vue en termes de **moments de taxation** : de la même manière avec la même assiette mais les produits importés doivent porter la taxation *plus tôt*, ce qui est discriminatoire car cela laisse des facilités de trésorerie aux seuls produits nationaux.

La Cour considère la discrimination au regard de l'art. 110 alinéa 1 en l'interdisant. Le principe de la taxation peut être maintenu mais il faut que **l'Etat supprime la discrimination** :

- S'il y a discrimination, c'est de **baissier la taxe** pour les produits importés.
- **Remonter la taxation** des produits nationaux (moins populaire, c'est ce qu'on a fait pour l'affaire du cognac et du whisky).
- **Supprimer la taxation** pour les deux catégories de produit.

La logique est également que si une taxe a été payée par une entreprise et qu'elle est contraire à l'art. 110 alinéa 1, elle a **droit à la répétition de l'indu** dans les conditions vues précédemment.

### c) **L'interdiction de la fiscalité protectionniste**

L'article 110 n'interdit en aucun cas la taxation fiscale, mais l'encadre simplement.

Pour l'interdiction de la fiscalité protectionniste, on bascule dans **l'art. 110 alinéa 2** : la preuve de la violation de cet alinéa 2 est plus complexe.

Tout d'abord, la fiscalité protectionniste suppose que le produit importé et le produit national soient **au minimum dans un lien de concurrence** (pas similaires mais dans un certain lien de concurrence).

Il faut **prouver le lien de concurrence, puis la différence de taxation, puis l'effet protecteur de la production nationale**.

Il y a assez peu de jurisprudence qui illustre ce deuxième alinéa.

### **Affaire Commission c. Royaume-Uni, C-170/78**

Taxation différente entre le vin et la bière.

A l'entrée du Royaume-Uni dans l'UE en 1973, celui-ci est soumis à l'obligation de supprimer les droits de douane dans l'union douanière. Mais au moment de cette entrée, on observe une augmentation substantielle des charges fiscales pesant sur le vin venant d'autres EM. La Commission sera saisie d'un certain nombre de plaintes de producteurs de vin d'autres EM.

La CJUE rappelle ici qu'il y a un peu de vin produit au RU. En revanche, le RU est un gros producteur de bière. Ce qui paraît étrange, c'est le timing de cette fiscalité, mais aussi les proportions : la taxation fiscale du vin est cinq fois supérieure à la taxation fiscale de la bière.

La Commission est entrée dans une **procédure en manquement** avec le RU.

La CJUE rend un arrêt interlocutoire : elle refuse de trancher avant que la Commission et le RU fournissent un certain nombre d'informations complémentaires à la Cour.

La CJUE rappelle, en préliminaire de son arrêt interlocutoire, que les deux produits ne sont **pas concurrents**, et donc a priori, le RU fait ce qu'il veut en termes de taxation sur ce point.

Reprenons donc le cheminement argumentatif des parties.

La première argumentation est de savoir quel est le rapport entre le vin et la bière. L'idée est que deux produits similaires remplissent les mêmes fonctions pour le consommateur. Ce n'est pas le cas du vin et de la bière, particulièrement au Royaume-Uni.

Ici on voit donc un **rapport de concurrence** entre les produits qu'il va falloir démontrer.

Ce rapport de concurrence suppose que les produits ne soient pas similaires. La concurrence peut être **partielle ou potentielle, ce rapport de concurrence se fait par rapport à la production du pays d'importation** (pour appliquer l'art. 110 alinéa 2 il faut une production nationale sinon ce n'est pas possible de se battre contre le protectionnisme).

Cela suppose pour la Cour « *d'envisager l'Etat actuel du marché, de ses possibilités d'évolution dans le contexte de la LCM à l'échelle communautaire et des virtualités nouvelles de substitution entre produits que l'intensification des échanges peut révéler* ». Ce que vise la Cour ici, c'est que le rapport de concurrence doit se concevoir évidemment par rapport à **ce qui se passe sur le marché**. Si le RU décide de surtaxer le vin parce qu'elle ne veut pas que le vin pénètre trop le marché, fiscalement, le pays peut. L'objectif de la LCM est de faire que **le choix entre des produits est fait par le consommateur**. Le consommateur se détermine en fonction des besoins, du moment, du prix, de sa conscience, de ses goûts... **c'est lui qui doit faire le choix, pas la politique fiscale**.

Le marché intérieur met au cœur du système le consommateur qui bénéficie donc de la LCM. Dans cette affaire, la Cour dit qu'elle fait tout pour **ne pas cristalliser par des réglementations nationales les habitudes de consommation**. C'est tout : l'UE ne permet pas de vendre beaucoup de vin au RU ; les consommateurs britanniques, en réalité, ne consomment pas beaucoup de vin. Donc l'UE ne bouscule pas les habitudes de consommation.

Ainsi, la CJUE va déterminer, au regard de cette définition dynamique de la concurrence des produits, quel est l'état de la concurrence entre le vin et la bière.

Dans une certaine mesure, les deux étant de l'alcool, ils sont de nature à satisfaire des besoins identiques, donc il doit y avoir un certain degré de substitution entre les deux produits. **Mais on ne peut pas se limiter, pour apprécier le degré de substitution, aux seules habitudes de consommation**. La Cour rappelle que nos **habitudes de consommation sont très variables** dans le temps et dans l'espace (au RU, le vin est réservé aux riches). Les habitudes ne sont **pas des données immuables**.

Il est cependant difficile d'établir des comparaisons entre le vin et la bière car ils ne sont pas fabriqués de la même manière, ils n'ont pas le même degré d'alcool, et cette difficulté de comparaison suppose d'apporter des éléments d'information supplémentaire à la Cour. Elle demande de préciser avec plus de clarté (pour le RU, la Commission et toutes les parties intervenantes) le rapport de concurrence entre la bière fortement alcoolisée et le vin léger (<10°). La surcharge fiscale du vin conduit-elle le consommateur britannique même potentiellement à remplacer le vin léger surtaxé par une bière forte sous-taxée ? Si c'est le cas, on a un rapport de concurrence ; si ce n'est pas le cas (aucune forme de substitution même potentielle), on n'a pas de rapport de concurrence donc la charge fiscale peut être drastiquement différente.

Après avoir obtenu les précisions dans un arrêt subséquent **on voit apparaître une concurrence** sur cette portion du vin et de la bière.

Si concurrence il y a, il faut déterminer un **rapport de taxation adéquate**. La Cour va essayer de mesurer la charge fiscale supportée sur cette gamme de produits potentiellement concurrents (7-10°) et elle va regarder

le **rapport de charges fiscales**. Ce qui veut dire que dans le cadre de l'art. 110 alinéa 2, il ne suffit pas de démontrer une différence de taxation. Il **faut une différence suffisamment substantielle** pour amener un effet protecteur. La charge sur le vin étant à peu près 5 fois supérieure à celle pesant sur la bière, c'est assez facile. On est également dans une situation où le RU fabrique quasiment exclusivement de la bière. Il est assez manifeste que la taxation du vin a pour objectif de cristalliser les habitudes de consommation en faveur de la bière, qui est en l'espèce une grosse production nationale : c'est donc probablement du protectionnisme fiscal.

Une fois qu'on a mesuré le degré de concurrence entre les produits, il faut **évaluer la différence de traitement** (si elle est minime, on s'arrête là), puis **montrer l'effet protecteur** : c'est-à-dire le déplacement, même potentiel, d'une consommation de produits importés vers une consommation de produits nationaux (c'est en ce sens qu'il y a protectionnisme).

La Cour applique ce cheminement dans son arrêt subséquent ; elle finira par constater que **la taxation britannique était protectionniste sur cette frange de produits**. Conséquence : le RU a changé sa taxation ; elle continue de taxer le vin sur la bière mais a calibré sa taxation pour éviter de se faire encore taper sur les doigts. Le vin est beaucoup plus consommé au RU mais il reste consommé à un prix nettement supérieur à la bière et il reste consommé d'une manière non-concurrente avec la bière.

**Le MI doit permettre d'éviter à un Etat de cristalliser artificiellement des habitudes de consommation.**

En principe, une taxe (donc une charge pécuniaire unilatéralement imposée) est soit une TEE soit une taxe d'imposition intérieure. Il existe néanmoins une troisième, voire une quatrième possibilité, qui sont cependant extrêmement limitées.

### **CJUE, 19 juin 1973, Capolongo, C-77/72.**

Cette affaire est intéressante du point de vue de l'inventivité des Etats quand ils ont affaire à quelque chose qui les ennuit (l'élimination des TEE et l'encadrement fiscal de l'art. 110).

L'affaire concerne les producteurs de carton et les importateurs de carton en Italie. Ces deux acteurs payent une taxe du même montant qui vient alimenter un fonds de recherche. Lorsque la Cour examine l'affaire (remontée par question préjudicielle), elle se rend compte que le fonds de recherche qui étudie le carton (matériau particulièrement innovant) destine les résultats aux *producteurs* italiens de carton.

Si on regarde le système, les producteurs et les importateurs payent une taxe du même montant ; même charge fiscale, même produit, c'est donc une **taxe d'imposition intérieure**.

La CJUE va néanmoins (ce qui peut paraître un peu contradictoire avec les définitions données dans le Fond Social des ouvriers diamantaires) regarder à qui est destinée la taxe, pour **tracer le circuit financier de la taxation**. Elle se rend compte que le montant des recherches correspond au montant payé par les producteurs italiens. **La charge fiscale nette apparaît différemment pour les producteurs et importateurs de carton**. Les producteurs ont une innovation garantie qui va booster leur compétitivité ; les importateurs n'ont rien en retour de cette taxe.

La Cour en conclut qu'en regardant le circuit financier de la taxe, on voit bien que le fait générateur de la taxation est en réalité l'importation du carton et donc le franchissement d'une frontière, ce qui en fait une **TEE**.

A partir de cette jurisprudence, on a le suivi du circuit financier de certaines taxes. La Cour viendra préciser petit à petit que pour qu'il y ait TEE, il faut qu'il y ait une **compensation** qui soit pour les mêmes producteurs (celui qui paye est celui qui reçoit) **directe et intégrale**. Peu de cas tombent dans cette hypothèse Capolongo. Si l'Etat est malin, il fait le même système mais en versant la taxe dans le budget global de l'Etat ; puis

l'élaboration de ses politiques publiques, il finance ses fonds de recherche. A partir de là, on peut plus tracer le circuit financier de la taxe à cause de l'hypothèse de non-fongibilité des finances publiques.

Première hypothèse : le financement par une redevance de contrôle imposée par l'UE.

Exemple d'un importateur de pommes qui doit prouver par un certificat que ses pommes ne sont pas malades. Le certificat est cher mais c'est obligatoire pour vendre dans l'UE. Cette charge pécuniaire est bien imposée à raison du franchissement de la frontière ; mais comme le contrôle est un contrôle obligatoire de l'UE pour favoriser la libre-circulation, dès lors qu'il y a proportionnalité de cette charge pécuniaire par rapport à la marchandise, c'est une **redevance**.

Deuxième hypothèse : on peut avoir, au moment du franchissement de la frontière, des Etats qui proposent des services.

Par exemple, 3 tonnes de médicament arrivent à la frontière. L'importateur ne sait pas ce qu'il va faire d'une partie de ces médicaments, et il veut donc les mettre en transit, ce qui est prévu par le Code des Douanes. Soit l'importateur stocke les produits à ses frais, soit l'Etat met à disposition un peu de place dans les entrepôts. Si un service est rendu à l'importateur (service non obligatoire et qui puisse être refusé) il est logique qu'il y ait **redevance**. C'est logique que l'importateur paye ce service. La condition qui est mise pour qu'on soit dans une redevance et qu'on ne soit pas dans une TEE, c'est que la **redevance soit proportionnée au coût du service**. Cela s'appelle une **redevance pour service rendu à l'importateur**. Cela s'applique très peu, la seule jurisprudence qu'on ait c'est dans les années 1990.

#### d) Les possibilités d'harmonisation de la fiscalité

L'UE est compétente pour encadrer la fiscalité ; elle ne peut cependant harmoniser que la **fiscalité indirecte**, c'est-à-dire la **fiscalité relative à la consommation du produit**. Mais l'UE n'est absolument pas compétente au titre du traité pour ce qui concerne la **fiscalité directe** et fait partie de ce domaine l'imposition de la production.

L'UE a donc harmonisé la TVA, les accises sur le tabac, l'alcool et les huiles minérales ; elle aurait pu tenter de le faire sur la taxe de mise en circulation des voitures (Danemark) mais cette possibilité d'harmonisation est limitée (en plus elle suppose l'unanimité au conseil, impossible dans ce cas). Elle peut aussi tenter d'harmoniser des taxations écologiques.

**L'UE n'a pas la compétence pour harmoniser l'impôt sur le revenu, ni l'impôt sur les sociétés.**

L'art. 113 clôt le chapitre sur les **dispositions fiscales** (art. 110 et 1113).

**L'art. 116 du TFUE** s'applique dans le cas où la Commission constate une « *disparité entre les législations nationales faussant les conditions de concurrence sur le marché intérieur et provoquant de ce fait une distorsion qui doit être éliminée* ». Dans l'art.116, on constate que cela peut exister ; ce constat a comme conséquence de créer une consultation des EM. Si cette consultation n'aboutit pas, le Parlement Européen et le Conseil, statuant conformément à la PLO, arrêtent les directives nécessaires à cette fin.

**La question est de savoir si l'art. 116 pourrait être utilisé comme base juridique pour le rapprochement des législations en matière de fiscalité, et en particulier en matière de fiscalité directe** (cf. Taj stratégie, *La règle de l'unanimité pour l'adoption de la législation fiscale européenne est-elle incontournable ?*).

**L'article 116 n'a jamais vraiment été utilisé et l'art. 113 suppose l'unanimité de décision au Conseil : le système d'harmonisation n'est donc pas très efficace.**

### Nouvelle stratégie fiscale de l'UE – possibilités d'harmonisation

Analyse du plan d'action pour une « *fiscalité équitable et simplifiée à l'appui de la stratégie de relance* », post-COVID. L'idée est de **refondre assez profondément l'harmonisation européenne fiscale** pour le Green Deal et la transition numérique, dans le respect des objectifs de l'UE et d'une économie sociale de marché. C'est important car cela va générer de l'activité législative qui va orienter l'harmonisation fiscale un peu différemment. L'objectif est à la fois de retrouver dans l'UE l'idée de **mécanismes fiscaux incitatifs**, mais aussi de donner à l'harmonisation fiscale un tour plus équitable. Cela veut dire que chaque entreprise fait ce qu'elle doit (exemple taxation sur les GAFA) et que les entreprises ne profitent pas du marché intérieur pour pratiquer de la fraude fiscale mais surtout **l'optimisation fiscale**. Elle peut être dommageable car elle peut amener à quelque chose de problématique dans l'UE, c'est-à-dire la **concurrence déloyale**.

L'idée de la Commission européenne est de **réduire les charges fiscales**, et en particulier de simplifier la TVA. Il faut **pousser les entreprises à se conformer aux règles fiscales** (elles font de l'optimisation juridique car ne pas respecter une règle peut être plus avantageux pour leur trésorerie). Pourquoi ? Car le droit fiscal nourrit les budgets nationaux. Ils ne sont plus nourris par les droits de douane, donc il ne leur reste plus grand-chose à part la taxation fiscale. Dans le cas de la crise sanitaire, on a vu beaucoup d'exonérations de taxes qui finiront par poser problème car l'addition sera salée pour les Etats.

La taxation vient aussi nourrir le budget européen ; ce dernier fonctionne sur le modèle dit des **ressources propres** : droits de douanes (sous l'influence du GATT, s'érodent), une partie de la TVA, une part du PNB des EM reversée à l'UE (ce qui pose problème aujourd'hui car beaucoup pensent qu'ils donnent plus qu'ils ne reçoivent de l'UE, cf. chèque britannique). On a besoin de nouvelles sources de taxation, car pour la première fois l'emprunt se fait au nom de l'UE : si elle emprunte, les EM doivent la rembourser ; et si elle subventionne les EM, il faudra trouver du budget.

- **La Commission a proposé dans son plan d'action, premier grand axe :**
  - L'accompagnement dans la transition écologique. Gros débat : qu'est-ce qui va être favorable à la transition écologique ?
  - Les taxes environnementales (certaines harmonisées par l'UE) : l'idée étant de participer à une protection de l'écologie mais aussi de donner des bons signaux-prix aux consommateurs et aux utilisateurs. Quel prix du carbone ?
  - Réduire les taxes sur le travail de manière à assurer une protection sociale appropriée et de les compenser par des taxations écologiques.
- **Deuxième grand axe : une réforme du système d'imposition des sociétés.** On a le barrage de l'art. 113 mais on a potentiellement l'utilisation de l'art. 116. Elle propose de pouvoir (dans un certain nombre d'hypothèses concernant la politique fiscale) que le Conseil Européen puisse passer de l'unanimité à la majorité qualifiée (sans passer par une révision du traité). L'idée étant d'imposer le secteur du numérique et de créer des principes de taxation entre les EM (imposer Google là où Google crée de la valeur). Réfléchir également à un plan d'action sur la fiscalité des entreprises : différences entre l'impôt sur les sociétés ? Peut-on les réduire pour éviter des effets d'opportunité (dont le fameux sandwich irlandais) ?
- **Troisième axe : la lutte contre la fraude et l'évasion fiscale.** C'est d'autant plus important qu'avec la crise sanitaire, il faut absolument récupérer des sous là où on peut. Il faut intensifier cette lutte, travailler sur la liste des pays et territoires non-coopératifs. L'idée est aussi d'inciter les EM à conditionner les aides d'Etat à l'absence de lien entre l'entreprise qui bénéficie de l'aide et les territoires non-coopératifs (urgent).
- **Quatrième axe : la simplification fiscale.** Pour que la fiscalité coûte moins cher aux entreprises, que ce soit sur le plan de la TVA ou d'autres plans, en utilisant les possibilités du numérique. L'idée est

aussi de **favoriser les mécanismes de coopération fiscale entre les Etats**, coopération sur le numérique (en respectant les données personnelles) en ayant des fichiers inter-opérables. Il faut essayer de simplifier la vie des entreprises « jeunes et innovantes », qu'il faut protéger de manière à réduire le coût de conformité fiscale qui pourrait pour certaines PME monter jusqu'à 30% de la charge d'impôts, ce qui est délirant.

Sont actuellement sur la table un « **paquet fiscal** » = ensemble de textes. Proposition législative sur la directive relative à la coopération administrative, bonne gouvernance fiscale dans l'UE, un code de conduite dans le domaine de la fiscalité des entreprises, une révision sur la liste des pays non-coopératifs, une communication sur l'aide en faveur des pays en développement pour améliorer leur bonne gouvernance fiscale, directive sur les accises par rapport au tabac.

Ce paquet est complété par tout une série de propositions sur les taxes numériques et écologiques.

### *Section 3 : L'interdiction des obstacles non tarifaires aux échanges*

Ces mesures non tarifaires sont extrêmement nombreuses (normes techniques etc...) Il y a des mesures qui peuvent être handicapantes (sociales ou environnementales). C'est avec ces obstacles non tarifaires qu'on a construit la manière de raisonner dans le marché intérieur. **Il est important de bien comprendre ce qui a servi de creuset de raisonnement aux institutions et aux Etats membres.**

#### **§ 1 La notion de mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative**

MEE(RQ)

**Art. 34 du TFUE.** Les MEE ont le **même effet qu'un quota** (restriction quantitative). Si on a l'ambition de faire un MI sans frontières intérieures, il faut s'attaquer autant aux mesures tarifaires qu'aux mesures non tarifaires. Quand l'UE a réalisé l'Union douanière, au 1<sup>er</sup> juillet 1968, elle s'attaque dès 1968 à ces MEE en adoptant une directive, fin décembre 1969, directive 70/50.

Cette directive dans laquelle la Commission annonce qu'avec l'union douanière de fait, la Commission ambitionne de s'attaquer aux obstacles non tarifaires en livrant la première définition de la MEERQ. Cette définition sera utilisée ensuite par la CJUE.

Cette directive fait une **typologie des mesures** qui sont des MEE et qui donc doivent être éliminées en vertu de l'article 34 TFUE. Les quotas, comme les MEERQ, doivent être éliminés pour assurer la LCM. La Commission donne un certain nombre d'exemple de mesures qu'elle considère à l'époque (du fait de la pratique de l'époque) comme à éliminer. Les Etats doivent donc supprimer des mesures qui en fait, quand on regarde l'art. 2 de la directive, visent spécifiquement le produit importé. Elles correspondent à la logique du droit du commerce international.

Exemple de mesures interdites :

- Mesures qui n'existent plus aujourd'hui mais relatives aux prix. Dans les années 1970, les Etats ont des politiques d'imposition de prix (mini ou maxi pour les produits importés). Cela rendait l'importation soit beaucoup plus difficile (importation moins attractive) soit carrément impossible (car la fourchette ne permettait pas de répercuter les coûts de transport sur le consommateur ou alors trop cher). On l'oublie aujourd'hui mais il faut un intérêt à l'importation : soit parce que le pdt n'existe pas sur le territoire national soit qu'il existe mais trop cher. Il faut donc un différentiel de prix, qui soit assez important même après avoir ajouté les frais de l'importation (logistique, transport).
- Mesures qui déprécient un produit importé : soit parce qu'il devient artificiellement cher du fait de mesures relatives aux prix voire de mesures de publicité (faire comprendre au consommateur que le produit est dangereux ou de mauvaise qualité parce qu'il vient de l'étranger).

- Pratique d'avoir accès au marché national à la condition d'avoir un représentant sur le territoire de l'Etat membre importateur (Etat d'accueil de la marchandise). C'est commun en droit du commerce international pour sécuriser les importations mais dans le cadre de l'UE et du marché intérieur ce n'est pas légal.
- Pratiques qui peuvent limiter les points d'importations (des pamplemousses ne pouvaient entrer que par le port de Gêne et avec des horaires très restrictives)
- Obligation ou possibilité restreinte de stockage : cela aussi est interdit.

Avec cette directive 70/50, on comprend mieux ce que visait la Commission européenne au moment de sa publication. Aujourd'hui, cette directive est datée mais tout de même intéressante (car on comprend la philosophie d'approche de la Commission de l'article 34) mais ce n'est plus ce que l'on privilégie en regardant cet article.

### **CJUE, 2 décembre 2010, Ker Optika, C-108/09**

Affaire concernant des lentilles de contact. C'est la première fois que la Cour formule son analyse de l'art. 34 d'une manière plus large que la directive 70/50 où elle synthétise toute une série de jurisprudences.

Il ressort d'une jurisprudence constante que l'art. 34 reflète l'obligation de respecter trois principes, qui existent pour toutes les libertés (principes non cumulatifs) :

- **Le principe de non-discrimination**, qui est **central** dans l'art. 34. Mais la CJUE va bien au-delà de la non-discrimination à partir de 1979, moment où elle considère qu'il y a dans l'art. 34 des mesures qu'il faut regarder par rapport à leurs effets sur le commerce, même si elles ne sont pas discriminatoires.
- **Le principe de reconnaissance mutuelle des produits légalement fabriqués et commercialisés dans d'autres EM** (exemple d'Erasmus : Sciences Po a reconnu ce qu'on a fait ailleurs sans qu'on ait à repasser des examens nationaux par exemples, ceci est un ppe de reconnaissance mutuelle ; Frohnleiten qui pose un problème de reconnaissance des certificats de sécurité des marchandises entre l'Italie et l'Autriche),
- **Le principe de liberté d'accès au marché national**. C'est ce principe qui a mis le plus de temps à être formalisé par la Cour de cette manière (plein de changements et revirement assumé de jurisprudence dans Ker Optika : « contrairement à ce qui a été jugé auparavant »).

Est-ce que les 3 principes de Ker Optika sont d'application alternatives ou une même affaire peut contenir une violation de plusieurs de ces principes ? Non, on ne peut pas avoir les trois en même temps. Un seul peut poser problème à la fois.

Comment on passe de la directive 70/50 aux trois principes de Ker Optika ? C'est ce que l'on va voir, petit à petit. Il y aura plus de jurisprudence, qui ne sera malheureusement pas toujours cohérente.

#### **a) L'interdiction de principe des mesures discriminatoires**

Le principe de non-discrimination est le premier principe sur lequel la Commission s'est fondée pour interdire les MEE.

L'idée première de l'art. 34 est de **supprimer pour fluidifier le commerce**. Pour venir rendre effective l'interdiction des droits de douane ou des TEE, il faut supprimer les mesures de l'Etat qui rendent les **importations plus difficiles, plus onéreuses, ou impossibles** (donc les quotas et les MEE). Cela vaut à tout stade de la commercialisation, il faut supprimer les mesures qui ont pour seule cible les importations.

L'ensemble des mesures vues dans la directive 70/50 rentrent dans cette logique, les mesures sont discriminatoires car elles font **porter une charge uniquement sur les produits importés**.

Cette logique est la première appliquée chronologiquement et est bien sûr toujours appliquée aujourd'hui. Dans la réalité, de moins en moins de mesures sont toujours discriminatoires.

La Cour ne manque jamais une occasion de se référer à l'affaire Dassonville et qui va donner la formule magique de ce que l'on entend par une MEE.

### **CJUE, 11 juillet 1974, Dassonville, C-8/74**

Dassonville est un vendeur d'alcool qui se lance dans l'importation de whisky (alcool assez inconnu alors). Il s'établit en Belgique et achète à son père établi en France des caisses de whisky qui sont importées d'Ecosse. Il décide d'ouvrir son commerce de whisky mais se heurte aux autorités belges. Elles demandent un **certificat d'origine** : il ne s'agit pas d'un paiement particulier mais, **c'est une mesure et pas une charge pécuniaire**. La Cour affronte pour la première fois à la définition de l'art. 34 dans lequel on évoque les MEE sans les définir (comme d'habitude). Elle va donc faire une définition fonctionnelle des MEE, par rapport à la fonction de l'art. 34 dans le traité.

Dans cette affaire, le certificat d'origine est refusé à Dassonville par les autorités douanières, car les producteurs de whisky avaient fait des contrats de distribution exclusive dans les différents EM, donc avaient établi des importateurs officiels. Comme Dassonville n'est pas un importateur officiel, mais parallèle, on lui refuse le certificat, donc on lui interdit de vendre son whisky en Belgique.

La Cour est interrogée par le juge belge et c'est là où elle va donner le « mantra » :

*« Selon une jurisprudence constante, toute réglementation commerciale des EM susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement, le commerce au sein de l'Union doit être considérée comme une mesure d'effet équivalent à des restrictions quantitatives au sens de l'art. 34 TFUE. »*

Si on compare *Dassonville* et *Fonds social des ouvriers diamantaires* c'est intéressant car on observe la même logique : on utilise la notion d'**entrave**, les mesures qui entravent le commerce au sein de l'Union.

La Cour opte pour cette définition très large car elle articule les deux arrêts ensemble. Mais en l'espèce, quand elle applique la définition, elle aboutit au fait que le certificat belge est une discrimination, car il est uniquement demandé pour les produits non-belges.

Aujourd'hui, ce principe de non-discrimination vaut toujours pour l'application de l'art. 34. Elle n'est pas toujours simple à caractériser mais une mesure de l'état discriminatoire, visant spécifiquement l'importation, est contraire à l'art. 34 et doit donc être éliminée.

Pourquoi en arrive-t-on à poser ce principe de non-discrimination ? La discrimination est un problème pour le marché intérieur. Mais elle a ses origines dans le commerce international. La Cour se place dans la filiation du GATT et de l'art. XI dans son arrêt Dassonville : cette logique de discrimination vaut pour tous les EM de l'OMC (Affaire Etats-Unis/Crevettes permettant d'expliquer ce qui est entendu par discrimination dans le cadre de l'OMC). Cette discrimination est la même que l'on soit dans le commerce international et européen.

### **b) L'interdiction de principe des mesures entravant la liberté d'accès au marché national**

#### **• Les mesures présumées entravantes**

Il peut y avoir des mesures que l'on **présume entravantes** et ce sont les **mesures afférentes au produit**. On les trouve dès la directive 70/50 dans les considérants (art. 3) : *« considérant que les effets sur la libre circulation des marchandises des mesures relatives à la commercialisation des produits et qui sont indistinctement applicables aux produits nationaux et aux produits importés, ne sont pas, en principe, équivalents à ceux des restrictions quantitatives, ces effets étant normalement inhérents aux disparités des réglementations appliquées par les États membres en la matière ; considérant que, toutefois, ces mesures peuvent produire des effets restrictifs sur la libre circulation des marchandises, qui dépassent le cadre des effets propres de ces réglementations ».*

Dès cette directive, on considère qu'il peut y avoir **matière à aller au-delà du principe de discrimination** : on regarde des mesures qui peuvent dépasser le cadre des effets propres de réglementations de commerce, soit avoir des conséquences anormales sur le commerce (donc a priori pas discriminatoires, mais problématiques car excessives) : c'est-à-dire des réglementations qui ont des effets d'*entrave* sur le commerce. En relisant Dassonville, on voit qu'on visait la discrimination mais les juges prennent le soin de réserver l'examen de mesure qui pourraient entraver le commerce mais qui ne sont pas discriminatoires.

Il ne faut pas oublier cette partie de phrase : « *normalement inhérents aux disparités* ». Dans l'UE, la diversité est une richesse (« *Unis dans la diversité* ») : des réglementations différentes ne sont pas un problème, elles ne peuvent pas être contraires à l'art. 34. Or, la régulation du marché est une compétence partagée, donc lorsque les Etats réglementent le commerce, on ne peut pas retenir contre eux une violation de l'art. 34. Les législations nationales qui pourraient être contraires à l'art. 34 sont celles qui ont un effet anormal, celles qui dépassent ce qui est inhérent aux réglementations du marché.

### **CJUE, 20 février 1979, Rewe Zentral (Cassis de Dijon), C-120/78.**

Ce cassis, produit traditionnellement fabriqué en Bourgogne par les moines, est invendable en Allemagne. En effet, il y a une loi des années 1920 sur l'organisation du marché des alcools (faite pour lutter contre l'alcoolisme et récupérer des sous pour le budget). Dans ces réglementations, on a la définition de ce qu'est un alcool, qui est ce qui titre plus de 25° d'alcool. En Allemagne en 1920 on raisonne à partir de ce qu'est le marché allemand traditionnel, dans lequel on a essentiellement de la bière (appelée bière, sous les 5°), mais aussi du vin, mais aussi le schnaps (40°). Pour les allemands de 1920, l'alcool c'est cela.

Cette réglementation pose problème car le cassis de Dijon titre entre 18 et 20° d'alcool. En Allemagne, on a (marché intérieur oblige) des supermarchés allemands qui s'intéressent au produit, ce qui fait qu'il faudra classer ça dans les dénominations légalement admises en Allemagne : mais ce n'est pas du vin, ni de la bière, ni de l'alcool (+25°). Donc les autorités allemandes considèrent qu'on ne peut pas vendre de cassis de Dijon en Allemagne car c'est contraire à la tradition allemande.

La Cour va avoir l'idée que ce n'est pas une réglementation nationale qui doit décider ce qui est un apéritif ou ce qui est buvable ou pas : c'est le consommateur qui décide de tout cela. La CJUE se saisit de cette affaire dans une période compliquée : période de stagflation, deuxième choc pétrolier, montée du chômage de masse en particulier dans les aciéries, donc période néo-protectionniste.

La Cour va donc **contrôler une mesure indistinctement** applicable (donc non discriminatoire), et **définir une mesure avec un effet anormal** pour le marché intérieur (mesure trop entravante et excès très visible « au regard du canon de l'alcool allemand, sans mauvais jeu de mot... »)

La Cour part de l'idée qu'il y a blocage des importations, et considère qu'encore une fois la disparité des législations n'est pas un problème, qu'elle doit être acceptée dans la mesure où ces disparités sont nécessaires. Une entrave peut résulter d'une mesure indistinctement applicable qui ne serait pas nécessaire, c'est-à-dire une entrave qui n'a pas d'exigence impérative.

Quand la mesure venant bloquer l'accès au marché ne peut pas être **justifiée par une exigence impérative**, c'est une MEE contraire à l'art. 34 du TFUE.

La CJUE donne donc ici à la Commission européenne la possibilité de créer le 3<sup>ème</sup> grand principe qui est celui de reconnaissance mutuelle : si on vend légalement du cassis de Dijon en France il n'y a pas de raison de ne pas le vendre légalement en Allemagne. Le « test Cassis » est la justification de la mesure par rapport à des exigences impératives.

Cette jurisprudence va être utilisée pour la Commission pour se **remettre au centre du jeu** (bloquée par le compromis de Luxembourg, blocage de l'harmonisation au sein du Conseil, tensions avec le Parlement qui se

bat pour obtenir du pouvoir décisionnel) et contrôler une série de mesures étatiques. Elle va utiliser la jurisprudence Cassis de Dijon ainsi que sa position de gardienne des traités pour demander aux Etats de **justifier leurs mesures commerciales**. L'art. 34 devient la disposition la plus utilisée par la Commission contre les Etats mais aussi la plus utilisée par les avocats des entreprises contre les mesures étatiques.

La CJUE va être **sur-interrogée par le biais de la QP via l'art. 34**. Elle veut recentrer la jurisprudence Dassonville et la jurisprudence Cassis de Dijon, ce qu'elle fera dans l'arrêt Keck et Mithouard.

Cela concerne un truc particulier à la France, qui est la vente à perte (on ne peut pas faire de vente à perte et c'est déloyal).

### **CJUE, 24 novembre 1993, Keck et Mithouard, C-267 et 268/91.**

Cela concerne une particularité de la France qui est l'interdiction de la vente à perte (car c'est déloyal).

Keck et Mithouard font face à une procédure pénale pour une vente à perte sur les produits Picon et les cafés Sati (ils le faisaient pour se faire une clientèle allemande). Ils vont dire que c'est une entrave au marché intérieur que les ventes à perte soient interdites en France et autorisés en Allemagne.

Quand cette affaire arrive à la Cour, tout le monde se dit (les spécialistes, les fonctionnaires de la Commission, les juges de la Cour) que c'est une affaire sans importance, on va dire que c'est contraire à l'art. 34 (France solitaire dans la condamnation de la vente à perte) et puis cela n'a pas d'importance fondamentale pour l'intégration. Or, la Cour va opérer un **revirement de jurisprudence retentissant** (arrêt le plus commenté de l'histoire de la Cour).

Le **point 15** vient valider l'approche de Cassis de Dijon, sur les mesures indistinctement applicables qui sont des MEE pour les mesures afférentes au produit. Les mesures afférentes au produit qui sont des mesures présumées contraires à l'art. 34 facilitent la vie du juge national, dès lors que la mesure est indistinctement applicable et afférente au produit, il y a présomption d'entrave.

*« Il y a lieu de rappeler à cet égard que, conformément à la jurisprudence Cassis de Dijon (arrêt du 20 février 1979, Rewe-Zentral, 120/78, Rec. p. 649), constituent des mesures d'effet équivalent, interdites par l'article 30, les obstacles à la libre circulation des marchandises résultant, en l'absence d'harmonisation des législations, de l'application à des marchandises en provenance d'autres États 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, leurs dimensions, leur poids, leur composition, leur présentation, leur étiquetage, leur conditionnement), même si ces règles sont indistinctement 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 ».*

- **Les mesures non-entravantes**

Le point 16 voit le revirement de jurisprudence important de la Cour, le basculement.

*« 16 En revanche, 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 États membres, au sens de la jurisprudence Dassonville (arrêt du 11 juillet 1974, 8/74, Rec. p. 837), 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 ».*

On voit ici une rupture de jurisprudence. La Cour définit une nouvelle catégorie qu'elle appelle « certaines modalités de vente ». En l'espèce de l'arrêt Keck, la jurisprudence met en cause l'interdiction française de la revente à perte. La disposition perturbait le marché intérieur car la pratique était autorisée en Allemagne et interdite en France.

Cette disposition indique *comment* on vend. La détermination par la loi du lieu de vente est une modalité de vente au sens du point 16 : où on vend, qui vend, à quelle heure on vend, et dans quelles conditions on vend.

En ce qui concerne l'heure et le jour où l'on vend, cela fait référence à une jurisprudence problématique sur la réglementation du **dimanche**. Ces réglementations étaient attaquées au milieu des années 1980, au regard de l'article 34 et les conclusions de la Cour étaient faites en suivant la même réflexion que l'arrêt Dassonville.

Cette catégorie des modalités de vente est sanctuarisée par le point 16 de l'arrêt Keck. Pour ces mesures, la présomption n'est **plus une présomption d'entrave mais de non-entrave**.

C'est donc une rupture importante puisqu'on considère qu'il y a des mesures (certaines modalités de vente) qui sont **hors du champ d'application de l'art. 34**, qu'elles ne peuvent pas être contestées, car elles font parties de la compétence de l'Etat pour réguler son marché.

Le point 16 renverse la charge de la preuve, « pourvu que... » ce sera à l'opérateur économique de le prouver.

Cette jurisprudence a déclenché énormément de critiques, car la Cour change sa jurisprudence de manière particulièrement explicite et change complètement son mode de raisonnement pour cette catégorie.

Pourquoi cette distinction entre le point 15 et 16 ?

Ces affaires du milieu des années 1980-1990 arrivent à la Cour par des QP. Les opérateurs économiques contestent les régulations du marché en s'appuyant sur les **visions larges de l'art. 34** promues depuis la jurisprudence Dassonville.

La réflexion que la Cour va suivre pour conclure sur l'affaire de la vente le dimanche sera la même que dans la jurisprudence Cassis de Dijon. Les Etats, pour se justifier, vont s'appuyer sur des arguments relatifs à la politique sociale et la protection des travailleurs. La Cour reconnaît que c'est une **exigence impérative** ; ensuite elle applique le **test de proportionnalité** et va vérifier que la mesure est nécessaire pour protéger les travailleurs. Dans ce cas, elle n'arrive pas à donner de réponse. Elle utilise le fait que c'est une QP pour dire aux juges nationaux : vérifiez que c'est proportionnel et débrouillez-vous ! En renvoyant au juge national la décision, le juge national peut prendre plusieurs solutions à divers endroits.

La Cour de justice ne veut pas (ou ne peut pas) prendre position sur cette question.

La critique que l'on peut faire dans ce cas, c'est que la Cour a appliqué la jurisprudence Cassis de Dijon mais de manière **trop mécanique**. Elle a admis au début que le Cassis n'avait pas accès au marché allemand.

La Cour sait qu'en principe les mesures indistinctement applicables ne sont pas trop problématiques. Mais elle va **mécaniquement demander aux Etats une justification**.

Pour certains magasins, le produit va être vendu sur le marché, moins le dimanche mais ça ne bouche pas l'accès au marché. **Le marché intérieur ne promet pas que la vente d'un produit sera la même, partout, au même moment, les mêmes jours etc.**

Il faut trouver un critère qui permet de distinguer entre ce qui touche le produit directement, et ce qui concerne les modalités de distribution du produit qui peuvent être différentes du fait de la souveraineté réglementaire des Etats en matière de commerce. C'est clair que si on touche au produit directement, si on le modifie, l'accès au marché sera entravé voire interdit, et cela ne peut être.

La Cour, donc, va petit à petit chercher à distinguer quelles mesures sont à proscrire parce qu'elles rendent l'accès au marché trop difficile, c'est-à-dire quelles sont les mesures qui rentrent dans le point 15, qui sont des mesures afférentes au produit.

Le reste sont les modalités de vente : il n'y a pas de souci, cela fait partie des mesures de régulation que l'Etat est libre de prendre ; sauf si l'opérateur économique prouve un moindre accès au marché (point 17).

En 1993, la Cour pense avoir trouvé la **formule magique de l'entrave au sens de l'art. 34** : c'est la discrimination, c'est Cassis de Dijon, c'est les modalités de ventes pour lesquelles elle présume que la mesure n'est pas entravante sauf si l'opérateur économique peut prouver l'entrave au marché.

Keck et Mithouard a fait diminuer le nombre de poursuites contre les EM dès lors qu'il s'agissait du point 16 de l'arrêt Keck. A chaque fois qu'ils sont poursuivis les EM répondent que leur mesure est correcte en invoquant le point 16 de Keck.

Cette division, aussi efficace qu'elle soit, est **profondément simpliste**. Cela devient une difficulté pour la Cour de tracer une frontière entre les mesures afférentes au produit et ces modalités de vente. Y a-t-il autre chose ?

On voit apparaître les limites du raisonnement de la Cour dès 1995.

### **CJUE, 28 mars 1995, Mars, C-470/93.**

C'est l'arrivée sur le marché des barres glacées Mars qui pose problème. Il y a en Allemagne une polémique sur la publicité qui est faite par Mars : leur idée est de travailler sur le packaging pour donner l'impression qu'acheter les barres Mars glacées c'est faire une affaire : « +50% gratuit » marqué en doré sur le paquet etc. L'Allemagne n'est pas d'accord avec cet emballage car elle a une **conception très protectrice du consommateur**. Les autorités allemandes veulent **interdire** cette méthode de promotion.

Le problème est de savoir si la mesure allemande appartient au point 15 (afférente au produit) ou au point 16. Si on essaye de qualifier juridiquement, le problème de la mesure allemande est qu'elle vient **remettre en cause une publicité**. Logiquement une publicité serait une modalité de vente ; cette modalité de vente appartient-elle au point 16 ? Elle pourrait l'interdire donc.

Mais Mars essaye de défendre que la mesure d'interdiction de l'Allemagne est une mesure du point 15 en se référant à la directive 70/50, qui donne une liste non limitative de mesures possibles (pouvant être l'emballage). Ce dit, la **publicité est sur l'emballage** ; Mars dit qu'ils ne peuvent pas changer les emballages uniquement pour l'Allemagne car la mesure empêcherait d'accéder au marché allemand.

La CJUE est **obligée de qualifier la mesure** ; elle va dire que c'est une mesure du point 15, présumée entravante, sauf si l'Allemagne **arrive à prouver** que c'est pour protéger le consommateur.

Donc la CJUE se retrouve dans cette affaire dans une situation qui montre le **côté artificiel de la distinction** entre point 15 et point 16.

La distinction ne serait donc **pas complètement optimale** et les affaires vont se multiplier pour prouver les difficultés. Celles-ci se poursuivent jusqu'en 2008.

### **CJUE, 8 juillet 2008, AG Bot, affaire des remorques italiennes.**

Interdiction en Italie d'accrocher une remorque à une moto pour des raisons de sécurité routière. Donc les fabricants de remorques attaquent l'Italie au regard de l'art. 34 ; il ne s'agit pas d'une réglementation sur la remorque, ni sur les magasins qui la vendent, mais une **réglementation sur les conditions d'utilisation du produit**. La Cour publie une première série de conclusions qui dit que c'est une **modalité de vente** en appliquant la jurisprudence Keck et Mithouard et le point 16.

La Cour redemande des conclusions d'un avocat général (Yves Bot) : il dit que c'est une mesure qui n'est ni dans le point 15 ni dans le point 16 mais une mesure qu'il faut regarder par rapport à la **dangerosité au marché intérieur**, donc par rapport à l'accès au marché. En l'espèce, l'interdiction de ce type de remorques en Italie entrave l'accès au marché italien. Il faut regarder si l'exigence impérative avancée par l'Italie est **proportionnelle**.

« La distinction à laquelle procède la Cour peut donc être artificielle et la ligne de démarcation entre ces différentes catégories de mesures peut être incertaine » (conclusions de l'avocat général). Certaines mesures peuvent poser problème au regard du marché intérieur : « Ces exemples démontrent les **difficultés que la Cour**

*peut rencontrer dans la qualification de certaines mesures. Il est donc, selon nous, difficile de procéder par catégorie alors même que, dans la pratique, le juge national et le juge communautaire peuvent rencontrer des réglementations très diverses, qu'ils doivent **apprécier au regard des circonstances de chaque cas d'espèce** ».*

La distinction entre les deux points va être **adoucie** par la jurisprudence Ker Optika. C'est dans celle-ci que la Cour va revenir sur la catégorisation : elle la maintient mais la dessine plus intelligemment que dans Keck et Mithouard.

On se retrouve face à des situations dont la **diversité** (alpha et oméga de l'intégration) fait que la catégorisation aussi rigide que celle de l'arrêt Keck ne fonctionne pas.

On voit apparaître le **besoin d'efficacité de la règle juridique** qui est toujours extrêmement important et particulièrement pour la CJUE (la Cour évite de revenir sur Keck et Mithouard, en disant de nouveau « contrairement à tout ce qui a été jugé précédemment » pour éviter de relancer la doctrine sur ce sujet).

Quelle est la logique de Ker Optika ? **CJUE, 2 décembre 2010, Ker Optika, C-108/09**

La CJUE **maintient les catégories mais les adoucit** un peu.

Quelles sont les mesures d'effet équivalent interdites à l'article 34 et donc présumées entravantes au MI :

- Mesure discriminatoire (Dassonville)
- Mesures indistinctement applicable afférente au produit (point 15, Keck) présumées entravantes (présomption simple)
- Mais on voit apparaître ce que la Cour appelle les « **autres mesures** » : catégorie ouverte, « *relève également de la même notion [de MEE] toute autre mesure qui entrave l'accès au marché d'un EM des produits originaires d'autres EM (arrêt Commission/Italie)* ».

Elle fait **disparaître la présomption de non-entrave** que l'on avait dans le point 16. Il n'y a plus qu'une présomption d'entrave pour les mesures discriminatoires et les mesures afférentes au produit.

On voit également apparaître le principe de **liberté d'accès au marché**.

Il faut également **prouver l'effet entravant**.

La CJUE regarde si la mesure (qui est une modalité de vente dans l'UE, qui est celle de la vente de lentilles par internet) est une entrave à l'accès au marché, c'est-à-dire si la lentille de contact importée en Hongrie est affublée de la même interdiction de vente par internet. Cette logique va aboutir au constat que oui, en l'espèce, interdire la vente par internet est un problème car cela rend excessivement difficile l'accès au marché.

On a clairement un **réordonnement de la jurisprudence Keck et Mithouard**.

Il faut bien comprendre le sens que la présomption a en droit : elle vient faciliter le travail du juge, car il est déjà fait. Quand on n'a pas de présomption, c'est au juge de qualifier la mesure ! La présomption inverse la charge de la preuve, ce qui est majeur dans un procès. **Quand il n'y a plus de présomption de non-entrave, il appartient à la défense d'apporter la preuve que la mesure représente une entrave à l'accès au marché intérieur.**

Le critère de l'accès au marché est un critère **déjà existant dans le point 17** de l'arrêt Keck, mais n'était pas très utilisé. Ce critère d'accès au marché apparaît petit à petit, mais est véritablement expliqué en majesté dans Ker Optika : la Cour dit qu'il y a trois principes dans le marché intérieur qui sont reflétés dans l'article 34. **On introduit dans l'art. 34 la terminologie d'accès au marché** qu'elle va mettre en œuvre. Les affaires après 2010 sont essentiellement des affaires qui posent un problème d'accès au marché ; c'est autour de cette notion que la CJUE va opérer des clarifications au cas par cas.

Après Ker Optika, on a quasiment plus de QP sur les bases de l'art. 34. Il faudrait voir ce que cela donne au niveau national : l'art. 34 est-il encore utilisé, les juges nationaux utilisent-ils Ker Optika ? Les avocats

l'utilisent quand il y a une discrimination parce que là c'est un vrai boulevard. Il y a aussi de moins en moins de problèmes dans les mesures afférentes aux produits donc pareil on peut utiliser l'art. 34. Pour les « autres mesures », il faut arriver à trouver les arguments prouvant que c'est entravant donc c'est moins évident et l'art. 34 est moins utilisé.

La CJUE est arrivée à ses fins : elle a **clarifié l'art. 34**, a fait drastiquement diminuer le nombre de QP sur l'art. 34. Il n'y a quasiment plus d'affaires sur les TEE, quelques problèmes fiscaux, et diminutions du contentieux sur l'art. 34 qui se déplace sur l'interprétation des actes de droit dérivé. L'essentiel du travail de la CJUE c'est ça, et cela se déplace aussi sur d'autres libertés. En matière de marchandises, on est donc arrivés sur une zone beaucoup plus **calme**.

La classification faite aujourd'hui est **relativement simple à faire fonctionner**.

Quelques semaines avant l'arrêt Keck et Mithouard, on a la jurisprudence **Esthée Lauder**. L'entreprise avait développé la crème anti-rides appelée « lifting ». Mais l'Allemagne interdit l'utilisation du mot « lifting », toujours au nom de la protection du consommateur. Le pays a estimé que ce mot peut troubler le consommateur parce qu'il peut confondre les effets de la crème avec une opération de lifting d'un chirurgien. Malgré la réalité cosmétique qui fait qu'à partir d'un certain âge on voit effectivement la différence entre le lifting d'un chirurgien et les promesses de lifting d'une crème, l'Allemagne refuse le terme. Cette affaire a abouti devant la CJUE par une QP et la Cour a dit qu'il fallait que l'Allemagne prouve que c'était proportionné à la protection du consommateur.

Si on refait le film Estée Lauder avec Keck et Mithouard en tête, on voit que la mesure allemande est une mesure qui porte sur le **nom d'un produit** ; est-ce une modalité de vente ou une mesure afférente au produit ? Cela se discute. L'Allemagne est donc furieuse. Ce qui pose problème à l'Allemagne, c'est qu'il est très probable que la Cour juge après Keck que l'affaire Estée Lauder tombe dans le point 16 (et que l'Allemagne fait ce qu'elle veut). Or la Cour a exigé de l'Allemagne qu'elle **prouve** que c'était inclus dans le principe de proportionnalité de la protection des consommateurs (dans la continuité de Cassis de Dijon).

Ce qu'il faut comprendre c'est que cette vision de la Cour a été **difficile à installer politiquement**. C'est ce qui a généré beaucoup de commentaires de doctrines d'une certaine violence.

Quand on regarde les arrêts après Ker Optika, on s'aperçoit que cette jurisprudence n'est plus vraiment utilisée. Ce qu'il y a derrière ces hésitations de jurisprudence, c'est  **finalement de savoir ce qu'est l'art. 34**. Un instrument **d'ouverture des marchés** (Ker Optika) ou alors un **instrument de déréglementation des marchés** (logique de la Cour dans les années 1980, super dure avec les Etats) ? Aujourd'hui, la Cour est beaucoup plus déférente vis-à-vis des Etats. Ce qui fait que la Cour ne peut plus considérer l'article 34 comme un instrument dérégulateur.

### c) **L'interdiction de principe du refus de reconnaissance mutuelle**

Ce principe **découle de la jurisprudence de Cassis de Dijon**.

CJUE, Cassis de Dijon : « *Qu'il n'y a donc aucun motif valable d'empêcher que des boissons alcoolisées, à condition qu'elles soient légalement produites et commercialisées dans l'un des EM, soient introduites dans tout autre EM 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* ».

Ce principe est extrêmement important dans l'UE, comme le rappelle la Cour dans Ker Optika.

La Commission appelle ce principe la « *colonne vertébrale du marché intérieur* ». La raison en est que c'est le principe qui va permettre **l'unité dans la diversité** (devise choisie dans le traité établissant une Constitution pour l'Europe).

Dans Cassis de Dijon on a des mesures indistinctement applicables qu'il faut pouvoir contrôler. Quels critères juridiques choisit-on pour l'interdiction ? Ce besoin de contrôle, il faut rappeler aussi qu'il ne peut pas aboutir à ce que n'importe quelle réglementation, du moment que c'est une réglementation commerciale, soit contraire à l'article 34. **On remettrait en cause les compétences des Etats à réglementer ; on remettrait aussi en cause l'union dans la diversité.** On considère comme contraire à l'art. 34 **toute disparité de législation.**

Ce principe de reconnaissance mutuelle permet en fait de comprendre une partie de l'affaire Cassis de Dijon. La mesure allemande a été considérée comme disproportionnée. Peut-être faut-il adapter le produit ; mais cela ne doit pas empêcher la vente du produit.

A partir de là, la Cour considère que comme il est légalement commercialisé en France le cassis doit avoir accès à tous les marchés de l'UE. La Cour appelle sous l'influence de la Commission appeler ce principe celui de **reconnaissance mutuelle.**

### **CJUE, 16 janvier 2004, Juvelta, C-481/12**

Reconnaissance des poinçons sur les métaux précieux. La Cour considère qu'est **contraire à l'art. 34 le refus de l'Etat de prendre en compte la reconnaissance mutuelle.**

Cela nous rappelle l'arrêt Frohnleiten. Dans celui-ci, ce qui posait problème à la Cour, ce n'était pas le système de mise en décharge autrichien, ni le système de paiement, c'était la non reconnaissance du certificat italien par les autorités autrichiennes qui disaient que les produits étaient sécurisés.

Le refus de prendre en compte la reconnaissance mutuelle (légalement fabriqué dans un autre EM et a priori doit pouvoir pénétrer son marché) est contraire à l'art. 34.

C'est ce qui explique une des mesures prises par le Conseil Européen du 28 octobre 2020 sur la **gestion de la pandémie.** On parle des tests rapides qui doivent pouvoir jouer un rôle important et il va falloir appuyer le principe de reconnaissance mutuelle de ces tests. Ce principe dans la pandémie est extrêmement important, pour permettre la libre circulation des personnes. Ces tests rapides « *peuvent jouer un rôle important, mais nous proposerons une approche à l'échelon de l'UE en matière d'approbation et d'utilisation. Ce n'est qu'à ce moment qu'il y aura reconnaissance mutuelle des tests et des résultats des tests* » a insisté Mme von der Leyen.

---

### **RAPPEL**

Schéma de raisonnement pour qualifier une mesure de MEE :

- Mesure distinctement applicable aux seuls produits importés ou exportés
  - o Donc discriminatoire (traiter de la même manière juridiquement deux situations différentes, soit traiter différemment des situations identiques).
    - Donc interdite par l'article 34 TFUE
    - Reste à savoir si elle est justifiée
- Mesure indistinctement applicable
  - o Donc pas de discrimination
  - o Deux situations possibles en fonction des faits

Si la mesure est afférente au produit	Pour les autres mesures, dont les modalités de vente
Elle est présumée entravante	La mesure est licite
Présomption simple	Sauf si elle entrave l'accès au marché
Donc <b>contraire</b> à l'article 34 TFUE	Si et seulement si tel est le cas elle est <b>contraire</b> à l'article 34 TFUE
Reste à voir si la mesure est justifiée	Reste à voir si la mesure est justifiée

○

- Quand il n'y a pas de reconnaissance mutuelle : un produit légalement commercialisé et vendu dans un EM n'est pas vendu dans un autre EM
  - Alors il y a violation de l'article 34

## § 2 La légitimation de la frontière ou les justifications des MEE

Le marché intérieur est une compétence partagée.

- S'il y a une harmonisation, le DUE primant le droit national, on applique le DUE.
- S'il n'y a pas d'harmonisation, on applique les articles 34 et suivants : les Etats sont compétents pour réguler leur marché. Ils doivent pouvoir réglementer. L'article 34 TFUE ne peut donc pas être un moyen de déréguler les marchés nationaux.
- Une MEE restreint certes le commerce entre les EM mais elle peut être reconnue quand elle participe de la protection d'un intérêt général national. Une MEE contraire à l'article 34 n'est pas la fin du raisonnement : peut-elle être ou non justifiée ? Comment justifie-t-on une mesure ?

Cette justification sert à protéger l'intérêt général national, mais ce faisant, on maintient des entraves au commerce qui sont tout de même légitimes car justifiées. Cela maintient des frontières entre les EM (sanitaires, environnementales, etc.). Par nature, le maintien d'obstacle au commerce va être différent d'un EM à l'autre, c'est donc **un partitionnement de marché**. S'il devient trop complexe à gérer, il faut se poser la question de l'harmonisation (comme dans l'affaire des voitures danoises), qui passe par un vote à l'unanimité.

La structuration du raisonnement est assez simple, on a un *avant* et un *après* Cassis de Dijon.

- Avant Cassis de Dijon, l'article 36 du traité permet de justifier les MEE pour l'intérêt général. Le traité de Rome (ex-article 30 TCE si on lit la jurisprudence avant 2009) a imposé ces justifications textuelles qui n'ont jusqu'à ce jour pas été changées.
- Avec Cassis de Dijon la jurisprudence a ajouté des justifications : « *Que 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 nécessaire 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 ».*

### a) Les justifications textuelles

On détaille l'article 36 du TFUE qui aménage des possibilités de justifications, tenant au partage des compétences. Mais comment s'organise cet article ? Depuis 1958 et le traité de Rome, le texte n'a pas été changé. Cet article est une dérogation à une liberté fondamentale qu'est la libre circulation des marchandises protégée par l'article 34. Donc l'exception étant exceptionnelle, on fait une interprétation stricte de ces justifications. Si on ouvre une renégociation de l'article aujourd'hui, les Etats risquent de démultiplier les exceptions.

L'art. 36 énumère 7 objectifs d'intérêt général limitativement énumérés :

- **Moralité publique** : exemple de l'affaire au Royaume-Uni concernant interdiction de l'importation de poupées gonflables en invoquant la moralité publique.
- **Ordre public**
- **Sécurité publique**
- **Protection de la santé et de la vie des personnes** : beaucoup invoqué ces dernières années en jurisprudence.
- **Et des animaux ou de préservation des végétaux**
- **Protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique** : on retrouve nos œuvres d'art italiennes !
- **Protection de la propriété industrielle et commerciale**

La Cour de Justice a précisé la manière dont ces objectifs pouvaient servir à justifier une MEE. On retrouve un principe dont on entend beaucoup parler : le **principe de proportionnalité**. Le contrôle de proportionnalité a été  **systématisé**  par la Cour, qui donne comme une notice d'utilisation de ce principe pour faciliter le travail du juge. Il a été complexe à mettre en place du fait de l'ambiguïté de cette dernière phrase : « *Toutefois, ces interdictions ou restrictions au commerce ne doivent constituer ni un moyen de discrimination arbitraire ni une restriction déguisée dans le commerce entre les EM* » ce que dit la Cour ici c'est que le contrôle de proportionnalité est obligatoire.

La Cour a explicité dans une jurisprudence récente ce qu'est un contrôle de proportionnalité de manière très claire. Il se fait en trois temps :

- 1<sup>er</sup> stade : **Il faut un objectif d'intérêt général** : le protectionnisme n'est pas permis. Cette liste de l'art. 36 est limitative = on prend ce qu'il y a dans l'article 36 et uniquement ce qu'il y a dedans.
- 2<sup>ème</sup> stade : **Examen de la cohérence de la mesure**. On évalue la contribution de la mesure à la protection de l'intérêt général, on regarde le lien de cause à effet. S'il n'y a pas de lien, la mesure n'est pas proportionnée à la protection de l'objectif d'intérêt général et donc contraire à l'art. 34.
- 3<sup>ème</sup> stade cumulatif : **Examen de l'adéquation de la mesure**. On regarde l'ensemble des mesures qui pourraient permettre de protéger aussi efficacement l'intérêt général national (sous-entendu l'intérêt général de la France n'est pas le même que celui de l'Allemagne). En fonction de cette position nationale on va regarder s'il n'y a pas une mesure aussi efficace mais moins entravante pour la LCM. S'il y en a une, l'Etat devra aller dans cette direction.

Pour que la MEE soit justifiée et donc maintenue, il faut que ces 3 objectifs soient remplis. Si la mesure n'est pas justifiée par l'art. 36, elle est contraire à l'art. 34 et doit donc être éliminée par l'Etat en vertu du principe de primauté du DUE. L'art. 36 est assez critiqué du fait qu'il soit ancien et que plein de choses ne rentrent pas dedans (comme la protection de l'environnement par exemple).

### **CJUE, 3 juillet 2019, Delfarma, C-387/18**

C'est une affaire de médicaments. Pour être mis sur le marché, les médicaments doivent avoir une autorisation de mise sur le marché qui doit suivre le code européen des médicaments qui est une harmonisation. Cependant cette harmonisation ne résout pas tout dans les affaires.

Ici est en cause une **importation parallèle** (pas illégal) : le médicament princeps, parce qu'il tombe dans le domaine public, va permettre de fabriquer des génériques (copies licites des médicaments).

En l'espèce, il y a un problème avec l'importation d'un générique. Le générique est acheté dans un autre EM et on l'importe dans un Etat ; l'Etat a des exigences particulières pour permettre au générique d'être admis sur le marché.

La Cour vérifie que la mesure est contraire à l'art. 34. Elle applique le principe de reconnaissance mutuelle au point 21 : « *la LCM qu'un opérateur, qui a acheté un médicament légalement commercialisé dans un EM en vertu d'une AMM délivrée dans cet Etat, puisse importer ce médicament dans un autre EM où il bénéficie déjà d'une AMM, sans être tenu d'obtenir une telle autorisation conformément à la directive 2001/83 et sans avoir à fournir tous les renseignements et documents requis par celle-ci aux fins du contrôle de l'efficacité et de l'innocuité du médicament* ». Il n'y a pas de refus de reconnaissance mutuelle mais ce principe ne fonctionne quand même pas très bien.

On s'aperçoit en fait que des « renseignements complémentaires » sont demandés par les autorités de Santé de l'Etat qui importe le médicament. La Cour rappelle que l'AMM contient déjà des informations ; demander des informations en plus de l'AMM **est une mesure d'effet équivalent** puisque le médicament ayant déjà été autorisé dans un EM, l'Etat d'importation aura accès aux informations en question. Cette reconnaissance mutuelle rendue difficile par les informations supplémentaires demandées constitue une MEE puisqu'elle entrave l'accès au marché de ce médicament générique (point 26). C'est donc interdit par l'article 34, à moins que, dit la Cour « qu'elle soit justifiée par des raisons de santé ».

La Cour fait donc fonctionner l'article 36 : « *il convient de relever que si, certes, parmi les biens ou les intérêts protégés par l'article 36 TFUE, la santé et la vie des personnes occupent le premier rang (...)* » comme il y a une particulière importance à la santé publique, la  **marge d'appréciation des Etats est plus large**  que si l'on était dans quelque chose de moins fondamental.

La Cour contrôle ensuite la cohérence puis l'adéquation de la mesure : cette marge de manœuvre est soumise au contrôle de proportionnalité. Point 29 : il faut que la mesure soit « *propre à garantir la réalisation de l'objectif poursuivi* » (cohérence) « *et ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire* » (adéquation). La Cour rappelle l'intérêt général au point 30. Réduire la charge administrative ou les dépenses publiques (justification du pays en question dans l'arrêt) ne participe pas de l'intérêt général car ce n'est pas lié à la santé publique. Elle examine ensuite la proportionnalité et admet le lien de cause à effet : les médicaments sont dangereux et donc il est important d'avoir toutes les informations nécessaires, mais elles sont déjà dans l'AMM. En l'espèce, c'est donc trop entravant de demander ces informations, et va au-delà de ce qui est nécessaire : c'est donc cohérent mais pas adéquat, et la mesure est ainsi définitivement contraire à l'art. 34 TFUE.

### **CJUE, 17 septembre 2020, ANRE, C-648/18**

Exemple d'application de l'article 36 à l'article 35 du TFUE, mesures contraires à l'article 35, mesures restrictives à l'exportation de marchandises. Il s'agit dans cette affaire du marché de l'électricité.

#### **b) Les justifications jurisprudentielles**

Elles correspondent à quelque chose créé par le juge de l'union depuis la jurisprudence Cassis de Dijon. La catégorie de justification que nous allons voir maintenant est la **catégorie des exigences impératives**. Elles ne sont pas écrites dans le traité mais consacrées par le juge de l'UE.

### **CJUE, 17 mars 2016, Anders Rantén, C-472/14.**

Les produits chimiques sont réglementés par le **règlement REACH**. Le producteur doit évaluer son produit pour éviter de mettre un produit dangereux sur le marché. Donc la dangerosité doit être gérée. Dans cette affaire, les produits chimiques se voient soumis dans un EM à une obligation de notification et d'enregistrement en plus du règlement REACH. Ces informations demandées là n'entrent pas dans le règlement REACH, donc la Cour applique les articles 34 et 36.

- **Premier temps** : on a une mesure indistinctement applicable (demandé de *tous* les produits chimiques pas uniquement les importés). La Cour reprend la jurisprudence Dassonville, donc elle va constater que les informations demandées en plus sont une entrave à l'accès de ces produits aux différents EM. Elle est donc contraire à l'article 34.
- **Deuxième temps** : la Cour précise que la mesure peut être justifiée par l'art. 36 mais « *par ailleurs, (...) peuvent être justifiées par des exigences impératives* ». La CJUE **considère dans cette affaire les arguments avancés par les EM qui tiennent à la protection de l'environnement**. Elle va rappeler **l'affaire Vindkraft qui reconnaît comme exigence impérative la protection de l'environnement**. Ce qu'on peut déduire de ce point, c'est que la jurisprudence (ce qui est curieux) découvre des exigences impératives qui ne sont pas dans l'article 36. Le juge est paradoxal car il explique que l'art. 36 doit faire l'objet d'une lecture restrictive mais crée lui-même des justifications (protection commerciale, lutte contre la fraude, protection du consommateur, protection de l'environnement (promotion des énergies renouvelables, cf. Vindkraft)). Dans la jurisprudence récente, on voit régulièrement de nouvelles exigences impératives évoquées (comme par exemple le respect dû au défunt). **La liste exhaustive est ouverte par la jurisprudence qui découvre des exigences au fur et à mesure**. Dans l'affaire Vindkraft, la Cour explique pourquoi la promotion des énergies renouvelables est une exigence impérative : pour le faire, elle s'appuie à la fois sur des textes internationaux mais se double d'arguments expliquant que les énergies renouvelables sont moins dangereuses pour la santé publique (rattachement à l'art. 36). La Cour utilise aussi le vocable « d'exigences d'intérêt général » : exigence d'une particulière importance. Cela permet de justifier donc une restriction à la LCM.

La catégorie des exigences impératives sert à justifier des mesures uniquement indistinctement applicables.

**Attention : une mesure discriminatoire ne peut pas être justifiée par une exigence impérative.**

**La Cour va, petit à petit, se départir de Cassis de Dijon et va dire qu'une mesure indistinctement applicable peut être légitime si elle est justifiée par une exigence de l'article 36 ou bien une exigence impérative.**

Elle va ajouter à cette analyse ce qu'on a vu dans Ker Optika, c'est-à-dire de bien vérifier qu'une mesure indistinctement applicable est contraire à l'art. 34 (donc afférente au produit, contraire au marché ou ne respecte pas le principe de reconnaissance mutuelle).

On n'ose pas rouvrir l'art. 36 (qui est un peu la boîte de Pandore du marché intérieur), pour ne pas démultiplier les causes de justifications. Cela permet aussi d'éviter la multiplication des justifications aux mesures discriminatoires.

Comment va-t-on considérer que la mesure est justifiée en l'espèce ? On retrouve le test de proportionnalité instauré par Cassis de Dijon.

Dans cette affaire, la Cour considère, qu'alors même qu'on demande des informations en plus, comme ce sont des produits chimiques, que les informations qu'on demande sont des **infos complémentaires à REACH** et de nature à connaître et mesurer les impacts négatifs des produits chimiques sur l'environnement. Donc cela

permet de justifier l'existence de cette mesure qui est pourtant contraire à l'article 34. On voit le **maintien d'une restriction au commerce**, d'une frontière visant à protéger l'environnement dans l'EM en question.

### c) L'hypothèse de la protection des droits fondamentaux

On n'a pas une justification au sens propre du terme, comme celles vues précédemment, mais c'est tout de même une problématique importante car les **droits fondamentaux sont juridiquement importants dans l'UE**. Ils entrent en résonance juridique avec la libre circulation en tant qu'elle est une liberté fondamentale. Les droits fondamentaux sont inscrits dans la Charte et fondent l'identité européenne (libertés d'informer, d'expression, de réunion, d'entreprendre...). Ces droits et libertés ne **sont pas à concevoir en opposition avec la LCM, pas plus qu'en hiérarchisation**. Nous n'avons pas à ce jour de hiérarchie entre ces droits civils et politiques que l'on trouve dans la Charte et des libertés purement et simplement économique comme la LCM. Dans les traités, l'art. 34 se trouve au même niveau de hiérarchie des normes que la Charte (la liberté d'expression a la même valeur juridique que la LCM). C'est très normal pour la majorité des EM. Il faut partir de ce contexte pour comprendre l'affaire Schmidberger.

### CJUE, 12 juillet 2003, Schmidberger, C-112/00

La Charte des droits fondamentaux a été écrite en l'an 2000. En 2003, la portée de ce texte est beaucoup plus politique que juridique (même si maintenant elle a une portée plus juridique depuis le traité de Lisbonne). L'affaire s'inscrit dans la **fondamentalisation des droits à l'œuvre dans l'UE** depuis le début des années 1970, qui aujourd'hui sont essentiellement conciliés dans cette Charte.

Quand la Cour est confrontée à la protection des droits fondamentaux, elle s'appuie beaucoup sur la jurisprudence de la CEDH.

### Que fait la Cour quand elle a une tension entre la LCM et une liberté fondamentale ?

Y a-t-il conformité au droit de l'UE quant à la fermeture complète de l'autoroute du Brenner pendant près de 30 heures sans interruption ? (Qui peut constituer une entrave à la libre circulation des marchandises et doit alors être considérée comme constituant une violation du droit communautaire ?) Quand le tunnel du Brenner est fermé, il n'y a pas vraiment de routes alternatives (énorme détour autrement). La fermeture complète de l'autoroute a arrêté le trafic de camions. Il y a donc une entrave évidente à la LCM en tant qu'elle est une entrave à la liberté d'accès au marché.

Le problème est que la fermeture de l'autoroute provient d'une manifestation qui a été autorisée par le droit autrichien. La manifestation est une liberté fondamentale. Deux droits et libertés, autant fondamentaux l'un que l'autre, sont en tension.

La Cour se rappelle de **l'arrêt de la guerre des fraises** entre la France et l'Espagne qui avait donné lieu à un fameux arrêt en manquement (cité d'ailleurs dans l'arrêt Schmidberger). La France avait été condamnée pour abstention fautive dans des mouvements sociaux contre l'importation de fraises espagnoles.

La Cour rappelle le fait pour un Etat de s'abstenir d'agir (point 58) est une **mesure fautive**. L'article 34 est donc applicable à une telle inaction fautive de l'Etat, alors même que la manifestation est déclenchée par des particuliers (personnes privées) et que donc pouvait se poser le même problème de rattachement des actes à l'Etat que l'on avait déjà vu dans l'affaire des fraises. Le point 59 est important : *« Eu égard au rôle fondamental dévolu à la LCM dans le système de la Communauté, et en particulier, pour le bon fonctionnement du MI, cette obligation incombant à chaque EM de garantir la LC des produits sur son territoire en prenant les mesures nécessaires et appropriées aux fins d'empêcher toute entrave due à des actes de particuliers s'impose sans qu'il y ait lieu de distinguer que de tels actes affectent les flux d'importation ou d'exportation ou bien le simple transit de marchandises »*

La Cour profite de cet arrêt pour rappeler qu'elle défend les traités et par ce biais la LCM, liberté matrice du marché intérieur, le tout pour protéger le système de la communauté (la LCM a un rôle fondamental dans le système de la communauté, de l'Union).

Une fois qu'elle a placé ces éléments, elle va en venir à l'autre partie. Elle rappelle qu'il s'agit ici de plusieurs libertés fondamentales en causes : le droit fondamental des manifestants, leur liberté d'expression et de réunion, droits qui sont consacrés et garantis par la CEDH et la Constitution autrichienne.

Dans cette affaire on a **la mise en balance de la LCM avec d'autres libertés fondamentales** qui ont une double source : Constitution et CEDH.

La CEDH et la CJUE ne sont pas parties d'un système unique mais entretiennent des rapports privilégiés. La Cour conclut au point 74 que le respect des droits fondamentaux s'impose à l'UE ; la protection desdits droits est « *légitime et de nature à justifier, en principe, une restriction aux obligations imposées par le droit communautaire, même en vertu d'une liberté fondamentale, garantie par le traité telle que la libre circulation des marchandises* ».

Dans une jurisprudence constante des deux cours, on voit que les deux libertés mises en balance sont réduites pour les faire **coexister**. La Cour reprend cette idée d'équilibrage, mais la **reprend avec le vocabulaire de la qualification et la justification des mesures d'effet équivalent** ! Là on a un intérêt **légitime de l'Union**. On ne se place plus dans une logique qui est celle de la justification et qui est celle du respect du principe de proportionnalité *par rapport à un intérêt étatique*, mais par rapport à *un intérêt légitime de l'Union*. C'est un cran supplémentaire de justification.

Cela reste possible car la LCM, toute centrale qu'elle soit, est mise en balance par le principe de système de la communauté. Le mot système est utilisé scientifiquement : système d'interdépendance, quelque chose fonctionnant ensemble, un réseau. La LCM a des limitations tout de même dans ce système.

La LCM peut être légitimement restreinte en maintenant un certain nombre de frontières du fait de certaines justifications (santé etc.).

D'autre part, il y a des références très lourdes faites à la CEDH. Mais ces droits fondamentaux peuvent aussi être restreints en respectant les **exigences d'une société démocratique**.

Donc la Cour va aboutir à la conclusion : la LCM peut être limitée par la liberté d'expression. Deux libertés limitables donc : « *il convient de mettre en balance les intérêts en présence et de déterminer, eu égard à l'ensemble des circonstances de chaque cas d'espèce, si un juste équilibre a été respecté entre ces intérêts* ».

Dans Schmidberger, la Cour va constater qu'il y a une entrave à la LCM mais à la différence de l'affaire Commission c. France, il n'y a **pas d'inaction fautive** de l'Etat. La Cour considère qu'il n'y a pas violation de l'art. 34 car cette manifestation est parfaitement contrôlée par les autorités autrichiennes. Il n'y a pas eu de violences, etc. : donc **pas de perturbation de la LCM de manière disproportionnée par rapport à ce droit de manifester**.

#### **d) Les enjeux juridiques de la souveraineté européenne**

On va d'abord aborder **la protection de la circulation des biens essentiels**. Dans la définition de marchandise, on a évoqué la sous-catégorie de **biens essentiels** (qui sera sûrement pérenne) : médicaments, vaccins, matériel médical (respirateurs, anesthésiants...).

C'est du COVID que vient la distinction « essentiel » // « non-essentiel ».

Une manière plutôt particulière de faire de la LCM est l'introduction des **couloirs verts de libre circulation**. Que s'est-il passé ? En mars, les frontières ont été fermées. On a eu une série de perturbations de la LCM (plus de livraisons de masques, plus de vérification des stocks etc.). Cela a mis en lumière les difficultés d'absence de marché intérieur et les difficultés *du* marché intérieur.

La Commission publie donc en mars 2020 (temps de réaction très rapide) le **Guide pratique** suivant (résumé) :

## Les couloirs verts de libre circulation

Guide pratique du 23 mars 2020 C(2020) 1897 final

- les couloirs verts suivent les réseaux transeuropéens de transports, qui assurent une mise en réseaux des routes, ports, aéroports et terminaux multimodaux
- Tous les mouvements par camions doivent être protégés sur une base non discriminatoire, quelle que soit leur cargaison et leur destination
- Les contrôles doivent être réduits à la vérification des documents d'identification et du permis de conduire, avec, si besoin, une attestation de l'employeur dont le modèle est standardisé en annexe
- Il convient aussi de mettre en place des infrastructures de contrôle sanitaire aux abords d'un des deux côtés de la frontière intérieure, afin de procéder à des vérifications de température et éviter des doubles contrôles

On y retrouve l'importance de la non-discrimination, mais aussi l'importance de la santé publique. On observe bien qu'il y a une hiérarchie entre les objectifs de santé publique et les libertés économiques = **effet de hiérarchisation (à l'inverse de l'affaire Schmidberger)**. L'idée est vraiment que cette hiérarchisation va conduire à un **pilotage** des restrictions à la LCM par l'UE. Il s'agit **d'un pilotage et pas d'une harmonisation car l'UE n'est pas compétente pour harmoniser**. Les couloirs verts sont aujourd'hui un moyen pour la Commission européenne de faire le test de proportionnalité : c'est ok d'installer des contrôles sanitaires aux frontières mais cela ne doit pas retarder la LCM (15 min de contrôle pas plus, le personnel médical doit faire les tests dans la cabine chauffeur et ce dernier ne descend pas etc).

On s'est aperçu que cela a **très bien fonctionné** : panique des Etats à la publication de ce guide pratique mais les couloirs verts ont bien fonctionné ensuite. C'était donc une proportionnalité européanisée : la Commission a fait ce que les Etats n'arrivaient pas à faire et ce qu'ils font maintenant beaucoup mieux ! Prise de risque de la Commission qui aurait pu ne pas être écoutée.

Elle a fait un autre texte au mois de mai pour la **désescalade des barrières aux échanges**. C'est sur ces textes qu'on continue de se baser. Elle a fait un dernier texte en octobre pour lutter contre la deuxième vague.

Il y a probablement un moment où la pandémie va s'installer à bas niveau et qu'on gérera avec le vaccin. Si on a d'autres pandémies (selon les experts) on aura au moins déjà installé les couloirs verts.

## La protection de la souveraineté européenne

Nous allons maintenant réfléchir à l'exigence relocalisation des productions essentielles.

Il faut d'abord regarder la Communication de la Commission, *Une nouvelle stratégie industrielle pour l'Europe*, COM(2020) 102 final. Cette communication n'est pas à remettre dans le contexte de la pandémie car elle a été publiée avant.

La Commission a **redéfini la politique industrielle de l'Union**. Dans les nombreuses propositions faites, on peut retenir la possibilité de travailler sur la **relocalisation de certains produits dont les médicaments** (ou produits pharmaceutiques) pour **sécuriser l'autonomie de l'Europe**. Ce problème de la relocalisation de médicaments ou d'industries stratégiques est une **prise de conscience de l'UE** bien antérieure à la crise du COVID. Cette crise ne révèle pas grand-chose en droit ; mais elle précipite, elle rend visible certains processus. Dont ce processus de dépendance à certains pays, souvent tiers à l'UE.

L'UE a une stratégie de relocalisation : on aura une nouvelle stratégie pharmaceutique dans les prochaines semaines. Mais la relocalisation, au niveau national ou au niveau de l'Union (pas clairement déterminé) est-elle une nouvelle exigence essentielle (de type Cassis de Dijon) ? Le protectionnisme n'est **pas une exigence essentielle**.

## **CJUE, 18 septembre 2019, Vipa, C-222/18**

Affaire un peu particulière car concerne la délivrance de médicaments soumis à prescription, sur la base de l'art. 35 (limitation aux exportations). Vipa : entreprise hongroise qui délivre de médicaments sous ordonnance, le fait avec des bons de commande provenant de spécialistes qui sont des courtiers en médicaments (vente de lots de médicaments) = c'est de la mise en relation du client et du producteur.

La société fait l'objet en Hongrie de poursuites, menant à une amende et une interdiction de poursuite d'activité, car la loi hongroise interdit la vente de médicament sur présentation de bons de commande par des non spécialistes de la santé (hôpitaux, pharmacies, etc.).

Vipa saisit le juge hongrois sur le principe de reconnaissance mutuelle (pour les ordonnances). L'important dans cette affaire est que la CJUE va travailler sur l'idée d'entrave. Même une restriction d'importance mineure rentre dans les prévisions de l'art. 35, c'est donc que c'est interdit et que la mesure affecte davantage la sortie de médicaments de Hongrie (car la société Vipa ne peut pas le faire à destination de commandes venant d'autres EM).

Donc la Cour conclut à une entrave au sens de l'art. 35 TFUE, et la Hongrie invoque l'art. 36 et la protection de la santé publique. La Hongrie interdit ce courtage de médicaments à destination des autres EM pour assurer un **approvisionnement stable de ses patients**. Donc cette importance de protéger un approvisionnement stable, la Cour la qualifie de « *fin médicale essentielle* » **entrant dans « le champ de la justification tenant à la protection de la santé publique »**. Cette protection de la santé publique est très souvent invoquée devant la CJUE et là on a une invocation particulière. La Cour reconnaît la souveraineté sanitaire de l'Etat : protéger la population ne protégeant son approvisionnement en médicaments. Ce qui est nouveau est de considérer que cet approvisionnement stable n'est pas **purement économique** mais une **fin médicale essentielle**.

La CJUE va vérifier que l'entrave de l'art. 35 est justifiée par l'art. 36 ; elle va considérer que l'approvisionnement stable est valable mais elle va vérifier (point 69) le critère de cohérence et d'adéquation. Dans le cadre de la santé publique, la Cour vérifie le critère de cohérence et va rappeler que la Hongrie doit apporter la preuve que sa réglementation répond à l'objectif de santé publique, la Cour rappelle encore l'importance de la santé publique, tout cela en laissant aux Etats une marge de manœuvre plus importante dans ce domaine-là. La réglementation limite la sortie des médicaments ; donc la Cour dit qu'elle contribue à garantir un approvisionnement sûr et de qualité de sa population. La CJUE va ensuite regarder l'adéquation : elle va accepter que la Hongrie puisse limiter cette forme particulière d'exportation mais parce que la Hongrie ne supprime pas toute forme d'exportation.

On rentre dans cette idée de souveraineté reconnue, c'est-à-dire d'autonomie nationale qui peut être une composante essentielle de la protection de la santé.

Cette affaire prend une résonance intéressante : la relocalisation ne pourrait-elle pas être une exigence essentielle, pour certaines relocalisations dans certains secteurs ?

« *Une nouvelle stratégie pharmaceutique sera présentée, qui mettra l'accent sur la disponibilité, le caractère abordable et durable et la sécurité de l'approvisionnement des produits pharmaceutiques* ».

Ce sont des développements auxquels il faut être attentifs car ils sont en cours et on peut potentiellement voir une évolution et une pérennisation de ces mouvements dans l'avenir.

#### *Section 4 : La politique d'harmonisation des législations nationales*

Cette partie nous permettra **d'approfondir les liens entre reconnaissance mutuelle et harmonisation**. De plus, le marché intérieur est fait de jurisprudence, ce qu'on appelle l'intégration négative, mais pas uniquement ; à côté de cela, on trouve les procédures d'harmonisation qu'on appelle l'intégration positive (car elle suppose une action de l'UE, c'est-à-dire l'adoption d'un règlement ou d'une directive). Le marché intérieur doit donc pour cela également être étudié du point de vue des textes réglementaires de l'UE. Le principe de liberté d'accès peut être facilité par l'harmonisation.

Quand on parle d'harmonisation dans le traité, on vise en général **l'art. 114 TFUE** qui permet **l'harmonisation des législations nationales**. On l'utilisera pour toute forme de convergences des législations nationales (par le biais de directive mais aussi des règlements). Dans le marché intérieur depuis quelques années on a plus de règlements que de directives, car on observe une **volonté d'unification des règles du jeu dans le marché intérieur**.

## § 1 Reconnaissance mutuelle et politique d'harmonisation

### a) La culture de reconnaissance mutuelle

On part du principe de reconnaissance mutuelle pour arriver à la **culture de reconnaissance mutuelle**.

Le **principe** découle d'une **communication de la Commission européenne datant de 1980** (pas toujours bien répertoriée) mais qui est très importante. C'est la Commission qui a réellement inventé la reconnaissance mutuelle.

La priorité de la Cour dans *Cassis de Dijon* était de dire que certaines dispositions dépassent l'effet du commerce et fournissent le test de proportionnalité (les exigences impératives ajoutées à la liste de l'art. 36) pour qualifier une mesure de MEE ou non. A la fin de son raisonnement, on a une phrase où la Cour que « *tout produit légalement fabriqué et commercialisé dans un EM doit pouvoir circuler librement* ».

La Commission Européenne utilise cette phrase pour expliquer pourquoi cela veut dire « reconnaissance mutuelle ». C'est l'objet de la Communication de 1980 qui vient interpréter l'arrêt de la Cour (assez osé d'interpréter le travail de la CJUE, ce n'est pas son travail, elle l'a fait peu de fois cependant). Elle le fait pour **changer la donne politique**.

En effet, en 1980, De Gaulle bloque le Conseil des Ministres dans ce qu'on appelle la **crise de la chaise vide**. Le compromis de Luxembourg fait redémarrer la machine européenne. On ne décide plus à l'unanimité ou à la majorité mais en appliquant le « consensus » : il faut que le Président du Conseil constate qu'il y a consensus, en espérant qu'il n'y ait pas un Etat qui ne soit pas d'accord. Ce compromis aboutit sur le long terme au blocage de la machine législative européenne.

En 1980, la Commission **ne propose plus** car **on ne décide plus d'harmonisation** (ou alors une mauvaise harmonisation, car consensus au plus bas niveau du fait des blocages institutionnels), elle est donc faible par rapport au Conseil. Pour se remettre au centre du jeu, la Commission exploite l'affaire Cassis de Dijon. Elle dit finalement qu'il faut faire dans l'UE de la reconnaissance mutuelle. Le rôle de la Commission serait de faire que les Etats fassent correctement de la reconnaissance mutuelle, et on pourra donc lancer des procédures en manquement si on constate le non-respect de ce principe.

L'avantage que présent le principe de reconnaissance mutuelle est qu'il met l'UE et l'intégration **aux mains des Etats** : c'est à eux de reconnaître les produits légalement fabriqués et commercialisés et dans le cas contraire il y a infraction. Cette politique de la Commission aboutit à **discipliner les EM**, c'est-à-dire à les soumettre à leurs obligations au titre des articles 34 et suivants du traité. Le principe de reconnaissance mutuelle est fondamental au MI et il va être **instrumentalisé par la Commission**. Elle se remet au centre du jeu comme gardienne des traités, met les Etats sous pression, et tout ira bien grâce au principe de reconnaissance mutuelle.

Or, on se rend compte que les Etats n'aiment pas la reconnaissance mutuelle car ils doivent accepter sur leur marché des produits non fabriqués selon leurs traditions ou leur norme. Souvent, **ils réagissent avec méfiance sur la sécurité desdits produits**. Ils ignorent le principe et démultiplient les justifications. Pourquoi ? Car ce principe peut servir à qualifier une mesure étatique de MEE pouvant être justifiée. **La limitation de la reconnaissance mutuelle peut être justifiée par l'art. 36 ou par les exigences impératives de Cassis de Dijon**.

Cette logique handicape fortement le MI parce qu'on voit le maintien de ces différentes frontières au commerce, et la Cour comme la Commission ont du mal à faire face à la démultiplication des affaires. Cela génère tout ce qu'on a vu après Keck et Mithouard (gros débats doctrinal), et la période de stabilisation es assez longue pour la CJUE.

Le 4 novembre 2003, soit 23 ans après la publication de sa communication sur la reconnaissance mutuelle, la Commission publie une **autre communication interprétative** « *Faciliter l'accès au marché d'un autre Etat-membre : l'application pratique de la reconnaissance mutuelle* ». Elle y fait le constat que bon nombre d'opérateurs économiques méconnaissent le principe de reconnaissance mutuelle (RM), ce qui est finalement assez alarmant.

La reconnaissance mutuelle ne fonctionne que si les EM **se font confiance**. Or les relations internationales sont basées sur la défiance, c'est donc un vrai problème pour les institutions. Il y a donc un décalage entre le discours des institutions (confiance entre les certificats, aux frontières, etc...) et la réalité : c'est le constat que la Commission fait dans le secteur des marchands. Pour y remédier, elle décide donc **d'expliquer ce principe**.

Elle publie donc son guide pratique qui repose sur le **principe de coopération loyale** (art. 5 TUE). Elle essaye de développer une **culture de reconnaissance mutuelle**. Pourquoi les administrations ne font pas de reconnaissance mutuelle ? Car elles n'en ont pas l'habitude : l'adaptation n'est pas simple. Certaines administrations ne pensent pas à l'europanisation du problème concerné (par exemple, comment ne pas penser à l'absence d'interopérabilité qui fait que l'appli française Tous Anti Covid ne fonctionne pas en Allemagne ?). Il faut donc faire un **mode d'emploi** qui explique la reconnaissance mutuelle et donne une procédure pour l'appliquer.

La Commission précise le champ de la reconnaissance mutuelle, qui s'applique à **tous les produits fabriqués au sein de l'UE** (avec toutes les précisions sur la notion d'origine). Le champ d'application de la LCM est délimité entre les EM mais aussi **vis-à-vis des Etats tiers avec qui l'UE a des liens étroits**. Ces Etats tiers sont d'abord ceux signataires de **l'espace économique européen** (Etats de l'AELE) géré par la Cour AELE (EFTA en anglais). Le principe de reconnaissance mutuelle s'applique aussi aux produits fabriqués dans l'espace économique européen et doit donc bénéficier de la LCM dans tous les Etats européens. L'autre grand accord permettant la reconnaissance mutuelle est l'accord avec la Turquie : les produits légalement produits en Turquie bénéficient aussi de la reconnaissance mutuelle (s'il y a un contrôle juridique suffisamment proche des normes de l'Europe).

La Commission, assez adroitement, va avoir un narratif peu impératif dans sa communication, l'idée n'étant pas de créer des obligations. Elle dit que la RM n'est pas un chèque en blanc donné aux produits des Etats mais que « *la RM peut être conditionnée par le **droit de regard** que peut exercer l'Etat membre de destination* ». Donc les Etats d'accueil, de destination d'une marchandise ne sont **pas passifs** : ils ont un droit de regard, sur « *l'équivalence du degré de protection offert par le produit* ». Quand les Etats n'ont pas confiance, on leur permet de faire un **contrôle d'équivalence**. L'équivalence de la protection vient comme une limite à la RM. Quand la RM pose problème, la Commission propose des outils pratiques pour exercer ce droit de regard. La Commission laisse tomber le côté impératif mais elle donne quelque chose aux Etats pour qu'ils écoutent et appliquent la RM.

En 2007 paraît une deuxième Communication sur la sécurité du marché intérieur. Le 9 juillet 2008, la traduction de cette communication est faite dans le **premier règlement qui traite de la RM** sans la nommer directement (pour endormir les Etats). On transfère dans le règlement la substance de la communication de 2003 et les Etats acceptent ce règlement. Ce dernier fait partie d'un « paquet produit » qui sera modifié par un règlement de 2019. On se rend compte que le règlement de 2019 est nécessaire car celui de 2008 est assez incomplet.

La RM est sécurisée par un certain nombre de dispositifs. Par exemple, le dispositif **RAPEX** : application informatique dans laquelle les autorités qui se rendent compte du problème renseignent le numéro de lot du produit en expliquant quel est le souci ; puis RAPEX traduit automatiquement ce qui a été mis, envoie ça dans les 24 langues de l'UE, pour signaler qu'un lot de produits est problématique et que les Etats puissent retirer ce produit. Autres exemples : dispositif **RASSF** et **SOLVIT**.

## b) La réforme de la reconnaissance mutuelle pour assurer plus de sécurité des produits

Analysons maintenant le règlement du 19 mars 2019 **relatif à la RM des biens commercialisés dans un autre EM**, celui dont on parle précédemment et qui abroge le règlement de 2008 et s'applique à partir du 1er janvier 2020. Ce règlement **unifie les procédures de reconnaissance mutuelle dans les EM**.

Il assure la sécurité de la marchandise dans le pays d'accueil. Il va reprendre la logique du règlement de 2008 qui repose sur un droit de commercialiser tout produit légalement fabriqué dans un autre EM. Principe : commercialisation, exception : contrôle. La notion d'autorisation préalable n'existe quasiment plus. Un Etat laisse commercialiser le produit mais il peut mettre en œuvre ce qu'on trouve à l'art. 5 : une **évaluation des biens** (= contrôle *ex post*). L'évaluation du bien découle de l'expression de la communication de 2003 qui était « droit de regard ». Cette évaluation est instaurée pour déterminer si les biens sont commercialisés légalement dans un autre EM et si les intérêts publics légitimes dans l'Etat d'accueil sont protégés de manière appropriée. En d'autres termes, l'Etat d'accueil (limite à la RM) doit démontrer que cette exigence qu'il montre à faire une évaluation des biens protège un intérêt, si elle est cohérente et adéquate et donc si elle respecte le principe de proportionnalité.

Comment l'Etat peut-il faire le contrôle ? On retrouve la procédure en 3 temps de la procédure de 2003.

- L'Etat d'accueil de la marchandise doit **recueillir des informations sur le produit**, donc contacter l'importateur et surtout les autorités nationales de l'Etat d'origine de la marchandise. Elles informent de l'évaluation, indiquent les biens qui sont évalués et précise la règle technique nationale qui sert de référence à l'évaluation (règle de protection de l'environnement etc.). Le premier réflexe pour demander des informations est de s'enquérir de la déclaration de reconnaissance mutuelle, que l'on détaille plus bas. A partir du moment où on a ça, on peut commencer la deuxième phase.
- **Contrôle de l'équivalence**. On vérifie comment le produit est fabriqué, comment est produit un produit français par exemple pour comparer, on regarde les normes que ça permet de protéger et on vérifie s'il y a équivalence ou pas.
- Information de l'importateur et de l'Etat d'origine : la **conclusion de l'évaluation**. Trois conclusions possibles :
  - o Le produit importé assure le même niveau de protection = **protection équivalente**. Le produit est donc légalement vendu dans l'Etat sans aucun problème.
  - o Décision de refus d'accès au marché = **pas d'équivalence de protection** (4% des cas). Interdiction d'importation. Il faut qu'elle soit conforme au principe de proportionnalité.
  - o S'il y a des différences de protections mais que ces **différences ne sont pas insurmontables**. L'EM de destination demande une **modification du produit** et va donc dire qu'il peut continuer à être vendu mais en changeant quelques petites choses. C'est au producteur de décider si le marché d'accueil vaut le coup de changer des choses dans son produit ou non. L'Etat d'accueil qui demande des modifications doit motiver ses décisions et les notifier à la Commission et aux autres EM.

Ceci constitue, en résumé, l'exercice du droit de regard des EM sur les produits importés. Pour faciliter ce droit de regard, on a mis en place un document appelé la déclaration de reconnaissance mutuelle (DRM) qui est évoquée à l'art. 4 du règlement.

La déclaration de reconnaissance mutuelle **responsabilise le producteur du produit dans l'Etat d'origine**. L'idée est de permettre à l'Etat d'accueil d'avoir un droit de regard mais également de savoir si le produit a été légalement fabriqué et/ou commercialisé dans l'Etat d'origine.

L'administration d'origine va essayer de **faciliter la confiance de l'Etat d'accueil** en expliquant mieux comment le produit a été fabriqué. Un producteur sait comment il produit et où il vend son produit (vendu à

l'échelle locale pas utile de remplir une déclaration, utile s'il exporte). C'est une déclaration volontaire (art. 4 paragraphe 1) de savoir comment il fabrique le produit et s'il le fait conformément aux règles du pays d'origine. Cela fournit toute une série d'explications, à remplir dans un formulaire informatique fourni par la Commission. L'Etat d'accueil peut demander cette DRM dans le cadre de la procédure d'évaluation et si on lui donne, elle sera soumise avec des pièces justificatives. De plus, l'Etat d'accueil **ne peut pas demander d'informations supplémentaires une fois que lui a été remise la DRM.**

Le pari fait dans ce règlement est que si on a sécurisé l'Etat d'origine et l'Etat d'accueil, alors ils devraient se faire confiance. On verra ce qu'il en est réellement.

Le règlement évoque également des « **points de contact** ». Ce sont des guichets qui recueillent des informations, devant être données en ligne (et en cas de contestation, toutes les voies de recours juridictionnelles ou non doivent être mentionnées). L'idée de ces points de contacts produits est de servir de **guichet unique** à la fois pour **l'Etat d'origine ou de destination** (dépend si on est au départ ou à l'arrivée du produit), et le point de contact est censé avoir **l'ensemble des informations sur un produit**. C'est à lui de faire le contact avec le reste de l'administration de l'Etat d'origine ou de destination plutôt qu'au producteur ou à l'importateur (ce qui rend l'importation difficile). Ces points de contact réalisent un **maillage horizontal** du territoire, (maillage horizontal qui s'ajoute à un maillage vertical, se traduisant par le fait que le règlement s'applique à tous les EM dans la même intensité).

Les points de contacts sont chargés de « *la coopération efficace entre les autorités compétentes et les points de contact produit* ». La coopération doit **faciliter la reconnaissance mutuelle** mais faciliter aussi la **coopération transfrontalière** et les **échanges de fonctionnaires** (le meilleur moyen pour connaître le système de son voisin). La coopération administrative est facilitée par un système d'information et de communication mis en place par l'UE, ce qui **facilite le sous-bassement technologique de la coopération** (on évite les mauvaises surprises des défauts d'interopérabilité en faisant cela). L'UE s'engage avec du financement d'activité à l'appui du présent règlement : c'est une assistance financière assez inédite, véritable investissement de l'UE qui se fait dans cette coopération administrative.

Ce règlement aide à matérialiser l'idée d'un produit légalement fabriqué dans un EM, par cette **double responsabilisation du producteur et de l'Etat** d'origine. Ce dernier a tout intérêt à policer son marché pour garantir la confiance qu'on peut faire dans la RM entre les EM. **La RM est une procédure inédite dans le monde.** Il faut maintenir ce mode de fonctionnement et en éviter les lacunes en termes de sécurisation du marché.

### c) Les conséquences de la reconnaissance mutuelle sur la politique d'harmonisation

Quand on parle de RM, il faut avoir à l'esprit qu'elle est **appliquée prioritairement à l'harmonisation** et va l'impacter, car c'est pour cela même qu'elle a été conçue. Elle a été inventée dans la communication de la Commission de 1980 suite à *Cassis de Dijon*, extrayant la définition de la RM.

- **Priorité de la RM** : appliquer la RM et voir ce qui en résulte
  - o En principe : droit de commercialisation
  - o Maintien de la diversité des approches nationales (le principe est la commercialisation du produit : l'avantage de la RM est qu'on maintient la diversité des législations nationales)
- **Limites de la RM**
  - o Article 36 TFUE ou exigences impératives : **maintien des frontières légitimes**
  - o La RM **n'est pas comprise par les entreprises** qui optent encore souvent pour une adaptation du produit aux conditions normatives du marché national.

Les entreprises souhaiteraient parfois une seule solution dans l'UE, ce qui nécessiterait de passer par l'harmonisation et plus par la RM.

Cette **harmonisation existe depuis le traité de Rome**, et elle consiste, pour le MI, à **éliminer les obstacles légitimes aux échanges**. L'harmonisation **accélère la fluidification des échanges** et va même **prévenir des obstacles aux échanges** : cela montre la puissance de ce système.

L'harmonisation est une notion très large, elle a toujours existé dans le traité. Elle **change considérablement de nature** au fur et à mesure de l'intégration européenne. La première version était **l'unification**, ou en d'autres termes, n'avoir plus qu'une seule règle dans le MI. Cette forme d'harmonisation unificatrice continue d'exister aujourd'hui mais ce n'en est plus la seule forme ; il y en a des nettement moins unificatrices qui viennent standardiser des règles techniques, des procédures qui peuvent aussi être un moyen intéressant de mettre du commun entre les différents Etats membres. Il ne faut pas se méprendre sur ces éléments ; il y a une **très grande diversité de l'harmonisation**.

L'UE a, pendant longtemps, harmonisé quand un lobby le demandait ; puis petit à petit, elle va mieux cibler son harmonisation. Début des années 1980 : elle réalise une **harmonisation technique** (plus simple politiquement, pour ne pas buter sur un veto mis par un EM), considérablement favorisée par la reconnaissance mutuelle. Puis elle va utiliser d'autres techniques, comme celle de la **notification des obstacles techniques aux échanges** (cf. RAPEX). Ce qui a manqué à la Commission, c'est de savoir les blocages rencontrés par les EM.

Pour résoudre ce problème, elle demande aux Etats, en amont d'une prise de décision, de **notifier les décisions administratives** qui pourraient venir bloquer l'accès aux marchés nationaux. à la Commission européenne les projets de réglementation technique. On s'aperçoit que c'est assez efficace : en notifiant le projet de réglementation technique (standard de fabrication, règle de sécurité...) en amont de leur mise en place, tous les Etats sont au courant de ce que font les autres et des projets réglementaires en cours. Cette notification suspend la procédure d'adoption de l'Etat pendant 3 mois grand maximum. Pendant ce laps de temps, chacun va regarder la réglementation technique et faire un certain nombre d'observations. L'Etat peut décider de ne pas tenir compte de ces observations, mais il devra évaluer le risque des conséquences que cela implique.

Cette directive de 2015 joue un rôle absolument fondamental (cf. rapport d'évaluation par la Commission). La Cour a considéré que si l'Etat ne notifiait pas le projet de mesure technique contrairement à la directive, le standard qu'elle voulait mettre en place est **inopposable dans un conflit avec l'administration** : l'Etat ne peut pas opposer le standard technique à une entreprise s'il n'y a pas eu notification. Cela a été un puissant incitatif aux Etats à notifier.

Cette notification fonctionne vraiment très bien. On a voulu essayer de l'appliquer plus largement au secteur des services en particulier (elle l'est de manière uniquement sectorielle). La Commission centralise des informations **pour savoir dans quel secteur les Etats standardisent et surtout s'ils standardisent de manière problématique**. Y a-t-il besoin d'harmonisation ? Car en effet quand on a des réglementations différentes, on a des frontières légitimes qui se créent, qu'on ne peut éliminer par le biais de la RM ou des art. 34 et 36. Pour les éliminer, il faut une intégration positive. Ce dispositif qui a l'air très administratif peut être utilisé à des **fins politiques** pour savoir où on trouve des obstacles au commerce ; cela permet de donner un focus réel à l'harmonisation et pas juste d'harmoniser quand un lobby le demande.

La base juridique de l'harmonisation est l'art. 114 utilisé pour les marchandises.

C'est une disposition **fondamentale du traité** (qu'il faut avoir lu) et c'est aussi la plus utilisée. L'art. 114 permet l'harmonisation dans le cadre du MI : fluidification et prévention, pour construire et faire fonctionner le marché intérieur.

Cet article permet l'engagement d'une PLO puis une co-décision Parlement et Conseil (statuant à la majorité, on comprend donc les difficultés à décider des choses dans les temps actuels) pour harmoniser.

L'art. 114 donne une **grande marge de manœuvre** aux institutions pour harmoniser.

## § 2 L'intensité variable de l'harmonisation

L'intensité de l'harmonisation varie en fonction de la marge de manœuvre des Etats membres. L'harmonisation n'aboutit pas toujours à l'uniformisation.

La principale distinction se fait entre l'harmonisation totale et minimale.

### a) L'harmonisation totale

« On est en présence d'une harmonisation totale lorsqu'une directive impose des règles qui se substituent entièrement aux règles nationales existantes en la matière » (A. Mattera).

L'harmonisation du médicament en est le meilleur exemple. La directive de 1965 est codifiée dans le Code Européen du Médicament depuis 2001. Quand on regarde la directive de 1965, c'est ce que la Cour appelle une **harmonisation totale par étape**.

Typiquement, l'AMM (autorisation de mise sur le marché) est la même partout dans l'UE. A côté de cette autorisation, on a les AMM européennes qui valent pour tout le marché intérieur, délivrée par l'autorité européenne du médicament. C'est par ce biais que vont être données les autorisations de mises sur le marché commandées par la Commission.

### b) L'harmonisation minimale

L'idée est **qu'il reste du droit national** et les règles européennes vont **fixer un niveau plancher de protection des consommateurs en dessous duquel les Etats ne peuvent plus légiférer**. En revanche, il leur est possible de **proposer une protection accrue** pour leurs ressortissants.

Par exemple, l'UE a une série de directives sur les vitamines depuis les années 1970 dans lequel elle fixe la dose maximum journalière. Si on prend quelque chose de simple comme la vitamine C, que l'on trouve dans les agrumes. On absorbe de la vitamine C quand on a un régime alimentaire qui nous permet de consommer beaucoup d'agrumes et de fruits rouges ; donc dans le Sud de l'Europe on en ingère plus que dans le Nord de l'Europe. Pareil pour la vitamine D ; on en manque dans certaines parties de l'Europe (à Strasbourg par exemple). Donc c'est très important de laisser une marge de manœuvre, parce qu'autrement on imposerait une quantité beaucoup trop élevée dans le Sud de l'Europe et / ou trop faible dans le Nord de l'Europe, ce qui peut être très dangereux !

### **CJUE, 29 avril 2010, Solgar Vitamin's France, C-446/08.**

Les Etats membres demeurent compétents pour adopter une réglementation relative aux quantités maximales de vitamines et de minéraux pouvant être utilisées pour la fabrication de compléments alimentaires tant que la Commission européenne n'a pas arrêté ces quantités (points 24, 27, 32, 60).

### c) L'harmonisation optionnelle

C'est une harmonisation qui n'harmonise pas ; elle crée un 28<sup>ème</sup> régime juridique. C'est une harmonisation **sans convergence des droits nationaux**, on crée un **régime européen** à côté des régimes nationaux. On garde le régime national ou on peut opter pour le régime de la directive.

Par exemple, typiquement, la **société européenne en droit des sociétés**. On a créé un modèle de société européenne qui reste rattaché aux droits nationaux, mais qui favorise la logique de groupe de l'entreprise. C'est aussi quelque chose de discuté en droit des contrats mais ça n'a jamais abouti.

### § 3 Les différents types d'harmonisation

Au-delà de ces intensités variables, on a des techniques d'harmonisation qui sont diverses. Les deux grandes techniques sont l'harmonisation horizontale et la verticale.

#### a) L'harmonisation verticale

C'est une harmonisation par **type de composants, par produit**. L'harmonisation verticale harmonise tout ou partie d'un produit particulier (ici, le chocolat par exemple).

Prenons l'exemple de la **directive chocolat de 2000** (qui porte très exactement sur les produits de cacao et de chocolat destinés à l'alimentation humaine) qui vient réformer celle de 1973 (moment de l'entrée du RU dans l'UE). La différence se fait dans la teneur de cacao, pas du tout la même, autorisant à appeler chocolat des choses en Grande-Bretagne que l'on n'aurait pas osé appeler chocolat chez nous... En 1973 on a donc décidé qu'il y aurait du chocolat particulier dans le nord et un autre chocolat dans le sud.

Mais dès 1979 avec *Cassis de Dijon*, cette directive devient caduque. Renégocier la directive chocolat devient vite un enfer, car opposer le « vrai » et le « faux » chocolat ne veut rien dire ; on a aussi une autre bataille entre les industries du chocolat et les artisans du chocolat (les industriels veulent « l'addition aux produits de chocolat de matières grasses végétales autres que le beurre de cacao » = typiquement l'huile de palme, beurre de karité, etc... en gros quelque chose de moins cher que le beurre de cacao). On a un dernier lobbying qui est celui des pays en développement qui doivent leur développement à la monoculture de cacao.

Cette directive finit par être négociée en 2000, et depuis, plus personne ne parle vraiment de chocolat ! Cette directive fut certainement le résultat d'une des plus grosses batailles de lobbying dans l'UE, ce que démontre la quantité d'argent phénoménale investie dans les négociations.

Le but de la directive chocolat de l'an 2000 était **d'établir des définitions et des règles communes pour la composition, les caractéristiques de fabrication, le conditionnement et l'étiquetage des produits de cacao et de chocolat, afin d'assurer leur libre circulation à l'intérieur de l'UE**.

Une caractéristique importante de la réforme de 2000 et qu'elle a ouvert la possibilité d'adjoindre des matières grasses végétales autre que le beurre de cacao. Le conflit entre les grandes industries du chocolat et les artisans est assez intense. Les premiers ont petit à petit investi le chocolat qui est devenu un produit de consommation courante. Mettre des matières grasses autres que le beurre de cacao leur permet de faire un produit final moins cher. Une autre raison est à soulever, de nature plus technique : les grandes industries se sont aperçues que pour stabiliser le chocolat, il suffisait d'ajouter d'autres matières grasses végétales qui empêchent la remontée d'une pellicule blanche dans certaines conditions de stockage (trop long ou à la chaleur). Les industries, lors de la renégociation, ont demandé à ajouter ces matières grasses végétales dans la directive. La négociation était sur la possibilité d'adjonction et sur le pourcentage à faire rentrer dans la recette du chocolat pour que le produit puisse s'appeler chocolat : *« l'addition aux produits de chocolat de matières grasses végétales autres que le beurre de cacao est admise dans certains EM jusqu'à 5% au maximum »*.

Tant qu'on respecte la directive, les produits vont pouvoir circuler librement (cf. point 6 de la directive). Logique de **dénomination** dans les annexes de la directive (chocolat, chocolat au lait, blanc, de nappage, etc.). **La directive fixe les définitions communes, ce qui n'existe pas dans le cadre de la reconnaissance mutuelle.**

L'avantage de cette organisation fait qu'il n'y a plus qu'une seule règle dans l'UE.

Mais le problème de l'harmonisation verticale est qu'elle suppose un **compromis**. Le droit négocié n'est jamais vraiment satisfaisant. Vrai ou faux chocolat, qui a raison ? Pour arriver à être d'accord, on est sur une définition consensuelle, donc il a fallu discipliner les artisans sur le maximum de 5%. Personne n'est vraiment

totalément d'accord avec la directive. Pour quelque chose qui a l'air aussi basique que le chocolat, ce n'est jamais simple. C'est comme ça que cette directive est en réalité non appliquée ; plus personne ne parle de chocolat.

Le risque de l'harmonisation verticale est que **l'on uniformise trop les produits**. En effet, on va chercher à harmoniser tous les produits car quand ils ne sont pas harmonisés ils seront trop différents...

Exemple d'un stagiaire à la Commission à qui on demande de travailler sur l'harmonisation de la taille des préservatifs : c'est une harmonisation totalement impossible, mais c'est un excellent exercice pour comprendre la difficulté de l'harmonisation produit par produit.

Selon les EM, les besoins sont très différents : c'est donc assez compliqué d'harmoniser verticalement.

L'harmonisation verticale est **satisfaisante** car elle uniformise le MI, elle est très unifiante. Mais politiquement, c'est très compliqué à faire adopter, **compliquée à concevoir**, et pose le problème sur un progrès à faire sur un produit (problème de la moindre **évolution technologique**).

### b) La « nouvelle approche » ou l'harmonisation horizontale

C'est du fait de ces difficultés, avec en plus le blocage de l'harmonisation dans les années 1970 et les effets pervers du compromis de Luxembourg qu'on ressent le besoin d'un **nouveau système d'harmonisation**. *Cassis de Dijon* prétend être une jurisprudence relançant la machine européenne en contrôlant les mesures étatiques indirectement applicables. Mais pour les obstacles aux échanges qui **résistent à la reconnaissance mutuelle**, il faudra penser à l'harmonisation, qui sera une **harmonisation technique** puisqu'il suffira de résoudre un problème qui résulterait de l'application licite des exigences de l'art. 36.

Le tournant est la nouvelle approche, qui date de 1985. C'était le temps de la Commission Delors, et sa grande idée à ce moment était de **booster l'harmonisation** en vue de ce qu'on appelait à l'époque le marché unique (l'objectif de 1992). On voulait éliminer les derniers obstacles aux échanges, car on se rend compte (dans un rapport sur les coûts de la non-Europe) qu'ils coûtent très cher. L'idée n'est pas de supprimer toutes les barrières, car certaines peuvent être justifiées, mais même justifiées, certaines continuent d'être un peu complexe.

Cette nouvelle approche est une approche **horizontale** de l'harmonisation, pour **sortir des absurdités** de l'approche produit par produit. On va donc **harmoniser le standard de protection**. Cette nouvelle approche est en lien direct avec la RM (on rappelle ce qu'est la RM : des standards différents peuvent cohabiter dans l'UE dès lors que ça ne pose pas de problème aux Etats d'accueils qui ne veulent pas protéger un standard supérieur de protection ; avec la RM, on va protéger l'ordre public, la sécurité publique, enfin tous les intérêts de l'article 36, puis l'environnement et le consommateur, c'est-à-dire toutes les exigences impératives de la jurisprudence). S'il subsiste des obstacles aux échanges, pour les supprimer il faut passer par de l'intégration dite positive, c'est-à-dire qu'il faut adopter un acte d'harmonisation sur la base de l'art. 114 ; ce ne sera plus de l'harmonisation du produit mais le standard protégé par les Etats qui crée des obstacles licites aux échanges de marchandises. On harmonise l'environnement, la sécurité du réseau, la protection du consommateur... c'est comme cela que sont conçues ces directives nouvelle approche.

L'idée est de **réduire le volume de l'harmonisation** et de **faciliter la négociation**, puis on garantit la libre circulation du produit qui permet de protéger le standard commun d'intérêt général. Ce faisant, on a moins d'harmonisation mais elle est **plus efficace** car plus facile à négocier.

La Commission propose de **reconnaître les produits** qui dérivent de cette logique avec le **marquage CE**. Ces produits marqués CE peuvent donc circuler librement dans toute l'UE. C'est cela, le grand virage de la

nouvelle approche : cette idée de raboter les obstacles qui subsistent après le passage de la RM (et qui subsistent de manière légitime).

En 1985 sont adoptées deux directives sur cette nouvelle approche : la directive basse tension (sur les produits électriques) et la **directive jouets**, que l'on va étudier dès maintenant.

Quels sont les enjeux de la nouvelle approche ? Pourquoi arrive-t-on à ce point ? Que cela signifie-t-il pour les différents acteurs de cette harmonisation, y compris les entreprises ?

La directive jouet va s'appliquer aux jouets (définis comme l'objet avec lequel on joue quand on a moins de 14 ans). On applique l'harmonisation uniquement dans son **champ d'application**. Comme c'est une directive nouvelle approche, on ne trouve pas de « recette de fabrication du jouet » comme pour le chocolat. Si on avait une tentative d'harmoniser les jouets en France comme on l'a fait avec le chocolat on aboutirait à un blocage évident. Dans les défauts de l'harmonisation verticale, on a un risque non négligeable de ne pas protéger la diversité des législations nationales. Cette diversité a cependant toujours été très importante à préserver dans l'UE. Quand on se lance dans la directive jouets, on va en fait harmoniser horizontalement un standard de sécurité assez simple dans le cas des jouets : on harmonise la protection des enfants.

L'harmonisation de ce standard arrive en même temps que les négociations pour l'acte unique (fin des années 80). Les négociations de l'acte unique étaient faites pour relancer les discussions et stopper le blocage institutionnel ; donc en réunissant les Etats, bien évidemment aucun ne va s'opposer à une directive sur la sécurité des enfants. Les Etats vont très rapidement se mettre d'accord sur l'idée d'une protection des enfants.

Trois choses dans les directives nouvelles approche : les exigences essentielles, la clause marché intérieur, et le marquage CE.

Dans une directive nouvelle approche, on a toujours la définition des « **exigences essentielles** » qui sont des exigences d'intérêt général renvoyant à l'art. 36 et les exigences impératives de *Cassis de Dijon*. La terminologie « exigence essentielles » est un peu floue mais on pense que c'est à cause de la variation d'une langue à l'autre, car en anglais on parle de *mandatory requirement*. Cette définition des exigences essentielles est assez simple à obtenir car les EM sont ultra sécurisés.

La directive n'est pas très compliquée en soi, sécurise les objets qui sont utilisés « *à des fins de jeu pour les enfants de moins de 14 ans* ». Les directives peuvent être diverses à s'appliquer sur un même produit : une voiture électrique en jouet verra peser sur elle la directive électrique comme la directive jouets, et peut-être des directives sur certains composants autorisés (exemple sur la peinture du jouet). De même, toutes les parties d'un produit ne sont pas forcément harmonisées.

Article 10 : « *Les EM prennent ttes les mesures nécessaires pour garantir que les jouets ne peuvent être mis sur le marché que s'ils correspondent aux exigences essentielles (...) ne mettent pas en danger la santé ou la sécurité des utilisateurs ou celles de tiers lorsqu'ils sont utilisés conformément à la destination du jouet* ». C'est ça l'exigence essentielle dans la directive jouet. Sécurité, mais attention : « utilisation conforme » : ne pas mettre la voiture électrique dans le bain. Si on sort de l'utilisation conforme on n'est plus protégé par la directive.

Une fois que le jouet est conforme à cette directive, il a le droit de porter le marquage CE. Ce marquage garantit la « **clause marché intérieur** » c'est la disposition de la directive qui explique qu'un produit fabriqué conformément à cette directive à le droit de circuler librement (art. 12 de la directive de 2009).

**Comme les EM ont harmonisé, ne peuvent plus interdire la libre circulation sur la base de la sécurité des enfants.** Toute entreprise doit respecter la directive. Donc toute entreprise qui veut mettre des produits

sur le marché européen doit avoir **un respect de cette directive et donc un marquage CE**. Cela implique que la directive de 2009 est mise en œuvre en Chine. Il y a donc un contrôle à l'entrée du marché, contrôle qui n'est pas systématique mais qui est fait en fonction du risque de non-respect de la directive.

Le règlement de mars 2019 sur la reconnaissance mutuelle est accompagné en vérité d'un deuxième règlement sur l'entrée sur le marché des produits conformes, et applique un **contrôle effectué aux frontières extérieures qui servent de filtres** pour l'entrée sur le marché.

Cette nouvelle approche simplifie considérablement l'harmonisation.

La Commission propose le programme des 300 directives : les domaines sont très divers (jouets, environnement, marché public...). En fonction de ce que l'on veut obtenir, on fait de la nouvelle approche ou de l'approche verticale. Mais finalement on voit beaucoup de nouvelle approche. Au final, « uniquement » 200 seront adoptées mais c'est déjà énorme par rapport au blocage que l'on avait avant. La nouvelle approche plus le vote à la majorité qualifiée (dans l'acte unique) fait que le blocage institutionnel disparaît progressivement.

Pour que tout cela fonctionne, il faut un peu plus que la directive d'harmonisation. D'abord, dans la directive elle-même, on le voit dans la directive jouet, on a une partie de la directive qui est consacrée à **la présomption de conformité** (art. 13).

Il faut comprendre qu'en fait, le marquage CE n'est pas un marquage de sécurité. Le marquage CE veut simplement dire que le produit a été fabriqué conformément à la directive, donc il respecte l'exigence essentielle et donc *normalement* il ne pose pas de problème pour les enfants. Pour réaliser cela, il faut que le marquage CE soit apposé par l'entreprise sur le jouet.

Plusieurs points importants :

L'entreprise va se demander comment fabriquer le jouet pour pouvoir apposer ensuite le marquage CE. La réponse, puisque c'est une directive, c'est qu'elle fixe les objectifs ; aux Etats de mettre en place ensuite les moyens pour atteindre les exigences essentielles lors de la transposition de la directive. Théoriquement, on a donc 27 manières aujourd'hui de fabriquer un ours en peluche ; chaque Etat va donc décider de la manière de sécuriser le nounours. Exemple : les yeux de l'ours ne doivent pas être facilement arrachables par un enfant de moins de 36 mois ; on borde, on coud, on colle (avec quelle colle) les yeux ? Chaque Etat décide donc de telle ou telle norme.

La Commission va donc adopter en plus de la directive un mandat de normalisation : c'est pour cela qu'on parle de norme harmonisée. La normalisation est la définition d'une norme au sens de l'ISO. Ici, les normes harmonisées sont issues des comités CEN, CENELEC et ETSI qui sont des organismes privés qui rassemblent des experts techniques (comme l'AFNOR pour la France ; au niveau mondial on a l'ISO). Ils travaillent sur l'exigence essentielle et proposent une norme européenne. Cette norme européenne est achetable par les entreprises. On parle bien ici de normes mais **pas au sens de normes étatiques**. Donc les entreprises ne sont pas obligées d'acheter ces normes. Pour les inciter, on va avoir la même logique des déclarations de reconnaissance mutuelle : ces normes peuvent être, une fois qu'elles sont écrites, reprises par la Commission (normes non-obligatoires). L'avantage de la norme européenne et donc de la normalisation c'est que si la Commission la reprend, la Commission va faciliter le travail de l'entreprise. Cette dernière va acheter la norme, la suivre pour fabriquer son produit, et ce produit sera donc **présupposé conforme** aux exigences essentielles couvertes par ces normes puisqu'elles ont été mandatées par l'UE. Si on utilise la norme, on a une présomption de conformité. Si on n'investit pas dans la norme, il faudra **être en capacité de prouver à l'administration** que le produit est un produit qui remplit les exigences essentielles de la directive (tests, etc.). L'entreprise gagne du temps. Ce système de normalisation hautement technique fonctionne très bien et est très suivi par les entreprises.

Cela est très important dans la nouvelle approche car on a des exigences de sécurité ; cela n'existe qu'en Europe. Pour sécuriser, on a mis en place une politique de contrôle de ces dispositifs nouvelle approche. On en a un exemple dans la directive jouets : avec la **déclaration CE de conformité** à l'art.15 qui atteste du respect des exigences essentielles. Dès qu'on a cette déclaration on peut faire le marquage CE, qui est contrôlé par un règlement datant de 2008.

Le dispositif de conformité va dépendre de ce qui est harmonisé. Dans le cadre des jouets, il est très simple : le contrôle du respect des exigences essentielles ou du respect de la norme technique est **fait par l'entreprise = auto-contrôle**. Il n'y a pas d'organisme extérieur qui regarde, mais il y a des contrôles par la DGCCRF en France et par les douaniers qui contrôlent le marché. La logique de la sécurisation est que si l'on a un doute sur le produit, celui-ci est arrêté et on demande au producteur/importateur/vendeur de nous donner les preuves du respect de la directive. Quand on a le contrôle, c'est « la bagatelle de quatorze classeurs » : il faut être prêt ! Les contrôles sont lourds.

Quand on parle de dispositifs médicaux, comme les piles cardiaques (qui sont contrôlées une par une), les organismes notifiés (qui font les contrôles) interviennent *ex-ante* alors que la DGCCRF (dans le cas des jouets et pour la France) intervient *ex-post*. Exemple de la prothèse mammaire PIP qui ont été contrôlées : elles ont été retirées du marché.

Au final, on a besoin : **de normalisation, de certification et de contrôle**, de manière à être sûr que si on a CE sur le produit, cela garantit effectivement que le produit a été fabriqué conformément aux exigences essentielles. Le marquage CE est donc un marquage de **conformité et non de sécurité**.

L'ensemble de ces éléments peut donc être retrouvé sur Moodle (chapitre 1).