

SECTION 2

Mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives à l'importation

L'article 34 TFUE, d'application directe, prohibe tant les restrictions quantitatives à l'importation, que les mesures d'effet équivalent.

A RETENIR

Les restrictions quantitatives sont définies comme des limitations totales ou partielles d'importation ou de transit. Il en est ainsi d'une interdiction pure et simple ou d'un système de contingentement, c'est-à-dire de l'application de restrictions lorsque certains plafonds d'importation ou d'exportation ont été atteints. Cette définition englobe toute mesure d'origine nationale susceptible d'entraver les importations, même si elle s'applique indistinctement aux produits nationaux. Elle recouvre ainsi en partie la notion de mesure d'effet équivalent.

La directive 70-50 du 22 décembre 1969, aujourd'hui abrogée, définit les mesures d'effet équivalent comme «les dispositions législatives, réglementaires et administratives, les pratiques administratives, ainsi que tous actes émanant d'une autorité publique, y compris les incitations [...] qui rendent les importations soit impossibles soit plus difficiles ou onéreuses que l'écoulement de la production nationale» (1^{er} et 4^e considérants).

A RETENIR

Depuis l'arrêt *Dassonville* (CJUE, 11 juill. 1974, aff. 8-74, LawLex043083), la Cour de justice adopte une définition très large de la notion de mesure d'effet équivalent qu'elle applique à «toute réglementation commerciale des États membres susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement, le commerce intracommunautaire». La notion de mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative au sens de l'article 34 TFUE vise tant les restrictions que les interdictions d'importation. Pour être interdite, il n'est pas nécessaire que la mesure affecte immédiatement le commerce entre États membres, il suffit qu'elle soit susceptible d'entraver les courants d'échange au sein de l'Union. Il importe peu qu'une mesure n'ait pas pour objet de régler les échanges de marchandises entre les États membres ; ce qui est déterminant c'est son effet, actuel ou potentiel, sur le commerce au sein de l'Union. Il doit en revanche exister un lien de causalité entre la mesure et son effet restrictif. Des effets trop indirects ou aléatoires excluent la prohibition.

PLAN

On peut distinguer deux types de mesures d'effet équivalent :

- les mesures discriminatoires qui frappent spécifiquement les produits importés et constituent des mesures illicites par nature ;
- les mesures indistinctement applicables à tous les produits, telles que celles concernant les caractéristiques du produit, l'utilisation du produit ou ses modalités de vente, qui ne sont pas nécessairement illicites.

I. Mesures discriminatoires

A RETENIR

Les mesures nationales, qui ont pour objet de frapper spécifiquement ou au moins plus lourdement les produits importés que les produits nationaux, sont par nature discriminatoires. Elles ne peuvent être justifiées que par les exceptions, d'interprétation stricte, prévues à l'article 36 TFUE et non par des exigences impératives d'origine prétorienne.

EXEMPLES

Quelles sont les mesures spécifiquement applicables aux produits importés qui sont généralement jugées discriminatoires ?

- l'exigence d'un titre particulier pour l'importation ;
- le contrôle sanitaire ou phytosanitaire ;
- l'exigence de conditions financières particulières ;
- l'indication d'origine spécifique aux produits importés ;
- les mesures ayant pour objet ou pour effet d'avantager ou de limiter la production nationale.

Quelles sont les mesures, en apparence restrictives, qui ne sont pas considérées discriminatoires ?

- l'interdiction d'entreposer, de déposer ou de déverser, dans une région particulière, les déchets provenant d'un autre État membre, ou d'une autre région, car les déchets sont soumis aux principes d'autosuffisance et de proximité selon lesquels chaque entité locale doit assurer la réception, le traitement et l'élimination de ses propres déchets afin qu'ils soient éliminés aussi près que possible du lieu de leur production ;
- la législation nationale qui soumet l'immatriculation d'un véhicule importé à une procédure d'identification, dès lors que cette simple formalité n'introduit aucun contrôle supplémentaire et ne présente pas un caractère dissuasif pour le propriétaire du véhicule au regard de son coût, de sa durée et des délais de mise en œuvre.

II. Mesures indistinctement applicables

PLAN

Nous distinguerons :

- le principe d'appréciation des mesures indistinctement applicables ;
- les mesures concernant les caractéristiques du produit ;
- les mesures concernant l'usage du produit ;
- les mesures concernant les modalités de vente.

A. Principe

A RETENIR

Selon la Cour de justice, depuis l'arrêt du 20 février 1979 «Cassis de Dijon» (aff. 120-78, LawLex055788), la prohibition de l'article 34 TFUE s'applique à toute réglementation commerciale susceptible d'entraver le commerce entre États membres, qu'elle soit ou non indistinctement applicable aux produits nationaux et aux produits importés, dès lors qu'elle n'est pas 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» ou ne peut être justifiée au titre de l'article 36 TFUE.

L'arrêt Keck et Mithouard (CJCE, 24 nov. 1993, aff. C-267-91, LawLex02141) a opéré un revirement de jurisprudence en limitant la prohibition aux caractéristiques du produit : une réglementation qui concerne les modalités de vente - et non les conditions relatives au produit - et qui s'applique de façon non discriminatoire à tous les opérateurs et opérations, n'est pas susceptible de constituer une mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative.

La méthode d'appréciation classique, héritée de l'arrêt Cassis de Dijon aurait exigé que le juge se posât deux questions : la réglementation en cause, bien qu'indistinctement applicable aux produits importés et aux produits nationaux, est-elle susceptible de faire obstacle à la libre circulation des marchandises et, si tel est le cas, peut-elle être justifiée par un but d'intérêt général excluant le jeu de la prohibition ? Avec l'arrêt Keck et Mithouard, la Cour préfère au contrôle substantiel imposant une appréciation des effets et une mise en balance des intérêts étatique et européen, un contrôle de qualification fondé sur la nature de la mesure étatique.

Le domaine d'application du «test» nouveau se déduit de sa définition : la jurisprudence Cassis de Dijon ne vaut plus que pour les règles nationales concernant directement les produits et est inapplicable à celles relatives à leur mise sur le marché. Ainsi, une mesure relative à la vente des produits et non discriminatoire ne constitue pas une mesure d'effet équivalent, car «elle n'est pas de nature à empêcher l'accès au marché des produits importés ou à le gêner davantage qu'elle ne gêne celui des produits nationaux». Toutefois, en se référant à une simple gêne à l'importation au lieu de requérir dans tous les cas un véritable cloisonnement, le juge a ouvert une brèche dans laquelle auraient pu s'engouffrer nombre d'actions tendant à la contestation de réglementations purement commerciales. Toute législation relative à la commercialisation d'un produit, même lorsqu'elle est non discriminatoire, est susceptible de constituer une gêne aux échanges dans la mesure où l'importateur concerné peut «être contraint soit d'adopter des systèmes différents (de commercialisation) en fonction des États membres concernés, soit d'abandonner un système qu'il juge particulièrement efficace».

La hiérarchisation des critères signifie qu'une telle gêne ne serait plus considérée comme suffisante pour que la mesure en cause puisse être qualifiée de mesure d'effet équivalent et que la discrimination requise ne peut plus résulter, dans le domaine de la réglementation commerciale, de la seule différence existant entre les législations des États membres. La solution paraît justifiée. L'intervention des autorités de contrôle est en effet exclusivement légitimée par l'objectif de libre circulation. Dans la mesure où les réglementations concer-

nant la commercialisation ont des liens plus ténus avec cet objectif que celles s'appliquant directement aux produits, il est logique que les conditions de constatation de la discrimination soient plus sévères dans un cas que dans l'autre. Alors que dans la première hypothèse, la discrimination peut toujours être la conséquence de la seule différence entre deux législations nationales, elle ne devrait plus pouvoir être constatée, dans la seconde, qu'à la condition que la mise en œuvre d'une même législation nationale conduise à l'application d'un traitement juridique défavorable dans le cas où les produits sont importés d'un autre État membre.

Le système consacré par l'arrêt Keck a l'avantage de maintenir l'efficacité de la jurisprudence Dassonville à l'égard de toute restriction quantitative déguisée tout en faisant échapper les législations commerciales en général à son emprise. Les limites au caractère expansionniste du contrôle ne sont plus déterminées a posteriori, à la suite d'une appréciation casuistique, mais fixées a priori, par une règle susceptible d'être connue à l'avance par tous les opérateurs. Surtout, le juge renonce à exercer en dehors de tout contrôle une fonction d'harmonisation des législations des États membres qui relève de la compétence législative.

B. Mesures concernant les caractéristiques du produit

A RETENIR

On entend traditionnellement par «caractéristiques» du produit sa dénomination, sa forme, ses dimensions, son poids, sa composition, sa présentation ou son conditionnement (lieu de conditionnement, normes d'emballage, d'étiquetage, poinçonnage, etc.). Depuis l'arrêt Cassis de Dijon, même indistinctement applicables aux produits nationaux et aux produits importés légalement fabriqués dans un autre État membre, les législations nationales concernant directement les produits sont de nature à entraver le commerce entre États membres si elles ne sont pas justifiées par des exigences impératives.

EXEMPLES

Constitue une mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative la mesure qui :

- réserve au gouvernement d'un État membre la fixation du prix des tabacs manufacturés ou oblige les détaillants à respecter certains prix pour la vente au détail ;
- interdit au pharmacien de remplacer le médicament prescrit par le médecin traitant par un autre ayant le même effet thérapeutique ;
- prohibe la commercialisation du pain comportant un degré d'humidité supérieur ou une teneur en cendres inférieure à certains taux ou contenant certains ingrédients ;
- interdit la vente de revues comportant des jeux dotés de prix ou des concours ;
- prévoit une date limite de consommation de quatre jours pour le lait pasteurisé à haute température ;
- exclut une marchandise d'une liste de produits dont l'achat est remboursé par la sécurité sociale ;

- met en place un régime d'autorisation préalable pour les importations en exposant les produits importés à des coûts supplémentaires ;
- impose aux véhicules de démonstration, quelle que soit leur provenance, la production d'un certificat d'immatriculation comportant la mention «véhicule de démonstration» pour bénéficier du bonus écologique, en affectant de manière différente les véhicules selon que l'État membre d'origine exige ou non une telle mention sur les certificats d'immatriculation ;
- pose des conditions strictes pour la reconnaissance des certificats de qualité délivrés par les organismes des autres États membres, dissuadant ainsi les entreprises nationales d'importer le produit fabriqué dans ces États ;
- interdit l'immatriculation des voitures particulières dont le volant est positionné à droite et/ou exige, pour immatriculer ces voitures, neuves ou immatriculées dans un autre État membre, que le volant soit déplacé sur le côté gauche ;
- subordonne d'office la commercialisation de produits à l'apposition du marquage CE, dès lors que cette obligation empêche l'application du principe de reconnaissance mutuelle pour les produits pour lesquels le législateur n'a pas procédé à une pleine harmonisation.

C. Mesures concernant l'usage du produit

A RETENIR

La jurisprudence distingue depuis peu les caractéristiques du produit de son usage. La réglementation qui n'a ni pour objet ni pour effet de traiter moins favorablement des produits en provenance d'autres États membres, mais qui restreint l'utilisation d'un produit sur le territoire national, est contraire à l'article 34 TFUE, dans la mesure où elle peut, en fonction de sa portée, avoir une influence considérable sur le comportement du consommateur qui n'aura qu'un intérêt réduit à acheter le produit en cause : en rendant l'utilisation d'un produit marginale, voire hypothétique, sur son territoire, la mesure nationale dissuade sa consommation et donc son importation.

Tel est le cas de la législation qui limite l'usage des véhicules nautiques à moteur aux couloirs publics de navigation ou qui interdit d'utiliser un motorcycle avec une remorque spécialement conçue pour celui-ci ou d'apposer des films colorés sur le pare-brise et les vitrages correspondant aux sièges des passagers des véhicules automobiles.

D. Mesures concernant les modalités de vente

A RETENIR

Depuis l'arrêt Keck et Mithouard, la jurisprudence établit une distinction entre modalités de vente et caractéristiques du produit, les premières bénéficiant d'une présomption de légalité en raison des liens plus lâches qu'elles entretiennent avec la libre circulation des marchandises. La notion de modalités de vente du produit englobe les modes de promotion, de distribution et plus généralement les conditions de commercialisation du produit.

Il en est ainsi des mesures nationales qui réservent la vente des laits transformés du premier âge aux seules pharmacies, qui établissent les circonstances de temps et de lieu dans lesquelles les marchandises peuvent être vendues aux consommateurs ou de celles qui interdisent : la revente à perte, ou à marge bénéficiaire extrêmement réduite, la publicité en dehors des officines pour les produits parapharmaceutiques, la publicité télévisée dans le secteur de la distribution, la vente à domicile, la vente ambulante, la vente par correspondance ou par Internet, ou la vente au détail des tabacs manufacturés en dehors des débits autorisés. Peu importe que la méthode de commercialisation interdite se révèle plus efficace et plus économique ou que l'État membre ne produise pas lui-même les marchandises dont il interdit certaines modalités de vente.

La frontière entre modalités de vente et caractéristiques du produit n'est pas toujours aisée à tracer. La qualification de modalités de vente a été refusée à une législation nationale qui subordonne la vente de vidéos par correspondance au respect d'une procédure nationale de contrôle et de classification aux fins de la protection des mineurs qui implique de marquer les produits. Elle a, en revanche, de manière plus surprenante, été reconnue à l'exigence d'un conditionnement préalable pour la mise en vente de pain partiellement cuit, surgelé ou non, importé d'un autre État membre, même si, dans ce cas, la solution semble justifiée par la nature particulière de la marchandise - pain conditionné précuit - dont le processus de production - la cuisson - n'est finalisé qu'au moment de sa mise en vente.

La présomption de légalité dont bénéficient les modalités de vente n'est, toutefois, pas irréfragable. Le juge européen ne peut exclure d'emblée la prohibition de l'article 34 TFUE sans vérifier que la mesure nationale, bien qu'indistinctement applicable, n'affecte pas différemment et plus lourdement, en droit comme en fait, la commercialisation des produits importés.

Il vérifie ainsi si l'interdiction générale de vendre ainsi que de passer commande de bijoux en argent par voie de démarchage à domicile n'est pas, en fait, de nature à gêner davantage l'accès au marché des produits importés. À l'issue de ce contrôle, la prohibition a parfois été retenue.

SECTION 3

Mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives à l'exportation

A RETENIR

Toute mesure nationale qui établit une différence de traitement entre le commerce intérieur d'un État membre et son commerce d'exportation, de manière à assurer un avantage particulier à la production nationale ou au marché intérieur de l'État intéressé, constitue une mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative à l'exportation, quel que soit le but en vue duquel elle a été instituée.

L'article 35 TFUE vise tant les entraves dressées à la frontière ou à proximité immédiate de celle-ci que celles mises en œuvre à l'intérieur de l'État d'exportation lorsqu'un passage de frontière est envisagé. **Comme en matière de mesures d'effet équivalent à une restriction quantitative à l'importation (art. 34 TFUE), les discriminations à**

rebours ne sont pas prohibées : une mesure appliquant un traitement moins favorable aux produits destinés au marché national qu'aux produits destinés à l'exportation ne constitue pas une mesure d'effet équivalent. La discrimination doit s'opérer au détriment du produit destiné à l'exportation pour que la prohibition soit retenue. De même, les effets restrictifs sur le commerce entre États membres qui résultent d'une restriction quantitative à l'exportation ne doivent pas être trop aléatoires et indirects, mais peuvent n'être qu'implicites.

L'entrave à l'exportation peut, notamment, résulter d'une limitation des ventes à l'étranger ou de l'approvisionnement aux fins de l'exportation, d'une réservation du « droit d'exporter » à certains opérateurs, ou de discriminations opérées à l'occasion d'un contrôle des exportations ou concernant les conditions d'application d'une norme de qualité ou les conditions d'utilisation d'une appellation d'origine.

Dans son arrêt *Groenveld* (CJCE, 8 nov. 1979, aff. C-15-79, LawLex056691) la Cour de justice a soumis les mesures d'effet équivalent à une restriction quantitative à l'exportation à un régime spécifique bien que les articles 34 et 35 TFUE soient rédigés de manière identique. L'interdiction de l'article 35 TFUE ne s'applique pas, selon le juge de l'Union, aux mesures nationales qui ne comportent aucune différence de traitement entre produits destinés à l'exportation et produits commercialisés à l'intérieur de l'État membre concerné. En conséquence, ni la réglementation nationale qui interdit la fabrication avant quatre heures du matin dans le secteur de la boulangerie et de la pâtisserie, ni le règlement européen prévoyant un contrôle administratif préalable aux modalités d'octroi des aides concernant la fabrication d'une denrée alimentaire ne constituent une mesure d'effet équivalent à des restrictions quantitatives à l'exportation, dès lors qu'elles n'engendrent pas de différence de traitement.

Dans un arrêt *Santurel Inter* (aff. 205-07, LawLex082231) du 16 décembre 2008 rendu en Grande Chambre, la Cour de justice est cependant revenue sur son interprétation en alignant le domaine d'application de l'article 35 TFUE sur celui de l'article 34 : l'interdiction, applicable à tous les opérateurs agissant sur le territoire national, qui affecte en fait davantage la sortie des produits du marché de l'État membre d'exportation que la commercialisation des produits sur le marché national de l'État membre en cause, constitue une mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative à l'exportation. Désormais, **la prohibition de l'article 35 TFUE s'applique même si la mesure vise indistinctement les exportations et les ventes nationales, à moins qu'elle ne soit justifiée par des exigences impératives.**