



Brugge

College of Europe
Collège d'Europe



Natolin

La consécration du critère de l'« accès au marché » au sein de la libre circulation des marchandises : mythe ou réalité ?

Ann Fromont et Christophe Verdure



DEPARTMENT OF
EUROPEAN LEGAL STUDIES

Research Paper in Law

04 / 2011



College of Europe
Collège d'Europe



Natolin

European Legal Studies
Etudes Européennes Juridiques

RESEARCH PAPERS IN LAW

4/2011

Ann Fromont et Christophe Verdure

La consécration du critère de l'« accès au marché » au sein de la libre circulation des marchandises : mythe ou réalité ?

© *Ann Fromont et Christophe Verdure, 2011*

European Legal Studies/Etudes Européennes Juridiques

Dijver 11 | BE-8000 Brugge, Belgium | Tel. +32 (0)50 47 72 61 | Fax +32 (0)50 47 72 60

E-mail law.info@coleurope.eu | www.coleurope.eu

La consécration du critère de l'« accès au marché » au sein de la libre circulation des marchandises : mythe ou réalité ?

Ann Fromont*

Christophe Verdure**

I. Introduction

Le principe de la libre circulation des marchandises constitue l'une des pierres angulaires de la réalisation du marché intérieur, et ce depuis l'adoption du Traité de Rome en 1957. Plus prosaïquement, il vise principalement la suppression des droits de douane ou taxes d'effet équivalent entre les Etats membres, ainsi que des restrictions quantitatives ou des mesures d'effet équivalent à de telles restrictions, que les produits soient originaires de l'un des 27 Etats membres ou d'un pays tiers, sous réserve de la régularité de leur introduction dans l'Union¹.

Encadré par les articles 34 à 37 TFUE, le principe de la libre circulation des marchandises a été progressivement affiné par la jurisprudence européenne. La Cour de justice de l'Union européenne (ci-après la « Cour ») a tout d'abord précisé, dans l'arrêt *Dassonville*, qu'il fallait entendre par mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative (ci-après « MEERQ ») « toute réglementation commerciale susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement le commerce intracommunautaire »².

Ensuite, dans les arrêts *Van Tiggele*³ et *Cassis de Dijon*⁴, la Cour a confirmé cette définition large de la notion de MEERQ, en précisant que celle-ci pouvait également s'entendre des mesures indistinctement applicables qui s'appliquent de la même manière aux produits importés qu'aux produits locaux⁵.

* Avocat au barreau de Bruxelles, LL.M. Collège d'Europe. L'auteur peut être contactée à l'adresse afr@koan.eu.

** Chercheur aux Facultés Universitaires Saint-Louis, Chargé de cours associé à l'Université du Luxembourg. L'auteur, qui est également chargé d'enseignement à l'UCL Mons, peut être contacté à l'adresse verdure@fussl.ac.be. La présente contribution est finalisée au 30 août 2011.

¹ J. VERHOEVEN, *Droit de la Communauté européenne*, 2^{ème} éd., Bruxelles, Larcier, 2001, p. 21.

² C.J.C.E., 11 juillet 1974, *Dassonville*, aff. 8/74, *Rec.*, 1974, p. 837, pt. 5.

³ C.J.C.E., 24 janvier 1978, *Van Tiggele*, aff. 82/77, *Rec.*, 1978, p. 25, pt. 13.

⁴ C.J.C.E., 20 février 1979, *Rewe c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* (dit « *Cassis de Dijon* »), aff. 120/78, *Rec.*, 1979, p. 649.

⁵ La Cour suit à cet égard l'application donnée à l'article 34 TFUE par l'article 3 de la Directive 70/50/CEE de la Commission, du 22 décembre 1969, fondée sur les dispositions de l'article 33, paragraphe 7, portant suppression des mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives à l'importation non visées par d'autres dispositions prises en vertu du traité CEE (*J.O.*, 19 janvier 1970, L 13, p. 19), lequel précise que sont également visées par la notion de MEERQ, « les mesures régissant la commercialisation des produits, et portant notamment sur la forme, la dimension, le poids, la composition, la présentation, l'identification, le conditionnement, applicables indistinctement aux produits nationaux et aux produits importés, dont les effets restrictifs sur la libre circulation des marchandises dépassent le cadre des effets propres d'une réglementation de commerce ».

Ces mesures se distinguent tant des mesures discriminatoires directement (*de jure*), c'est-à-dire fondées sur l'origine du produit, qu'indirectement (*de facto*), c'est-à-dire qui affectent en pratique plus lourdement les produits importés sans que ces dernières mesures ne soient justifiées⁶. En outre, si les mesures directement discriminatoires (*de jure*) ne peuvent être justifiées que sur la base de l'un des motifs de dérogation expressément prévus par le Traité⁷, les mesures indistinctement applicables peuvent être justifiées, outre par ces motifs, au regard d'« exigences impératives » d'intérêt général⁸.

Il a résulté des arrêts précités une augmentation sensible du nombre de recours introduits devant la Cour, dans l'espoir de censurer des législations nationales susceptibles de constituer des entraves. Cette recrudescence d'actions intentées par les opérateurs à l'encontre des « réglementations les plus diverses qui, dans chacun de nos États, régissent leur activité commerciale »⁹ mena la Cour à « clarifier »¹⁰ sa jurisprudence, dans l'arrêt *Keck et Mithouard*¹¹, au motif précisément que « les opérateurs économiques invoquent de plus en plus [l'article 34] du traité pour contester toute espèce de réglementations qui ont pour effet de limiter leur liberté commerciale, même si elles ne visent pas les produits en provenance d'autres États membres »¹².

Cet arrêt, qui visait à distinguer, d'une part, les réglementations liées aux caractéristiques du produit et, d'autre part, les modalités de vente, eut des conséquences pratiques importantes, déplaçant le débat sur la notion de modalités de vente.

Bien que la doctrine se soit longuement interrogée sur la portée réelle de l'arrêt *Keck et Mithouard* ainsi que sur son articulation avec les autres préceptes de la libre circulation des marchandises, et bien que la jurisprudence n'ait eu de cesse que de devoir préciser cette portée¹³, la situation demeura inchangée sur le plan des principes durant près de 18 ans.

⁶ En ce sens, C.J.C.E., 14 décembre 2004, *Radlberger Getränkegesellschaft et S. Spitz*, C-309/02, *Rec.*, 2004,

p. I-11763, pts 61 et 63 et C.J.C.E., 14 décembre 2004, *Commission c. Allemagne*, C-463/01, *Rec.*, 2004, p. I-11705, pt. 58. Sur la notion de discrimination, voy. M. FALLON & D. MARTIN, « Dessine-moi une discrimination ... », *J.D.E.*, 2010, p. 165.

⁷ En matière de libre circulation des marchandises, ces motifs sont prévus à l'article 36 TFUE. Il s'agit de la moralité publique, l'ordre public, la sécurité publique, la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux, de la préservation des végétaux, de la protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique et de la protection de la propriété industrielle et commerciale.

⁸ C.J.C.E., 20 février 1979, *Cassis de Dijon*, aff. 120/78, *op. cit.*, pt. 8.

⁹ R. JOLIET, « La libre circulation des marchandises : l'arrêt *Keck et Mithouard* et les nouvelles orientations de la jurisprudence », *J.T.D.E.*, 1994, p. 151.

¹⁰ S. WEATHERILL, « After Keck: some thoughts on how to clarify the clarification », *C.M.L. Rev.*, 1996, p. 885.

¹¹ C.J.C.E., 24 novembre 1993, *Keck et Mithouard*, aff. jtes. C-267/91 et C-268/91, *Rec.*, 1993, p. I-6097.

¹² *Ibid.*, pt. 14.

¹³ Voy. not. C.J.C.E., 20 juin 1996, *Semeraro Casa Uno e.a. c. Sindaco del Comune di Erbuso e.a.*, aff. jtes. C-418/93 à C-421/03, C-460/93 à C-464/93, C-9/94 à C-11/94, C-14/94, C-15/94, C-23/94 et C-332/94 *Rec.*, 1996, p. I-2975, pts. 17-24 ; C.J.C.E., 26 juin 1997, *Vereinigte Familienpress Zeitungsverlags- und vertriebs GmbH c. Bauer Verlag*, C-368/95, *Rec.*, 1997, p. I-3689 ; C.J.C.E., 9 juillet 1997, *Konsumentombudsmannen c. De Agostini et TV-Shop*, C-34/95, *Rec.*, 1997, p. I-3843 ; C.J.C.E., 13 janvier 2000, *TK-Heimdienst*, C-254/98, *Rec.*, 2000, p. I-151, pt. 29 ; C.J.C.E., 8 mars 2001, *Gourmet International Products*, C-405/98, *Rec.*, 2001, p. I-1795 ; C.J.C.E., 18 septembre 2003, *Tommaso Morellato c. Comune di Padova*, C-416/00, *Rec.*, 2003, p. I-9343 ; C.J.C.E., 11 décembre 2003, *Deutscher Apothekerverband* (dit « Doc Morris »), C-

Toutefois, en 2009, le débat fut relancé, à l'occasion de deux arrêts rendus par la Cour, composée en grande chambre, à savoir les arrêts *Commission contre Italie*¹⁴ (arrêt dit des « remorques italiennes ») et *Mickelsson et Roos*¹⁵ (arrêt dit des « jet-skis suédois »). À la suite de ces arrêts, de nombreux auteurs se sont interrogés sur un éventuel abandon de la jurisprudence *Keck et Mithouard*¹⁶.

Cette interprétation semble avoir été infirmée par les arrêts *Fachverband*¹⁷ du 30 avril 2009 et *Ker-Optika* du 2 décembre 2010¹⁸. Aussi, dans un premier temps, afin d'apprécier la réelle portée de ces trois arrêts majeurs, la présente contribution reviendra sur la portée de l'arrêt *Keck* tant actuelle que future (point II).

Dans un deuxième temps, la jurisprudence récente de la Cour, plus précisément les deux arrêts *Commission c. Italie* et *Mickelsson et Roos*, sera examinée (point III). Il s'agira de clarifier leur apport concret à la définition des MEERQ, au regard notamment de l'arrêt *Keck et Mithouard* et des développements réalisés à cet égard au point II.

Enfin, dans un troisième et dernier temps, le critère de l'accès au marché, qualifié précédemment de « *critère général suprême* » par Madame l'Avocat général STIX-HACKL¹⁹, sera analysé. Il s'agira, au regard de la jurisprudence récente de la Cour exposée au point III, d'apprécier si cette notion vient de connaître sa consécration. À cet égard, une tentative de synthèse sera réalisée et des perspectives d'évolution seront envisagées (point IV).

322/01, *Rec.*, 2003, p. I-4887, pt. 74 ; C.J.C.E., 14 septembre 2006, *Alfa Vita Vassilopoulos*, aff. jtes. C-158 et 159/04, *Rec.*, 2006, p. I-8135.

¹⁴ C.J.C.E., 10 février 2009, *Commission c. Italie*, C-110/05, *Rec.*, 2009, p. I-519. Voy. not. sur cet arrêt, A. RIGAUD, « Définition des mesures d'effet équivalent », *Europe*, 2009/4, comm. n°158, p. 20.

¹⁵ C.J.C.E., 4 juin 2009, *Mickelsson et Roos*, C-142/05, *Rec.*, 2009, p. I-4273.

¹⁶ C. BARNARD, « Trailing a new approach to free movement of goods ? », *Cambridge Law Journal*, 2009, p. 290 ; E. SPAVENTA, « Leaving Keck behind ? The free movement of goods after the ruling in *Commission v. Italy and Mickelsson and Roos* », *E.L.Rev.*, 2009, n° 34, p. 914 ; P. PECHO, « Good-Bye Keck? A Comment on the Remarkable Judgment in *Commission v. Italy* », *Legal Issues of Economic Integration*, 2009, p. 257. Certains auteurs ont toutefois davantage estimé que l'apport des arrêts en cause résidait « *moins dans une modification du droit positif que dans sa reformulation* » (A.-L. SIBONY & A. DEFOSSEZ, « Marché intérieur (marchandises, capitaux, établissement, services) », *R.T.D.Eur.*, 2010/1, p. 131).

¹⁷ C.J.C.E., 30 avril 2009, *Fachverband der Buch- und Medienwirtschaft*, C-531/07, *Rec.*, 2009, p. I-3717.

¹⁸ Voy. l'arrêt de la C.J.U.E., 2 décembre 2010, *Ker-Optika bt c. ANTSZ Dél-dunántúli Regionális Intézet*, C-108/09, non encore publié au *Rec.*

¹⁹ Conclusions de l'A.G. C. STIX-HACKL, présentées le 11 mars 2003, sous C.J.C.E., 11 décembre 2003, *Deutscher Apothekerverband*, C-322/01, *op. cit.*, pt. 74.

II. L'arrêt Keck et Mithouard : entre passé et avenir

A. Un revirement de jurisprudence inachevé ?

L'article 34 TFUE dispose que les restrictions quantitatives à l'importation ainsi que toutes mesures d'effet équivalent sont interdites entre les Etats membres. La notion de mesures d'effet équivalent détermine le type de mesures étatiques pouvant faire l'objet d'un contrôle juridictionnel par la Cour au regard de la libre circulation des marchandises. Il n'est, en effet, pas de l'objectif de cet article de permettre aux opérateurs économiques d'obtenir l'écartement de toute règle nationale qui affecterait de quelque façon que ce soit le commerce entre les Etats membres.

Afin de préciser ce que recouvre cette disposition, la Cour a examiné, ainsi qu'il a été rappelé ci-avant, la notion de MEERQ. Ainsi qu'il résulte de l'arrêt *Cassis de Dijon*, les réglementations nationales qui régissent les conditions relatives aux produits sont visées par le principe de libre circulation des marchandises. Dans l'arrêt *Torfaen*²⁰, premier épisode de la saga « *Sunday trading* »²¹, la Cour décida qu'une règle nationale imposant la fermeture des magasins le dimanche reflétait « *un choix de politique économique et sociale légitime* »²² pour laquelle il est néanmoins requis de vérifier que les effets restrictifs du commerce entre Etats membres n'excèdent pas les « *effets propres d'une réglementation du commerce* »²³. Elle confia le soin de vérifier cette condition au juge national, ce qui mena à une hétérogénéité d'appréciations dans les différents Etats membres. Dans cet arrêt, la Cour considère donc qu'une mesure de ce type, de nature socio-économique, est également susceptible de constituer une MEERQ et doit donc être examinée au regard de l'article 34 TFUE.

Une telle interprétation large des MEERQ sera ensuite circonscrite par la Cour, dans son arrêt *Keck et Mithouard*. La Cour va en effet exclure du champ d'application de l'article 34 TFUE les modalités de vente, en estimant que ne constitue pas une entrave à la libre circulation des marchandises « *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*

²⁰ C.J.C.E., 23 novembre 1989, *Torfaen Borough Council c. B & Q PLC*, aff. 145/88, *Rec.*, 1989, p. 3851.

²¹ Cette expression se réfère aux arrêts suivants : C.J.C.E., 23 novembre 1989, *Torfaen Borough Council c. B & Q PLC*, aff. 145/88, *Rec.*, 1989, p. 3851 ; C.J.C.E., 28 février 1991, *Union départementale des syndicats CGT de l'Aisne c. Conforama e.a.*, C-312, *Rec.*, 1991, p. I-997 ; C.J.C.E., 28 février 1991, *Procédure pénale contre André Marchandise e.a.*, C-332/89, *Rec.*, 1991, p. I-1027 et C.J.C.E., 16 décembre 1992, *Council of the City of Stoke-on-Trent et Norwich City Council c. B & Q Plc*, C-169/91, *Rec.*, 1992, p. I-6635.

²² C.J.C.E., 23 novembre 1989, *Torfaen Borough Council c. B & Q PLC*, aff. 145/88, *op. cit.*, pt. 13.

²³ *Ibid.*, pt. 15. Ce critère était également établi par l'article 3 de la Directive 70/50/CEE de la Commission, *op. cit.* Voy. à ce sujet A. MATTERA, « L'arrêt Keck ou l'obscurité d'une jurisprudence riche en principes contradictoires », *R.M.U.E.*, 1994/1, p. 117.

commercialisation des produits nationaux et de ceux en provenance d'autres États membres »²⁴.

Le champ d'application de l'article 34 TFUE est désormais doublement défini, d'une part, positivement par l'inclusion des mesures relatives aux caractéristiques liées aux produits, lesquelles peuvent constituer des MEERQ même si elles sont indistinctement applicables²⁵, et d'autre part négativement par l'exclusion des modalités de vente non-discriminatoires à l'égard des producteurs et de leurs produits.

	Caractéristiques liées aux produits	Modalités de vente
<i>Base jurisprudentielle :</i>	<i>Cassis de Dijon</i>	<i>Keck et Mithouard</i>
<i>Portée :</i>	<ul style="list-style-type: none"> - Dénomination²⁶ ; - Forme²⁷ ; - Dimension ; - Poids ; - Composition ; - Présentation ; - Etiquetage ; - Conditionnement²⁸ ; - Elimination (déchets)²⁹ ; - Etc. 	<ul style="list-style-type: none"> - Vente à perte³⁰ ; - Horaires d'ouverture³¹ ; - Publicité³² ; Méthodes de commercialisation (par ex. : vente à domicile³³) ; - Etc.
<i>Conséquence :</i>	Soumises à l'article 34 TFUE	Non soumises à l'article 34 TFUE sauf si discriminatoires

²⁴ C.J.C.E., 24 novembre 1993, *Keck et Mithouard*, aff. jtes. C-267/91 et C-268/91, *op. cit.*, pt. 16, nous soulignons.

²⁵ *Ibid.*, pt. 15.

²⁶ C.J.C.E., 12 mars 1987, *Commission c. Allemagne*, aff. 178/84, *Rec.*, 1987, p. 1227.

²⁷ C.J.C.E., 10 novembre 1982, *Rau*, C-261/81, *Rec.*, 1982, p. 3961.

²⁸ Conclusions de l'A.G. D. RUIZ-JARABO COLOMER, 6 mai 2004, présentées sous C.J.C.E., 6 décembre 2005, *Commission c. Allemagne*, C-463/01, *Rec.*, 2004, p. I-11705, pt. 62.

²⁹ C.J.C.E., 9 juillet 1992, *Commission c. Belgique*, C-2/90, *Rec.*, 1992, p. I-4431.

³⁰ C.J.C.E., 24 novembre 1993, *Keck et Mithouard*, aff. jtes. C-267/91 et C-268/91, *op. cit.*, pt. 12.

³¹ C.J.C.E., 2 juin 1994, *Tankstation 't Heukske*, aff. jtes. C-401/92 et C-402/92, *Rec.*, 1994, p. I-2199, pt. 13 ;

C.J.C.E., 2 juin 1994, *Punta Casa et PPV*, C-69/93 et C-258/93, *Rec.*, 1994, p. I-2355, pt. 15.

³² C.J.C.E., 15 décembre 1993, *Hünernmund*, C-292/92, *Rec.*, 1993, p. I-6787, pt. 21.

³³ C.J.C.E., 23 février 2006, *A-Punkt Schmuckhandel*, C-441/04, *Rec.*, 2006, p. I-2093, pt. 17.

Bien que cette approche, désormais plus restrictive – à la suite de l'arrêt *Keck et Mithouard* – ait permis d'éviter l'examen d'une série de règles nationales au regard de l'article 34 TFUE, il n'en reste pas moins que de nombreuses questions restent en suspens et que le contentieux en matière de liberté de circulation n'a pas été réduit de manière significative³⁴. En outre, le revirement de jurisprudence induit par l'arrêt *Keck et Mithouard* semble inachevé à plusieurs égards.

En effet, en premier lieu et dans le prolongement de la position adoptée par le Professeur GORMLEY³⁵, il apparaît que le vocable « modalités de vente » regroupe deux hypothèses bien distinctes à savoir, d'une part, les normes relatives à la réglementation de la vie socio-économique (par exemple, la fermeture des commerces le dimanche ; voy. *supra*) et, d'autre part, les modalités de vente *sensu stricto*.

En deuxième lieu, la notion de « modalités de vente » n'a fait l'objet, à l'inverse de la notion de MEERQ (voy. *supra*), d'aucune définition positive. La jurisprudence s'est donc efforcée d'en dessiner les contours, non sans difficultés³⁶. À cet égard, la notion de modalités de vente a été définie négativement en ce qu'une réglementation « *qui a pour effet de limiter la liberté commerciale des opérateurs économiques, sans porter sur les caractéristiques des produits visés eux-mêmes, concerne les modalités de vente* »³⁷.

En troisième lieu, les conditions en vertu desquelles une modalité de vente peut échapper au champ d'application de l'article 34 TFUE, à savoir qu'elles s'appliquent de manière non discriminatoire tant à l'égard des opérateurs (principe d'universalité) qu'à l'égard des produits eux-mêmes (principe de neutralité)³⁸, s'avèrent délicates à apprécier. Un examen au cas par cas s'avère donc nécessaire.

Ainsi, dans les arrêts *Gourmet*³⁹ et *De Agostini*⁴⁰, la Cour accueille favorablement l'argument selon lequel une prohibition intégrale de la publicité pour un produit, quelle que soit son origine, peut avoir une influence substantiellement différente pour les produits qui n'ont pas encore pénétré le marché, dès lors que les produits locaux sont, quant à eux, déjà connus des consommateurs. Dans une telle hypothèse, bien que la modalité de vente en cause soit *prima facie* universelle et neutre, il s'avère en réalité qu'elle établit une ligne de démarcation

³⁴ J.-S. BERGE & S. ROBIN-OLIVIER, *Droit européen*, 2^{ème} éd., coll. Themis, Paris, PUF, 2008, p. 135.

³⁵ L.W. GORMLEY, « Two years after *Keck* », *Fordham Int'l L.J.*, 1996, pp. 870-872.

³⁶ La jurisprudence intervenue à la suite de l'arrêt *Keck et Mithouard* fut notamment qualifiée, au regard des difficultés d'application, d'« impressionniste » (C. BARNARD, *Substantive Law of the EU*, Oxford, OUP, 2007, p. 165) et de « montagnes-russes » (par L.W. GORMLEY, « The Definition of Measures Having Equivalent Effect », in A. ARNULL *et al.* (éds.), *Continuity and Change in EU Law : essays in honour of Sir Francis Jacobs*, Oxford, OUP, 2008, p. 193). Pour une synthèse de ces difficultés, voy. les conclusions de l'A.G. M.P. MADURO, présentées le 30 mars 2006, sous C.J.C.E., 14 septembre 2006, *Alfa Vita Vassilopoulos*, *op. cit.*, pts. 24 à 52.

³⁷ C.J.C.E., 29 juin 1995, *Commission c. Grèce*, C-391/92, *Rec.*, 1995, p. I-1621, pt. 15.

³⁸ Conclusions de l'AG C. STIX-HACKL, présentées le 11 mars 2003, sous C.J.C.E., 11 décembre 2003, *Deutscher Apothekerverband*, C-322/01, *op. cit.*, pt. 59.

³⁹ C.J.C.E., 8 mars 2001, *Gourmet International Products*, C-405/98, *Rec.*, 2001, p. I-1795.

entre les produits qui sont déjà présents sur le marché et ceux qui n'y ont pas encore accédé (voy. *infra*), notamment au regard de l'acquisition d'une notoriété ou des habitudes de consommation.

Une application restreinte du principe de non-discrimination de la jurisprudence *Keck et Mithouard* peut ainsi avoir pour conséquence implicite de figer les marchés nationaux, dès lors que tout bien qui n'a pas accédé au marché avant l'adoption d'une restriction nationale à une modalité de vente, même neutre et universelle, sera *de facto* discriminé.

En quatrième lieu, la dichotomie établie, à la suite de l'arrêt *Keck et Mithouard*, entre conditions relatives aux produits et modalités de vente (voy. le schéma *supra*) n'épuise pas entièrement toutes les réglementations commerciales, certaines relevant d'une « zone grise »⁴¹, à l'instar des réglementations en matière de prix⁴². À l'inverse, d'autres réglementations apparaissent comme *a priori* susceptibles de relever des deux catégories précitées⁴³.

Il résulte de l'ensemble de ces considérations que, si le revirement opéré par *Keck et Mithouard* partait d'une intention louable voire nécessaire, le résultat s'est avéré insatisfaisant, dès lors que la portée de cette exclusion a été sujette à débat. La réforme entamée s'avère ainsi inachevée. Elle a toutefois semblé préfigurer certaines évolutions des principes relatifs à la libre circulation des marchandises (point B, ci-après).

B. Un modèle pour les règles relatives aux modalités d'utilisation des produits ?

Ainsi qu'il a été exposé ci-avant, les MEERQ et les modalités de vente n'épuisent pas intégralement la variété des mesures nationales qui peuvent s'appliquer à la libre circulation des marchandises.

Parmi les mesures qui échappent à l'une et l'autre de ces catégories, se retrouvent celles relatives aux modalités d'utilisation du produit en cause. Leur examen par la Cour a connu une certaine évolution.

⁴⁰ C.J.C.E., 9 juillet 1997, *De Agostini*, C-34/95, *op. cit.*

⁴¹ Voy. par ex. C.J.C.E., 14 septembre 2006, *Alfa Vita*, aff. jtes. C-158/04 et 159/04, *op. cit.*, portant sur la nécessité d'obtenir une licence pour la vente de pain surgelé précuit, laquelle ne constitue ni une règle liée au produit, ni une modalité de vente. Celle-ci a néanmoins été assimilée à une mesure relative aux caractéristiques liées aux produits.

⁴² M. CANDELA SORIANO, « Le Traité CE et la fixation des prix dans le secteur du livre », *R.D.U.E.*, 2000/2, p. 361.

⁴³ Voy. par exemple C.J.C.E., 6 juillet 1995, *Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln c. Mars*, C-470/93, *Rec.*, 1995, p. I-1923, pt. 25 ; C.J.C.E., 26 juin 1997, *Familiapress*, C-368/95, *op. cit.* et C.J.C.E., 14 décembre 2004, *Commission c. Allemagne*, C-463/01, *Rec.*, 2004, p. I-11705.

À l'origine, la Cour a qualifié de telles mesures de MEERQ. Ce fut le cas dans l'arrêt *Toolex Alpha*⁴⁴ où était en cause une mesure nationale interdisant l'usage industriel d'une substance chimique dangereuse (le trichloréthylène), sans qu'aucune référence aux modalités de vente ne soit réalisée par la Cour⁴⁵. Une approche identique a été suivie dans l'arrêt *Commission c. Portugal*⁴⁶, où était en cause une mesure nationale qui interdisait l'apposition de films teintés sur les vitres de véhicules.

Toutefois, à l'occasion du récent arrêt *Mickelsson et Roos*, la question s'est posée à nouveau avec une acuité particulière, au regard d'une réglementation suédoise qui limitait, pour des raisons tenant à la protection de l'environnement, l'utilisation de véhicules nautiques à moteur dans certains plans d'eaux. Bien qu'une telle interdiction pouvait être acceptée au regard de la directive 94/25/CE relative aux bateaux de plaisance⁴⁷, était-elle acceptable au regard de l'article 34 TFUE ?

Madame l'Avocat général KOKOTT va procéder en deux temps pour répondre à cette question. Elle constate, en premier lieu, que la réglementation nationale précitée limitant les endroits où les véhicules nautiques pouvaient être utilisés devait être qualifiée de MEERQ au sens de la formule *Dassonville*, dès lors que l'intérêt des consommateurs pour ces véhicules diminue, ce qui provoque un recul des ventes notamment de produits en provenance d'autres Etats membres⁴⁸. Toutefois, une telle conclusion aurait pour conséquence de qualifier de MEERQ toute réglementation limitant l'usage d'un produit, et s'en suivrait une recrudescence de recours, à l'instar de la période précédant l'adoption de l'arrêt *Keck et Mithouard*.

Aussi, en second lieu, Madame l'Avocat général KOKOTT propose-t-elle d'exclure les modalités d'utilisation du champ d'application de l'article 34 TFUE, appliquant ainsi un régime analogue à celui relatif aux modalités de vente⁴⁹.

S'en suivraient alors trois catégories, articulées de la sorte :

Amont (avant la mise sur le marché ou avant l'importation)	Aval (après la mise sur le marché ou après l'importation)	
Caractéristiques liées aux produits	Modalités de vente des produits	Modalités d'utilisation des produits

⁴⁴ C.J.C.E., 11 juillet 2000, *Toolex Alpha*, C-473/98, *Rec.*, 2000, p. I-5681.

⁴⁵ *Ibid.*, pts. 34-36.

⁴⁶ C.J.C.E., 10 avril 2008, *Commission c. Portugal*, C-265/06, *Rec.*, 2008, p. I-2245.

⁴⁷ Directive 94/25/CE du Parlement européen et du Conseil, du 16 juin 1994, concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres relatives aux bateaux de plaisance, *J.O.*, 30 juin 1994, L 164, p. 15.

⁴⁸ Conclusions de l'A.G. J. KOKOTT, présentées le 14 décembre 2006, sous C.J.C.E., 4 juin 2009, *Mickelsson et Roos*, C-142/05, *op. cit.*, pt. 41.

⁴⁹ *Ibid.*, pt. 47.

↓	↓
Soumises à l'article 34 TFUE	Non soumises à l'article 34 TFUE, sauf si discriminatoires

Une telle classification, bien qu'intéressante, s'avère *in fine* impraticable. En effet, de nombreuses critiques formulées à l'encontre de l'arrêt *Keck et Mithouard* et de la notion de modalités de vente (voy. *supra*) seraient également valables à l'encontre de la notion de modalités d'utilisation, au motif notamment de la filiation entre ces deux régimes (le second étant une application par analogie du premier). En outre, le recours à la notion de modalités d'utilisation viendrait compliquer davantage un système où les incertitudes se sont déjà avérées être légions.

Monsieur l'Avocat général BOT a d'ailleurs estimé, à cet égard, que la dichotomie créée par *Keck et Mithouard* était artificielle et que le fait même de procéder par catégories n'était pas viable en pratique. Il considère en effet que « *s'il est légitime de développer des présomptions quant aux effets sur le marché de différentes catégories de mesures, l'existence d'une restriction peut dépendre également d'autres facteurs, tels que le mode d'application de la réglementation en cause et ses effets concrets sur les échanges* »⁵⁰.

Le critère de l'accès au marché pourrait alors intervenir, d'une part, en encadrant l'ensemble des mesures relatives à la liberté de circulation (en ce compris, la « zone grise » – voy. *supra* – non couverte par les MEERQ et les modalités de vente) et, d'autre part, en visant les effets concrets sur les échanges, tel que le suggérait Monsieur l'Avocat général BOT.

C. L'accès au marché : critère d'avenir ?

L'application de la jurisprudence *Keck et Mithouard* s'avère assez complexe en pratique et nécessite bien souvent un examen au cas par cas. Bien que fastidieuse, cette étape se comprend dès lors que la portée de cet arrêt constitue une limitation au champ d'application de l'article 34 TFUE. Partant, elle doit recevoir une application stricte.

Dans le cadre de l'appréciation des mesures nationales aux fins de les qualifier de modalités de vente échappant au contrôle de l'article 34 TFUE, le « *critère décisif* »⁵¹ *in fine* s'avère non

⁵⁰ Conclusions de l'A.G. Y. BOT, présentées le 8 juillet 2008, sous C.J.C.E., 10 février 2009, *Commission c. Italie*, C-110/05, *op. cit.*, pts. 79-80, nous soulignons. Voy. également les conclusions de l'A.G. F. JACOBS, présentées le 24 novembre 1994, sous C.J.C.E., 9 février 1995, *Leclerc-Siplec c. TF1 et M6*, C-412/93, *Rec.*, 1995, p. I-179, pt. 38.

⁵¹ Conclusions de l'A.G. V. TRSTENJAK, présentées le 18 décembre 2008, sous C.J.C.E., 30 avril 2009, *Fachverband der Buch- und Medienwirtschaft, C-531/07, Rec.*, 2009, p. I-3713, note en bas de page n°13.

pas l'absence d'effet discriminatoire de la mesure en cause, mais bien l'aptitude de celle-ci à empêcher ou à entraver l'accès au marché des produits auxquels elle s'applique.

L'arrêt *Keck et Mithouard* précise en effet que, moyennant le respect des principes d'universalité et de neutralité (voy. *supra*), l'application de réglementations relatives « à la vente des produits en provenance d'un autre Etat membre et répondant aux règles édictées par cet Etat n'est pas de nature à empêcher leur accès au marché ou à le gêner davantage qu'elle ne gêne celui des produits nationaux »⁵².

Le critère de l'accès au marché pourrait dès lors utilement encadrer les modalités de vente. Il en résulterait une modification de l'approche classique relative aux modalités de vente, issue de l'arrêt *Keck et Mithouard*. Désormais, toute mesure qui entraverait ou empêcherait l'accès au marché national des produits importés constituerait une MEERQ au sens de l'article 34 TFUE⁵³.

L'examen de l'impact de la réglementation sur, d'une part, les produits nationaux et, d'autre part, les produits importés interviendrait alors pour apprécier si ces deux catégories de produits sont affectés à l'identique et, le cas échéant, pour justifier que la mesure en cause n'empêche pas l'accès au marché des produits d'autres Etats membres. Ainsi, les mesures n'ayant pas d'impact négatif plus important envers les produits importés et leurs producteurs qu'envers les produits nationaux n'entreraient donc toujours pas dans le champ d'application de l'article 34 TFUE.

Cette solution s'inscrit en outre dans le prolongement de la jurisprudence de la Cour qui, si elle s'est toujours référée au critère de l'accès au marché, ne fût-ce qu'à titre secondaire dans certains cas⁵⁴, lui a progressivement conféré une importance croissante⁵⁵, comme l'illustre notamment l'arrêt *Semeraro*⁵⁶ où la Cour exclut du champ d'application de l'article 34 TFUE une règle nationale concernant la fermeture des commerces de détail le dimanche et les jours fériés, au motif précisément qu'elle n'est pas de nature à empêcher ou à gêner davantage l'accès au marché.

⁵² C.J.C.E., 24 novembre 1993, *Keck et Mithouard*, aff. jtes. C-267/91 et C-268/91, *op. cit.*, pt. 17.

⁵³ Voy. en ce sens, P. PECHO, « Good-Bye Keck? A Comment on the Remarkable Judgment in *Commission v. Italy* », *Legal Issues of Economic Integration*, 2009, p. 257.

⁵⁴ C.J.C.E., 15 décembre 1993, *Hünermund*, C-292/92, *Rec.*, 1993, p. I-6787, pt. 21 et C.J.C.E., 9 février 1995, *Leclerc-Siplec*, C-412/93, *Rec.*, 1995, p. I-179.

⁵⁵ J. SNELL, « The Notion of Market Access: a Concept or a Slogan? », *C.M.L.Rev.*, 2010/2, p. 447.

⁵⁶ C.J.C.E., 20 juin 1996, *Semeraro Casa Uno e.a. c. Sindaco del Comune di Erbuso e.a.*, aff. jtes. C-418/93 à C-421/03, C-460/93 à C-464/93, C-9/94 à C-11/94, C-14/94, C-15/94, C-23/94 et C-332/94, *op. cit.*, pts. 17 à 24. Voy. également, en ce sens, C.J.C.E., 13 janvier 2000, *TK Heimdienst*, C-254/98, *op. cit.*, pt. 29 ; C.J.C.E., 18 septembre 2003, *Tommaso Morellato c. Comune di Padova*, C-416/00, *op. cit.*, pt. 31 ; C.J.C.E., 11 décembre 2003, *Deutscher Apothekerverband*, C-322/01, *op. cit.*, pt. 74 ; C.J.U.E., 2 décembre 2010, *Ker-Optika*, C-108/09, *op. cit.*, pt. 51. Notons qu'en outre, un pas nouveau a été franchi récemment en matière de services dans l'arrêt *Commission c. Italie* (honoraires minimaux), à l'occasion duquel la Cour considère que constitue une entrave à la libre circulation des services, la mesure qui prive « de la possibilité de pénétrer le marché de l'Etat membre d'accueil dans des conditions de concurrence normales et efficaces » (C.J.U.E., 29 mars 2011, *Commission c. Italie*, C-565/08, non encore publié au *Rec.*).

Il s'ensuivrait alors une simplification de l'examen des règles relatives à la libre circulation des marchandises, comme suit :

Amont (avant la mise sur le marché ou avant l'importation)	Aval (après la mise sur le marché ou après l'importation)
<p style="text-align: center;">Caractéristiques liées aux produits</p> <p>(Elles entravent l'accès au marché, même si elles sont indistinctement applicables)</p>	<p style="text-align: center;">Modalités de vente</p> <p>(Elles n'entravent normalement pas l'accès au marché. Toutefois, si elles ne sont pas indistinctement applicables, elles rendent alors l'accès au marché plus difficile, voire impossible, et sont donc discriminatoires <i>de facto</i>)</p>
<p style="text-align: center;">↓</p> <p style="text-align: center;">Soumises à l'article 34 TFUE</p>	<p style="text-align: center;">↓</p> <p style="text-align: center;">Non soumises à l'article 34 TFUE, sauf si discriminatoires</p>

III. Commission c. Italie & Mickelsson et Roos : deux arrêts, un choix cornélien

À la suite de cette première étape, se pose alors la question de savoir s'il serait envisageable de recourir au critère de l'accès au marché comme critère unique afin d'apprécier l'ensemble des mesures relatives à la libre circulation des marchandises. Une telle solution, préconisée par Monsieur l'Avocat général BOT, permettrait ainsi de qualifier de MEERQ toute mesure nationale qui « *empêche, gêne ou rend plus difficile l'accès au marché des produits originaires des autres Etats membres* »⁵⁷. Elle permettrait également d'opérer une convergence entre la libre circulation des marchandises et les autres libertés de circulation⁵⁸.

L'approche qu'allait adopter la Cour, dans ses arrêts *Commission c. Italie* et *Mickelsson et Roos*, était ainsi vivement attendue, compte tenu tout particulièrement des conclusions de Monsieur l'Avocat général BOT dans l'affaire *Commission c. Italie*, lesquelles peuvent être perçues comme une réponse aux conclusions précédemment rendues par l'Avocat général KOKOTT dans l'affaire *Mickelsson et Roos* (voy. *supra*). Et précisément, une modification de la

⁵⁷ Conclusions de l'A.G. Y. BOT, présentées le 8 juillet 2008, sous C.J.C.E., 10 février 2009, *Commission c. Italie*, C-110/05, *op. cit.*, pt. 111.

⁵⁸ *Ibid.*, pt. 83.

cartographie des MEERQ est intervenue, mais peut-être pas dans le sens attendu, certains ayant estimé que la Cour avait compliqué le système antérieur⁵⁹.

L'arrêt *Commission c. Italie* semble à cet égard essentiel (l'arrêt *Mickelsson et Roos* venant principalement le confirmer, sous les réserves qui seront précisées ci-après). Etait en cause, en l'espèce, la législation italienne qui interdisait aux motocycles de tirer des remorques. Les marchandises en question, à savoir précisément lesdites remorques, n'étaient pas interdites à la vente, mais l'utilisation des remorques conçues spécialement pour les motocycles s'en trouvait *de facto* annihilée, avec pour conséquence que l'intérêt des consommateurs à l'achat de celles-ci était réduit à néant. Une telle réglementation était-elle constitutive d'une MEERQ ?

Aux fins de son analyse, la Cour rappelle tout d'abord la formule *Dassonville*, à savoir que toute réglementation commerciale doit être considérée comme une MEERQ, si elle est susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement, le commerce entre les Etats membres⁶⁰.

Il en découle, selon la Cour, que l'article 34 TFUE « reflète l'obligation de respecter » les principes de non-discrimination, de reconnaissance mutuelle⁶¹ et d'assurer aux produits européens un libre accès aux marchés nationaux⁶².

La Cour procède ensuite à un rappel de sa jurisprudence relative aux MEERQ, d'une part, l'arrêt *Cassis de Dijon*, en vertu duquel constituent des MEERQ les règles relatives aux caractéristiques auxquelles doivent répondre ces marchandises, qui sont légalement fabriquées et commercialisées dans d'autres Etats membres, même si ces règles sont indistinctement applicables à tous les produits et, d'autre part, l'arrêt *Keck et Mithouard* qui pose en exception les dispositions nationales qui limitent ou interdisent certaines modalités de vente⁶³.

La Cour déduit alors de ces rappels de sa jurisprudence classique une nouvelle définition des MEERQ, lesquelles comprennent désormais : premièrement, « les mesures prises par un Etat membre qui ont pour objet ou pour effet de traiter moins favorablement des produits en

⁵⁹ H. VEDDER, « *Mickelsson & Roos* – Markttoegang en de Euro-Defence tot het uiterste opgerecht », *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht*, 2010, p. 1.

⁶⁰ C.J.C.E., 10 février 2009, *Commission c. Italie*, C-110/05, *op. cit.*, pt. 33.

⁶¹ Voy., à ce sujet, A. MATTERA, « La reconnaissance mutuelle : une valeur historique ancienne, un principe juridique intégrationniste, l'assise politique d'un modèle de société humaniste », *R.M.U.E.*, 2009/3, p. 385. Ce principe a fait l'objet de nombreux développements en matière de libre prestation des services. Voy. not., à cet égard, P. PELLEGRINO, « Réflexions autour du principe du pays d'origine », *R.D.U.E.*, 2010/3, p. 549 ; G. DAVIES, « Services, citizenship and the country of origin principle », *University of Edinburgh Mitchell Working Paper*, 2007, 2, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1007728, consulté le 27 août 2011 ; V. HATZOPOULOS, « Le principe communautaire d'équivalence et de reconnaissance mutuelle dans la libre prestation de services », *Cahiers juridiques du Collège d'Europe*, 2009/2, <http://www.coleurope.eu/template.asp?pagename=lawpapers>, consulté le 27 août 2011 ; et V. HATZOPOULOS, *Le principe communautaire d'équivalence et de reconnaissance mutuelle dans la libre prestation de services*, Bruxelles, Bruylant, 1999, 568 pp.

⁶² C.J.C.E., 10 février 2009, *Commission c. Italie*, C-110/05, *op. cit.*, pt. 34.

provenance d'autres États membres »⁶⁴, deuxièmement, « les entraves à la libre circulation des marchandises résultant, en l'absence d'harmonisation des législations nationales, de l'application à des marchandises en provenance d'autres États membres, où elles sont légalement fabriquées et commercialisées, de règles relatives aux conditions auxquelles doivent répondre ces marchandises, même si ces règles sont indistinctement applicables à tous les produits »⁶⁵ et, troisièmement, « toute autre mesure qui entrave l'accès au marché d'un État membre des produits originaires d'autres États membres »⁶⁶.

De cette nouvelle définition, la classification des MEERQ suivante peut être mise en exergue :

	Catégorie 1	Catégorie 2	Catégorie 3
Type d'entrave	Mesures qui traitent moins favorablement des produits en provenance d'autres États membres : <i>de jure</i> (« pour objet ») ou <i>de facto</i> (« pour effet »)	Mesures relatives aux « caractéristiques même des produits »	Catégorie résiduaire, visant « toute autre mesure » que celles : discriminatoires relatives aux caractéristiques des marchandises.
Critère applicable	Principe de non discrimination	Principe de reconnaissance mutuelle	Accès au marché
Jurisprudence applicable	<i>Keck et Mithouard</i>	<i>Cassis de Dijon</i>	<i>Commission c. Italie</i>

Au sein de cette nouvelle classification, l'exclusion des modalités de vente des MEERQ n'apparaît plus expressément. Faut-il y voir une prise de distance par rapport à la jurisprudence *Keck et Mithouard* ? Certains auteurs ont défendu cette position, estimant que les modalités de vente ne constitueraient plus une catégorie d'entrave à part entière⁶⁷. Ceci

⁶³ *Ibid.*, pts. 35 et 36.

⁶⁴ *Ibid.*, pt. 37.

⁶⁵ *Ibid.*, pt. 37 qui renvoie au pt. 35.

⁶⁶ *Ibid.*, pt. 37.

⁶⁷ En ce sens, voy. C. BARNARD, « Trailing a new approach to free movement of goods ? », *Cambridge Law Journal*, 2009, p. 290 ; C. BARNARD, *The substantive law of the EU: The Four Freedoms*, Oxford, OUP, 2010, p. 141 ; E. SPAVENTA, « Leaving Keck behind? The free movement of goods after the rulings in Commission v Italy and Mickelsson and Roos », *E.L.Rev.*, 2009, p. 914, spéc. pp. 921-923 ; N. FENGER, « Article 28 EC

serait confirmé, selon eux, par l'arrêt *Mickelsson et Roos*, s'inscrivant dans le prolongement de l'arrêt *Commission c. Italie*, qui ne fait nullement référence à l'arrêt *Keck et Mithouard* alors qu'il adopte la nouvelle classification des MEERQ⁶⁸.

Cette assertion ne semble toutefois pas pouvoir être suivie pour plusieurs raisons.

En premier lieu, un argument de texte peut être avancé. La nouvelle définition des MEERQ retenue par la Cour constitue une conclusion (en référence aux termes « par conséquent » au point 37 de l'arrêt *Commission c. Italie*) des rappels jurisprudentiels effectués dans les points qui l'ont précédé (points 33 à 36 de l'arrêt *Commission c. Italie*), lesquels se réfèrent à l'arrêt *Keck et Mithouard*. Il faut donc en déduire que ce dernier arrêt a contribué à façonner la nouvelle classification des MEERQ.

En second lieu, deux arrêts ultérieurs à cette nouvelle classification se réfèrent explicitement à la jurisprudence *Keck et Mithouard*. Dans son premier arrêt *Fachverband*⁶⁹, la Cour a eu l'occasion d'apprécier l'interdiction de fixer le prix de vente de livres en dessous du prix fixé ou conseillé par l'éditeur de l'Etat d'édition. La Cour qualifie cette mesure de modalité de vente, mais elle la fait entrer dans le champ d'application de l'article 34 TFUE en la considérant en tant que mesure directement discriminatoire.

Plus évident encore, est l'arrêt *Ker-Optika* qui, tout en reprenant les trois catégories de la nouvelle classification, a indiqué que certaines modalités de vente pouvaient échapper au champ d'application de l'article 34 TFUE, lorsqu'elles sont non-discriminatoires tant à l'égard du producteur que du produit, soit lorsque les deux conditions établies par le point 16 de *Keck et Mithouard* sont remplies. En outre, l'arrêt *Ker-Optika* a précisé explicitement que les règles relatives aux modalités de vente applicables uniquement à des produits provenant d'un autre Etat membre et répondant aux règles édictées par cet Etat étaient de nature à empêcher leur accès au marché⁷⁰. Ainsi, outre une confirmation de la pérennité de la jurisprudence *Keck et Mithouard* dans le contexte de la nouvelle catégorisation des entraves, l'arrêt *Ker-Optika* semble l'intégrer dans la troisième catégorie relative à « toute autre mesure » entravant l'accès au marché⁷¹.

and restrictions on the use of a legally marketed product », *European Law Reporter*, 2009, p. 333 ; P. PECHO, « Good-Bye Keck? A Comment on the Remarkable Judgment in *Commission v. Italy* », *op. cit.*, p. 257.

⁶⁸ C.J.C.E., 4 juin 2009, *Mickelsson et Roos*, C-142/05, *op. cit.*, pt. 24.

⁶⁹ C.J.C.E., 30 avril 2009, *Fachverband der Buch- und Medienwirtschaft*, C-531/07, *op. cit.*, pts. 21-22.

⁷⁰ C.J.U.E., 2 décembre 2010, *Ker-Optika bt c. ANTSZ Dél-dunántúli Regionális Intézet*, C-108/09, *op. cit.*, pt. 51.

⁷¹ En ce sens, N. DE SADELEER, « De l'ophtalmologue à l'opticien : la réglementation de la vente en ligne des lentilles de contact au regard de la libre circulation des marchandises », *R.E.D.C.*, 2011/2, p. 437. Par ailleurs, certains auteurs ont émis la possibilité d'une interprétation « révolutionnaire » qui condamnerait la présomption de légalité des modalités de vente, mais sans être néanmoins convaincus par sa réalité. (N. RENUY & E. VAN NIEUWENHUYZE, « Arrêt « *Ker-Optika* » : nouvelle étape dans la jurisprudence sur la libre circulation des marchandises », *J.D.E.*, 2011/2, p. 36).

Cette intégration des modalités de vente au sein de la troisième catégorie de l'accès au marché rejoint l'examen réalisé précédemment dans cette contribution.

En effet, ainsi qu'il a été exposé, le critère de l'accès au marché permettrait d'englober l'ensemble des modalités relatives aux produits (modalités de vente et d'utilisation, voy. *supra*). Partant, les réglementations nationales établissant des modalités de vente, au sens de l'arrêt *Keck et Mithouard*, s'insèreraient dans la catégorie plus large de l'accès au marché, laquelle comprendrait également la catégorie des modalités d'utilisation des produits.

En outre, la doctrine a cru bon de préciser que « *des mesures relatives aux modalités de vente et qui ne remplissent pas les critères traditionnels de la jurisprudence Keck (application à tous les opérateurs concernés, affectation égale des produits nationaux et importés) seront toujours considérées comme mesures d'effet équivalent. Mais elles sont en quelque sorte englobées soit dans la catégorie 1, soit dans la catégorie 3, catégorie plus vaste des mesures qui entravent l'accès d'un marché national* »⁷².

La nouvelle classification des MEERQ, telle qu'exposée et précisée, emporte toutefois, dans son sillage, diverses questions. En effet, s'agit-il d'un aboutissement ou seulement d'une étape s'inscrivant dans une modification plus substantielle de la notion de MEERQ en matière de libre circulation des marchandises ? En d'autres termes, le critère de l'accès au marché, qui a fait son apparition en tant que tel, est-il appelé à prendre davantage d'importance dans les années à venir ou demeurera-t-il le vœu pieux d'une partie de la doctrine ?

À cet égard, dans le chapitre suivant, il sera examiné si un rapprochement peut être réalisé entre les principes de reconnaissance mutuelle et de non-discrimination, d'une part, et le critère d'accès au marché, d'autre part, ainsi que les éventuelles difficultés que ce rapprochement pourrait susciter.

⁷² J.-P. KEPENNE, « La libre circulation des marchandises (Septembre 2008 – Août 2009) », *J.D.E.*, 2009, p. 280.

IV. Le critère de l'accès au marché : much ado about nothing ?

A. Convergences au regard de la nouvelle cartographie des MEERQ

1. Le critère de l'accès au marché et le principe de reconnaissance mutuelle

La commercialisation de marchandises peut se heurter à des réglementations nationales qui, dès lors qu'elles sont indistinctement applicables, c'est-à-dire qu'elles visent tant les produits nationaux que ceux provenant des autres Etats membres, peuvent s'avérer plus lourdes, dans la mesure où les opérateurs économiques seraient contraints d'adapter leurs produits aux exigences de l'Etat membre de destination.

La Cour impose donc aux États membres de prendre en considération les obligations légales (et administratives) auxquelles les producteurs ont déjà dû répondre dans leur État d'origine, en ce qui concerne principalement les caractéristiques des produits (relatives notamment à leur sécurité et à la protection des consommateurs). Soumettre ces produits à un second contrôle dans l'Etat membre de destination reviendrait en effet à leur faire supporter de manière injustifiée une double charge de conformité réglementaire⁷³.

Ce mécanisme, qui est qualifié de principe de reconnaissance mutuelle, implique donc que, à défaut d'harmonisation au niveau européen, chaque État membre doit accepter sur son territoire les produits légalement fabriqués et commercialisés sur le territoire d'un autre État membre de l'Union, à condition que la protection assurée dans l'Etat membre d'origine soit identique ou équivalente à celle de l'Etat membre de destination⁷⁴.

L'un des motifs prévus à l'article 36 TFUE (moralité publique, ordre public, sécurité publique, santé publique, etc.) ou une exigence impérative d'intérêt général (protection des consommateurs, etc.) permettra de justifier valablement l'absence d'équivalence à condition que la mesure en cause respecte les principes de nécessité et de proportionnalité⁷⁵.

La volonté sous-jacente au principe de reconnaissance mutuelle est précisément de ne pas rendre l'accès à un marché, autre que celui où la marchandise a été mise en circulation, plus

⁷³ Voy., par exemple, C.J.C.E., 13 mars 2008, *Commission c. Belgique*, C-227/06, non publié au *Rec.*, pt. 52.

⁷⁴ Voy., sur cette notion, la Communication interprétative de la Commission – Faciliter l'accès des produits au marché d'un autre État membre : l'application pratique de la reconnaissance mutuelle, *J.O.U.E.*, 4 novembre 2003, C 265, p. 2.

⁷⁵ « L'application des principes dégagés par la Cour implique qu'un État membre ne saurait en principe interdire la vente sur son territoire d'un produit légalement fabriqué et commercialisé dans un autre État membre, même si ce produit est fabriqué selon des prescriptions techniques ou qualitatives différentes de celles imposées à ses propres produits. En effet, dans la mesure où le produit en cause répond 'de façon convenable et satisfaisante' à l'objectif légitime visé par sa réglementation (sécurité, protection du consommateur, environnement, etc.), l'État membre importateur ne saurait, pour justifier l'interdiction de vente sur son territoire, invoquer le fait que les moyens utilisés pour atteindre cet objectif sont différents de ceux imposés aux produits nationaux » (Communication de la Commission sur les suites de l'arrêt rendu par la Cour de justice des Communautés européennes, le 20 février 1979, dans l'affaire 120-78 (Cassis de Dijon), *J.O.*, 3 octobre 1980, C 256, p. 2 et 3). Voy. également la Résolution du Conseil du 28 octobre 1999 sur la reconnaissance mutuelle, *J.O.*, 19 mai 2000, C 141, pp. 5 et 6.

difficile, en imposant des critères additionnels superflus au regard de la finalité d'intérêt général visée.

Le lien entre reconnaissance mutuelle et accès au marché se tisse ainsi de manière logique. La Cour l'a d'ailleurs, elle-même, reconnu dans son arrêt *Sandoz* en énonçant que « *l'objectif poursuivi par la libre circulation des marchandises consiste précisément à assurer aux produits des différents États membres l'accès de marchés sur lesquels ils n'étaient pas précédemment représentés* »⁷⁶.

Or, le critère de l'accès au marché, tel qu'il résulte actuellement de la jurisprudence la Cour constitue une catégorie résiduaire, à savoir qu'il vise « *toute autre mesure* » que, notamment, celles relatives aux caractéristiques des marchandises.

Monsieur l'Avocat général MAZAK l'a d'ailleurs rappelé dans des conclusions, postérieures à l'arrêt *Commission c. Italie*, relatives à des clauses de reconnaissance mutuelle en matière d'auxiliaires technologiques et de denrées alimentaires : « *l'article [34 TFUE] reflète l'obligation de respecter les principes de non-discrimination et de reconnaissance mutuelle des produits légalement fabriqués et commercialisés dans d'autres États membres, ainsi que celle d'assurer aux produits communautaires un libre accès aux marchés nationaux. Il en résulte qu'une clause de reconnaissance mutuelle constitue un des moyens pour satisfaire l'obligation découlant de l'article [34 TFUE]* »⁷⁷.

Comment concilier ces deux approches *a priori* antagonistes ?

Il serait envisageable de recourir au critère de l'accès au marché comme condition générale d'examen des entraves. Le respect de ce critère pourrait alors être apprécié à deux moments distincts, à savoir, d'une part, avant la mise sur le marché ou avant l'importation de la marchandise et, d'autre part, après sa mise sur le marché ou après son importation. En résulterait alors la classification suivante :

Accès au marché	
Amont (avant la mise sur le marché ou avant l'importation)	Aval (après la mise sur le marché ou après l'importation)
Caractéristiques liées aux produits	Modalités de vente et d'utilisation des produits
Reconnaissance mutuelle	Difficultés ou impossibilité d'accès au marché

⁷⁶ C.J.C.E., 14 juillet 1983, *Sandoz*, aff. 174/82, *Rec.*, 1983, p. 2445, pt. 26.

⁷⁷ Conclusions de l'A.G. J. MAZAK présentées le 8 septembre 2009, sous C.J.U.E., 28 janvier 2010, *Commission c. France*, C-333/08, *Rec.*, 2010, p. I-757, pt. 60.

Une telle analyse semble rejoindre certains arguments qui avaient été développés avant l'arrêt *Commission c. Italie*. En effet, il avait été envisagé, d'une part, l'existence d'une présomption d'entrave s'agissant des mesures relatives aux caractéristiques du produit et, d'autre part, une présomption d'absence d'entrave s'agissant des modalités de vente, sur la base d'une distinction entre l'entrave résultant des conditions d'entrée sur le marché, intervenant en amont, et l'entrave résultant des conditions d'exercice de la liberté de circulation après que le produit soit entré sur le marché, prenant place en aval⁷⁸.

Dans ce cadre, T. HORSLEY plaidait pour une application du principe de reconnaissance mutuelle au stade de l'entrée sur le marché, et de la non-discrimination une fois le produit présent sur le marché. Un tel raisonnement se justifie *a priori* parfaitement, puisque les libertés fondamentales ont vocation à garantir la liberté de mouvement, mais une fois ce mouvement accompli, les règles nationales restent entièrement applicables sur le territoire national⁷⁹.

Toutefois, en premier lieu, il semble que la Cour ne suive pas une telle distinction formaliste entre ces deux étapes de l'accès au marché⁸⁰. Ceci peut se comprendre dès lors que, en pratique, les conditions du marché constituent parfois elles-mêmes un obstacle à l'entrée sur celui-ci, puisque des conditions de marché excessivement rudes sont susceptibles de dissuader tout autant qu'un obstacle à l'entrée.

En second lieu, une telle interprétation semble désormais difficilement conciliable avec l'arrêt *Commission c. Italie*, puisque la présomption d'absence d'entrave s'agissant des règles intervenant en aval ne s'applique pas aux mesures relatives aux modalités d'utilisation des produits, alors que tel est pourtant le cas s'agissant des mesures relatives aux modalités de vente, conformément à l'arrêt *Keck et Mithouard*.

⁷⁸ En ce sens, les conclusions de l'A.G. FENNELLY présentées le 16 septembre 1999, sous C.J.C.E., 27 janvier 2000, *Graf*, C-190/98, *Rec.*, 2000, p. I-493, pts. 28 à 31. Il y qualifie de « *restrictions formelles* », les conditions dont le non-respect constitue une barrière absolue à l'entrée sur le marché, et de « *restrictions matérielles* », les obstacles neutres découlant de la législation nationale. D'autres auteurs, parmi lesquels J. SNELL, ont recours aux qualifications d'entraves « *directes* » et « *indirectes* », à ne pas confondre avec les discriminations « *directes* » et « *indirectes* » (J. SNELL, « The Notion of Market Access: a Concept or a Slogan? », *op. cit.*, not. p. 467). Afin d'éviter tout risque de confusion, nous préférons la distinction entre l'entrave intervenant en amont et l'entrave intervenant en aval.

⁷⁹ T. HORSLEY, « Anyone for *Keck*? », *C.M.L.Rev.*, 2009/3, p. 2017.

⁸⁰ C.J.C.E., 15 septembre 2005, *Commission c. Danemark*, C-464/02, *Rec.*, 2005, I-7929, pt. 37. *Voy.*, en ce sens, J. SNELL, « The Notion of Market Access: a Concept or a Slogan? », *op. cit.*, p. 446. En ce sens également,

C. BARNARD, « Fitting the Remaining Pieces into the Goods and Persons Jigsaw? », *E.L.R.*, 2001, p. 59 ; E. SPAVENTA, « From *Gebhard* to *Carpenter*: Towards a (Non-)Economic European Constitution », *C.M.L.Rev.*, 2004/3, pp. 759-764.

2. Le critère de l'accès au marché et le principe de non-discrimination

Le principe de non-discrimination a souvent été considéré comme un obstacle à une intégration européenne plus poussée⁸¹. La tentation fut dès lors grande, au sein de la doctrine, d'en minimiser l'impact⁸².

Toutefois, au regard de l'arrêt *Commission c. Italie*, il semble peu probable que la qualification de la mesure en tant que discriminatoire ou non-discriminatoire puisse devenir totalement superflue : d'une part, l'existence d'une discrimination reste un élément fondamental d'appréciation au stade de la qualification de la mesure en MEERQ et, d'autre part, l'examen du caractère discriminatoire interviendrait toujours lors de la vérification de la justification de la mesure⁸³.

Or, l'intérêt inhérent à l'adoption de l'accès au marché comme critère unique réside justement dans le gain de simplicité résultant du fait de ne plus devoir appliquer un examen en deux étapes pour déterminer si une mesure est susceptible de constituer une MEERQ⁸⁴.

À cet égard, le critère de l'accès au marché envisagé comme encadrant tout type d'entrave tant au marché géographique qu'économique, tant à l'entrée qu'une fois sur le marché, permet en effet de couvrir tant les caractéristiques liées aux produits, que les modalités de vente ou tout autre type de mesures. Le grand avantage est que le « *filtrage* » ne s'opère plus via l'objet visé par la mesure, mais via l'effet de la mesure sur la possibilité pour les acteurs économiques d'user de leurs libertés⁸⁵. Ainsi, si la mesure affecte de manière plus importante les produits importés, elle sera, en tout état de cause, considérée comme une MEERQ, à moins d'être justifiée. Si tel n'est pas le cas, il y aura alors lieu d'examiner la mesure plus en avant au regard du critère plus large de l'accès au marché.

Pratiquement, afin d'apprécier une telle convergence, il convient de rappeler que, dans le cadre de l'arrêt *Commission c. Italie*, les mesures discriminatoires sont couvertes par la première catégorie d'entraves (« *mesures ayant pour objet ou pour effet de traiter moins favorablement* »). Se retrouveraient notamment dans cette catégorie, les mesures telles que

⁸¹ En faveur de la défense du principe de non-discrimination, voy. G. DAVIES, *Nationality Discrimination in the European Internal Market*, The Hague, Kluwer, 2003, pp. 93-114.

⁸² L. PRETE, « Of Motorcycle Trailers and Personal Watercrafts: the Battle over *Keck* », *Legal Issues of Economic Integration*, 2008, p. 133, spéc. pp. 152-154.

⁸³ En ce sens, C. BARNARD, « Fitting the Remaining Pieces into the Goods and Persons Jigsaw? », *op. cit.*, p. 59. Relevons toutefois que la Cour a précisément rappelé, dans un arrêt du 18 novembre 2010, postérieur à la nouvelle classification, qu'une mesure nationale qui constitue une entrave pouvait être, le cas échéant, justifiée par l'une des exceptions énumérées à l'article 36 TFUE ou par des exigences impératives d'intérêt général (C.J.U.E., 18 novembre 2010, *Lahousse et Lavichy*, C-142-09, non encore publié au *Rec.*, pt. 44), et ce, sans opérer de distinction selon le type d'entrave en cause.

⁸⁴ C. BARNARD, « Fitting the Remaining Pieces into the Goods and Persons Jigsaw? », *op. cit.*, p. 59.

⁸⁵ Principal argument invoqué par l'A.G. BOT au soutien de l'adoption générale du critère de l'accès au marché, dans ses conclusions sous C.J.C.E., 10 février 2009, *Commission c. Italie*, *op. cit.*, pt. 109. Par ailleurs, une telle approche semble émerger dans d'autres pans du droit, tel que le droit de la concurrence,

celle de l'arrêt *Gourmet*, qui concernait une discrimination *de facto* fondée sur l'accès au marché. Les mesures non-discriminatoires (*de jure* ou *de facto*) subiraient, quant à elles, le test de « l'entrave à l'accès au marché ». Encore convient-il de rappeler à cet égard que, selon la jurisprudence *Keck et Mithouard* applicable aux modalités de vente, les mesures qui ne créent pas de discrimination *de facto* ne sont pas à considérer comme « entravant l'accès au marché » de façon à entrer dans le champ d'application de l'article 34 TFUE. Au regard des liens qui unissent les régimes applicables respectivement aux modalités de vente et aux modalités d'utilisation (voy. *supra*), une présomption identique aurait pu également intervenir pour ces dernières.

Toutefois, dans les arrêts *Commission c. Italie* et *Mickelsson et Roos*, la Cour ne se réfère pas au principe de non-discrimination pour lui préférer une acception large de l'affectation de l'accès au marché fondée sur l'influence sur le comportement du consommateur⁸⁶. Alors que dans les arrêts *Gourmet*⁸⁷ et *Doc Morris*⁸⁸, la Cour ne prend en considération l'accès au marché que lorsque celui-ci est davantage gêné dans le cas des produits importés que des produits nationaux, dans les arrêts *Commission c. Italie* et *Mickelsson et Roos*, la Cour estime en effet que l'interdiction ou la limitation de l'utilisation du produit suffit à conclure à l'existence d'une entrave à l'accès au marché.

B. Tentative de synthèse

1. Prospectives

À ce stade, considérant que l'accès au marché pourrait converger vers les principes de reconnaissance mutuelle et de non-discrimination mis en exergue par l'arrêt *Commission c. Italie*, et pourrait être perçu comme chapeautant ces derniers, il convient de s'interroger sur la justification d'un examen différencié de la notion d'entrave à l'accès au marché selon la catégorie dont relève la mesure en cause.

i. Synthèse opérée par les arrêts Commission c. Italie et Mickelsson et Roos

Ainsi qu'il a été exposé précédemment, dans les arrêts *Commission c. Italie* et *Mickelsson et Roos*, la Cour n'opère aucun détour par les notions de « mesures indistinctement applicables » ou de discrimination. Dans l'arrêt *Commission c. Italie*, elle énonce tout d'abord que les mesures relatives aux **caractéristiques des produits** constituent des entraves à l'accès au marché même lorsque celles-ci sont indistinctement applicables⁸⁹. Ce faisant, elle

voy. notamment les conclusions de M. l'A.G. P. MENGOZZI, présentées le 24 mai 2011, sous C.J.U.E., *Post Danmark*, C-209/10, en cours, pt. 95.

⁸⁶ C.J.C.E., 10 février 2009, *Commission c. Italie*, C-110/05, *op. cit.*, pt. 56 et C.J.C.E., 4 juin 2009, *Mickelsson et Roos*, C-142/05, *op. cit.*, pt. 26.

⁸⁷ C.J.C.E., 8 mars 2001, *Gourmet International Products*, C-405/98, *op. cit.*, pt. 21.

⁸⁸ C.J.C.E., 11 décembre 2003, *Deutscher Apothekerverband*, C-322/01, *op. cit.*, pt. 72.

⁸⁹ C.J.C.E., 10 février 2009, *Commission c. Italie*, C-110/05, *op. cit.*, pt. 35.

rappelle sa jurisprudence *Cassis de Dijon* et la présomption d'entrave qui en découle à l'égard de ce type de mesures⁹⁰.

Conformément à sa jurisprudence *Keck et Mithouard*, elle rappelle ensuite que les mesures non discriminatoires (*de jure* ou *de facto*) relatives aux **modalités de vente** sont, quant à elles, visées par une présomption d'absence d'entrave, à condition qu'elles soient neutres et universelles⁹¹.

La Cour examine, enfin, les mesures relatives à **l'utilisation des produits** au regard de l'effet de celles-ci sur l'accès des produits en cause au marché. La Cour considère à cet égard qu'une mesure interdisant ou limitant l'utilisation d'un produit sur le territoire d'un État membre peut avoir « *une influence considérable sur le comportement des consommateurs* », lequel affectera alors, à son tour, l'accès de ce produit au marché de cet État membre⁹². En l'occurrence, dans les affaires précitées, cette influence consiste à supprimer pratiquement tout intérêt pour les consommateurs à l'achat de ces produits (*Commission c. Italie*)⁹³ ou à réduire cet intérêt de manière significative (*Mickelsson et Roos*)⁹⁴. Une telle approche, fondée sur l'effet de la mesure en cause, s'apparente à un raisonnement au cas par cas qui, il est vrai, ménage une marge d'appréciation importante à la Cour, laissant place, par ailleurs, à d'éventuels arguments économiques.

Dans les points subséquents, nous examinerons si cette approche peut se fondre dans la dichotomie identifiée précédemment entre l'entrave intervenant en amont et celle intervenant en aval (voy. *supra*) et, par ce biais, nous proposerons quelques hypothèses d'explication de la nouvelle cartographie de MEERQ issue des arrêts *Commission c. Italie* et *Mickelsson et Roos*. Nous dégagerons enfin quelques pistes de réflexions quant aux évolutions envisageables.

ii. Interdiction d'utilisation des produits et entrave intervenant en amont

L'interdiction totale d'utiliser une remorque avec un motocycle, telle qu'en cause dans l'arrêt *Commission c. Italie*, a pour effet de réduire à néant le marché italien potentiel pour les remorques conçues spécifiquement pour ce type de véhicule. En se fondant toujours sur un raisonnement centré sur l'effet, le même résultat serait atteint par une mesure relative aux caractéristiques liées aux produits, puisque le produit non conforme à ces caractéristiques se retrouverait *de facto* exclu du marché. En ce sens, l'interdiction totale d'utilisation pourrait être

⁹⁰ Voy. également en ce sens, C. BARNARD, *The substantive law of the EU: The Four Freedoms*, *op. cit.*, pp. 155-156.

⁹¹ C.J.C.E., 10 février 2009, *Commission c. Italie*, C-110/05, *op. cit.*, pt. 36

⁹² *Ibid.*, pt. 56 et C.J.C.E., 4 juin 2009, *Mickelsson et Roos*, C-142/05, *op. cit.*, pt. 26.

⁹³ C.J.C.E., 10 février 2009, *Commission c. Italie*, C-110/05, *op. cit.*, pt. 57.

⁹⁴ C.J.C.E., 4 juin 2009, *Mickelsson et Roos*, C-142/05, *op. cit.*, pt. 27.

rapprochée de l'entrave en amont, et donc des mesures relatives aux caractéristiques liées aux produits.

En matière de caractéristiques liées aux produits, la Cour justifie sa présomption d'entrave sur la base de la double charge réglementaire (voy. *supra*). Est-il possible de considérer que tel aurait également pu être le cas des mesures en cause dans l'arrêt *Commission c. Italie* ?

L'Italie invoque en effet à l'appui de sa mesure l'impératif de sécurité routière. Cet impératif est-il suffisamment assuré par les mesures prises dans l'Etat membre d'origine du bien ? Une réponse positive reviendrait à considérer que l'Etat membre d'origine a pris les mesures nécessaires pour assurer la sécurité routière liée à l'utilisation de ce produit sur le territoire national comme ailleurs.

Or, si l'utilisation de telles remorques n'est probablement pas plus dangereuse sur les routes italiennes que sur les routes d'un autre Etat membre, il n'en demeure pas moins que les règles de sécurité routière font l'objet de divergences importantes au sein des Etats membres.

En outre, alors que les règles relatives aux caractéristiques liées au produit « suivent » celui-ci une fois mis sur le marché dans l'Etat membre de destination, tel n'est pas le cas des mesures relatives à son utilisation, puisque, dans ce cas, l'Etat membre de destination ne dispose d'aucun moyen de contrôle sur l'utilisation faite au-delà des limites de son territoire.

Enfin, compte tenu de la réduction radicale de l'autonomie réglementaire des Etats membres qui en découlerait, il semble peu raisonnable d'assimiler les mesures relatives aux modalités d'utilisation et celles liées aux caractéristiques du produit, quant à l'appréciation de la double charge réglementaire.

Cette différence peut être avancée pour expliquer l'absence de présomption d'entrave à l'encontre des mesures relatives à l'utilisation du produit. Force est de constater que la présomption d'entrave appliquée par la Cour aux mesures indistinctement applicables liées aux caractéristiques du produit (la jurisprudence *Cassis de Dijon*) semble devoir, à cet égard, se concevoir davantage comme le cas particulier plutôt que comme le principe général en matière de libre circulation des marchandises⁹⁵.

⁹⁵ G. DAVIES, « Understanding Market Access », *German Law Journal*, 2010/8, pp. 702-703. Sur la base d'une lecture de la jurisprudence de la Cour par le prisme de la sélectivité, cet auteur estime que l'arrêt *Cassis de Dijon* constitue une dérogation limitée à l'égalité de marché entre produits nationaux et ceux provenant d'autres Etats membres.

iii. Limitation d'utilisation des produits et entrave intervenant en aval

La mesure en cause dans l'arrêt *Mickelsson et Roos* se rapproche des mesures relatives aux modalités de vente des produits. L'utilisation des jets-skis n'est en effet pas interdite, comme tel était le cas dans l'arrêt *Commission c. Italie* pour les remorques, mais elle est soumise à des limitations. L'entrée sur le marché n'est donc pas rendue totalement impossible, mais – comme pour les modalités de vente – c'est seulement lorsque le produit a été placé sur le marché qu'il subit des restrictions. Il est donc permis de considérer, tant en ce qui concerne la limitation d'utilisation des produits qu'en ce qui concerne les modalités de vente, que l'entrave intervient en aval de la mise sur le marché.

Toutefois, malgré cette similitude, les modalités de vente non-discriminatoires font l'objet, conformément à la jurisprudence *Keck*, d'une présomption d'absence d'entrave, alors que tel n'est pas le cas des mesures relatives à l'utilisation du produit. Ce traitement différencié opéré quant à la présomption d'absence d'entrave reconnue à l'égard des modalités de vente et non des modalités d'utilisation des produits trouve difficilement à s'expliquer (voy. *infra*).

En revanche, dans aucune de ces deux dernières hypothèses, il ne paraît pouvoir être question de double charge réglementaire, ni donc de présomption d'entrave telle que celle qui résulte de l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux mesures liées aux caractéristiques du produit. En effet, en ce qui concerne la limitation de l'utilisation des jets-skis en cause dans l'arrêt *Mickelsson et Roos*, l'analyse développée au point précédent (s'agissant de l'interdiction d'utilisation des remorques) peut être appliquée *mutatis mutandis*. Ce même raisonnement nous semble également valable en matière de modalités de vente. Il en résulterait une assimilation de ces deux types de mesures, à l'instar de ce que proposait l'Avocat général KOKOTT dans ses conclusions rendues dans l'affaire *Mickelsson et Roos* (voy. *supra*).

iv. Tentative d'explication du traitement différencié entre entrave intervenant en amont et entrave intervenant en aval

En dehors de toute considération relative à la compétence nationale, la différence entre les caractéristiques liées aux produits, d'une part, et les modalités de vente et d'utilisation, d'autre part, semble pouvoir être expliquée au regard de l'Etat membre le mieux à même d'assurer le respect du type de mesure en cause.

En règle générale, il est en effet permis de considérer que toute mesure vouée à s'appliquer en amont, c'est-à-dire *avant* la mise sur le marché du produit (typiquement, au stade de sa fabrication), est mieux contrôlée dans l'Etat membre d'origine de celui-ci. À l'inverse, les règles destinées à régir la vie du produit *après* sa mise sur le marché sont mieux contrôlées

par l'Etat membre de destination. La jurisprudence de la Cour semble empreinte de cette considération : elle se révèle traditionnellement plus encline à relever l'existence d'une entrave lorsque la mesure en cause vise à réglementer un aspect du commerce mieux contrôlé dans l'Etat membre d'origine, tel que les caractéristiques liées au produit⁹⁶.

Se pose alors la question du classement d'une interdiction totale d'utilisation d'un produit, telle que celle en cause dans l'arrêt *Commission c. Italie*, parmi les règles applicables *avant* ou *après* sa mise sur le marché. La question peut être résolue au regard du critère de l'accès au marché, dès lors que, en présence d'une interdiction totale d'utilisation, il n'y aurait *de facto* aucun marché relatif au produit en cause. Partant, sa mise sur le marché n'aurait pas lieu d'être examinée.

Comme nous l'avons vu, dans une telle situation, l'argument de la double charge réglementaire ne semble pas pouvoir être utilisé. Cela signifie-t-il que ce type de mesures ne devrait en aucun cas tomber sous le champ d'application de l'article 34 TFUE ?⁹⁷ Tel ne semble manifestement pas être l'opinion de la Cour au vu de sa décision dans l'arrêt *Commission c. Italie*⁹⁸.

v. Rigidité des catégories au regard du caractère irréfragable des présomptions

Cet exercice de mise en perspective des trois nouvelles catégories, définies dans l'arrêt *Commission c. Italie*, a permis d'envisager les raisons d'être d'un traitement différencié selon le type d'entrave en cause. Ce traitement différencié ne constitue toutefois nullement un obstacle à ce que les trois catégories de mesures soient réunies sous le couvert d'une définition unique du critère de l'accès au marché qui engloberait les principes de reconnaissance mutuelle et de non-discrimination.

En effet, en premier lieu, ainsi qu'il a été exposé précédemment au regard des convergences envisageables, le principe de reconnaissance mutuelle applicable aux mesures relatives aux caractéristiques des produits poursuit un objectif similaire à celui de garantir à ces produits un accès au marché non entravé. La différence de raisonnement applicable paraît résider uniquement dans l'existence d'une présomption d'entrave irréfragable lorsque la condition d'équivalence est remplie.

⁹⁶ Comparez not. C.J.C.E., 8 novembre 1979, *Groenveld*, C-15/79, *Rec.*, p. 3409 et C.J.C.E., 10 mai 1995, *Alpine Investments*, C-384/93, *Rec.*, 1995, p. I-1141. Voy. toutefois C.J.C.E., 16 décembre 2008, *Gysbrechts*, C-205/07, *Rec.*, 2008, p. I-9947. Sur cet arrêt, voy. A. RIGAUX, *Europe*, 2009/2, n° 77, p. 28 ; A. DEFOSSEZ, « Arrêt *Gysbrechts* : le droit de rétractation du consommateur face au droit communautaire », *R.E.D.C.*, 2009/2, p. 549.

⁹⁷ En ce sens, T. HORSLEY, « Anyone for *Keck*? », *op. cit.*, p. 2014.

⁹⁸ Notons que l'absence de marché pour le produit en cause n'a pas empêché la Cour de considérer qu'entraînait dans le champ d'application de l'article 34 TFUE l'interdiction de vente de produits contraires à l'ordre public visée dans l'arrêt *Henn and Darby*, dans lequel la Cour conclut « *qu'il est permis de considérer dans une appréciation globale, qu'il n'existe pas un commerce licite de telles marchandises au Royaume-Uni* » (C.J.C.E., 14 décembre 1979, *Henn and Darby*, aff. 34/79, *Rec.*, 1979, p. 3795, pt. 21).

En second lieu, le principe de non-discrimination applicable aux mesures relatives aux modalités de vente des produits se justifie, selon le raisonnement suivi par la Cour, sur le fondement de l'assimilation de l'absence de discrimination à l'absence d'entrave à l'accès au marché. Partant, une présomption irréfragable d'absence d'entrave peut être déduite à l'égard de ces mesures lorsqu'elles ne sont pas de nature à affecter plus lourdement les produits importés que les produits locaux. Le caractère irréfragable de ces deux présomptions forge donc les catégories.

Toutefois, l'étendue de cette présomption irréfragable se réduit à mesure que s'étend l'acception de la notion de « discrimination indirecte », de sorte que sa raison d'être elle-même nous paraît pouvoir être remise en cause. Notons que cette question se pose avec une insistance croissante au regard du nombre de plus en plus important de transactions prenant place par le biais d'Internet⁹⁹.

Il convient en effet de rappeler que la Cour a étendu progressivement la notion de discrimination pour couvrir des mesures indistinctement applicables qui avaient pour effet de maintenir une fragmentation du marché. Ainsi, par exemple dans l'arrêt *Gourmet* (voy. *supra*), la Cour a déclaré que constituait une entrave la mesure nationale suédoise interdisant la publicité des boissons alcoolisées, laquelle avait pour effet de maintenir le monopole des produits locaux sur ce marché.

Dans l'arrêt *Ker-Optika* (voy. *supra*), la Cour fonde à nouveau sa constatation de l'existence d'une entrave sur une affectation plus importante des produits importés. La mesure en cause se révèle donc, selon le raisonnement de la Cour, discriminatoire *de facto*¹⁰⁰, puisque « l'interdiction des ventes de lentilles de contact par correspondance prive les opérateurs provenant d'autres États membres d'une modalité particulièrement efficace de commercialisation de ces produits et gêne ainsi considérablement l'accès de ces derniers au marché de l'État membre concerné »¹⁰¹.

Or, cette justification, directement fondée sur l'accès au marché, ne nous paraît nullement démontrer une affectation plus importante des produits importés¹⁰². Peut-être serait-il dès lors

⁹⁹ Voy. not. C.J.C.E., 11 décembre 2003, *Deutscher Apothekerverband*, C-322/01, *op. cit.*, note M.-E. ARBOUR et V. HAMEL, « La vente à distance de médicaments : du drugstore à l'officine (propos nés de l'affaire Doc Morris) », *R.E.D.C.*, 2005/3, p. 221. Voy. également les conclusions de l'A.G. C. STIX-HACKL, présentées le 18 mars 2004, sous C.J.C.E., *Omega*, C-36/02, *Rec.*, p. I-9609, pt. 36, selon laquelle : « la transposition de la distinction faite dans l'arrêt *Keck* et *Mithouard*, précité, à la libre prestation des services doit être exclue d'emblée parce que, lorsque l'élément transfrontalier est suffisant, la réglementation d'une modalité de prestation d'un service – quel que soit l'endroit où elle se déroule – constitue nécessairement une restriction pertinente au regard du droit communautaire ». Or, l'argument de l'élément transfrontalier ne nous paraît pas moins valable en matière de vente de marchandises sur Internet.

¹⁰⁰ C.J.U.E., 2 décembre 2010, *Ker-Optika*, C-108/09, *op. cit.*, pt. 55

¹⁰¹ *Ibid.*, pt. 54.

¹⁰² En ce sens également, voy. N. RENUY & E. VAN NIEUWENHUYZE, « Arrêt « *Ker-Optika* » : nouvelle étape dans la jurisprudence sur la libre circulation des marchandises », *op. cit.*, p. 38.

plus opportun d'admettre qu'une modalité de vente non-discriminatoire peut constituer une entrave à l'accès au marché.

L'énigme posée, dans ce même arrêt¹⁰³, par l'inversion du principe du point 16 de l'arrêt *Keck* permet également de s'interroger sur l'évolution possible de l'approche adoptée par la Cour dans l'analyse de ce type de mesure.

En toute hypothèse, l'arrêt *Commission c. Italie* relative aux modalités d'utilisation des produits offre à la Cour une occasion de s'essayer au raisonnement au cas par cas, libéré de toute présomption et fondé sur l'effet de la mesure. En outre, l'introduction de la catégorie résiduaire relative à « *toute autre mesure* » soumise au critère de l'accès au marché aura, à n'en pas douter, le mérite de relancer le débat quant à l'insuffisance des catégories découlant des arrêts *Cassis de Dijon* et *Keck et Mithouard*.

Résulterait de l'examen réalisé ci-avant la tentative de systématisation suivante :

	Accès au marché (au sens large)			
	Amont (avant la mise sur le marché ou avant l'importation)	Aval (après la mise sur le marché ou après l'importation)		
Portée de la mesure	Caractéristiques des produits	Modalités de vente des produits	Modalités d'utilisation des produits	Catégorie résiduaire
Jurisprudence applicable	<i>Cassis de Dijon</i>	<i>Keck et Mithouard</i>	<i>Commission c. Italie</i>	<i>Commission c. Italie</i>
Application de la nouvelle classification	<i>Principe de reconnaissance mutuelle</i>	<i>Accès au marché</i>	<i>Accès au marché</i>	<i>Accès au marché</i>

¹⁰³ C.J.U.E., 2 décembre 2010, *Ker-Optika*, C-108/09, *op. cit.*, pt. 51.

des MEERQ					
Type d'examen	Présomption d'entrave	Présomption d'absence d'entrave, si <i>indistinctement</i> applicable, sauf si rend l'accès au marché plus difficile ou impossible	Présomption d'entrave, si <i>distinctement</i> applicable	Examen à opérer en fonction des <i>effets</i> de la mesure	Examen à opérer en fonction des <i>effets</i> de la mesure
Elément d'appréciation des effets	/	Discrimination uniquement	/	Discrimination ou entrave à l'accès au marché	Discrimination ou entrave à l'accès au marché

2. L'accès au marché, un blanc-seing à la Cour ?

Ainsi qu'il a été précisé précédemment, le recours au critère de l'accès au marché pose la question de la limite du contrôle exercé par la Cour sur les mesures nationales, suscitant les inquiétudes de la doctrine quant à la portée du « *pouvoir de dérégulation* » qu'il octroie à celle-ci¹⁰⁴.

Il a été soulevé, à cet égard, que, lorsque l'opérateur économique de l'Etat membre d'origine ou son produit ne se trouvent pas affectés de manière plus importante que ne le sont ses concurrents locaux, la réglementation nationale ne saurait être perçue comme plaçant ceux-ci dans une position concurrentielle défavorable, puisqu'ils ne rencontrent aucun handicap et que, partant, il ne saurait être identifié d'entrave à leur libre circulation¹⁰⁵. L'approche opposée consisterait potentiellement à considérer toute réglementation nationale de l'Etat membre de destination comme une entrave, dès que celle-ci s'avère plus restrictive du libre

¹⁰⁴ Voy. not. E. SPAVENTA, « From *Gebhard* to *Carpenter*: Towards a (Non-)Economic European Constitution », *op. cit.*, p. 763 ; C. BARNARD, « Restricting Restrictions: Lessons for the EU from the US? », *Cambridge Law Journal*, 2009/3, pp. 575-606 ; G. DAVIES, « Discrimination and Beyond in European Economic and Social Law », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2011/1-2, pp. 7-28.

¹⁰⁵ G. DAVIES, « Discrimination and Beyond in European Economic and Social Law », *op. cit.*, p. 21.

commerce que celle de l'Etat membre du pays d'origine¹⁰⁶. Or aucune de ces deux approches ne semble permettre de correspondre parfaitement à l'approche de la Cour.

La mission d'intégration dont celle-ci est investie ne consiste en effet pas à adopter des réglementations, ce qui relève des compétences du législateur, mais d'apporter, par le biais notamment du mécanisme des questions préjudicielles, des interprétations à certains textes, permettant ainsi d'en affiner la portée. Aussi, dès lors que la fixation d'un seuil commun de règles, qu'il soit minimal ou maximal¹⁰⁷, ne peut résulter que de l'intervention du législateur, dans la limite de ses compétences (en tenant compte en effet de la répartition de celles-ci entre l'Union et les Etats membres), la mission de la Cour se limite nécessairement à sanctionner les entraves, non au libre commerce, mais à la libre circulation entre les Etats membres, ou en d'autres termes aux échanges intracommunautaires.

La question reste toutefois posée : jusqu'où peut-on considérer qu'il existe une entrave aux échanges ? G. DAVIES défend la thèse selon laquelle le principe classique de la non-discrimination, entendu dans un sens large, est le mieux à même de servir de critère unique. Permettre à la Cour d'invalider des mesures nationales non-discriminatoires reviendrait, selon cet auteur, à créer une « *discrimination* » à l'encontre des produits nationaux. Adoptant une compréhension large du principe de non-discrimination, cet auteur considère en effet que toute intervention allant au-delà du rétablissement de l'égalité constituerait une « *action positive* »¹⁰⁸ dépassant le cadre de la mission confiée à la Cour¹⁰⁹.

Or, si la Cour rend un arrêt d'incompatibilité de la mesure, la mesure non discriminatoire, qui ne peut plus être appliquée aux produits importés, continuera toutefois à s'appliquer aux produits nationaux. Il en résulte alors inévitablement une « *discrimination à rebours* » en défaveur de ces derniers produits¹¹⁰. Tel est toutefois également le cas dans l'hypothèse d'une mesure discriminatoire, de sorte que le caractère discriminatoire ou non de la mesure y est indifférent. Une discrimination positive n'est donc pas plus instaurée à l'égard des produits importés dans l'hypothèse où la Cour déclare incompatible une règle non discriminatoire. En ce sens, l'argument de l'« *action positive* » nous paraît dès lors contestable.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 24. Voy. également, en ce sens, the G. DAVIES, « Understanding Market Access », *op. cit.*, pp. 686-687 ; C. BARNARD, « Restricting Restrictions: Lessons for the EU from US? », pp. 575-576.

¹⁰⁷ Sur les niveaux d'harmonisation, voy. not. L. DEFALQUE, « Théorie générale du rapprochement des législations » in *Commentaire Mégret - Libre circulation des personnes, et des capitaux. Rapprochement des législations*, 3^{ème} éd., Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2006, p. 267 ; C. VERDURE, « L'harmonisation des pratiques commerciales déloyales dans le cadre de la Directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales : premier bilan jurisprudentiel », *Cah. dr. eur.*, 2010/3-4, p. 311, spéc. pp. 320 et s.

¹⁰⁸ Traduction libre de G. DAVIES, « Discrimination and Beyond in European Economic and Social Law », *op. cit.*, p. 9.

¹⁰⁹ G. DAVIES, « Discrimination and Beyond in European Economic and Social Law », *op. cit.*, p. 9.

¹¹⁰ Voy. sur cette question, D. HANF, « 'Reverse Discrimination' in EU Law: Constitutional Aberration, Constitutional Necessity, or Judicial Choice? », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2011/1-2.

Le même auteur propose subsidiairement le critère de la sélectivité, emprunté au droit des aides d'Etat¹¹¹, qui offrirait davantage de cohérence avec la jurisprudence qui suit l'approche que nous qualifions d'absolue de l'accès au marché. Ce dernier critère présente l'avantage de ne pas être lié à la nationalité, mais de requérir une approche plus économique, pour laquelle la détermination du marché pertinent s'avère nécessaire. L'évolution vers une approche plus économique trouve à cet égard un soutien croissant au sein de la doctrine¹¹².

L'incapacité de la discrimination indirecte à appréhender l'ensemble des MEERQ identifiés par la Cour semble presque unanimement admise¹¹³. À cet égard, nous rejoignons le Professeur BARNARD qui estime que la Cour a adopté jusqu'ici une approche qui pourrait être qualifiée d'intuitive de l'accès au marché, puisqu'elle considère que n'entrent dans le champ d'application de l'article 34 TFUE que les mesures qui vont plus loin que poser une simple limite au libre commerce et placent l'opérateur économique issu d'un autre Etat membre dans une situation où il lui est impossible ou exagérément difficile de pénétrer le marché de l'Etat membre de destination.

Malgré la traditionnelle réticence de la Cour à son encontre, la notion d'entrave substantielle, proposée très tôt par Monsieur l'Avocat général JACOBS¹¹⁴, offre une limite possible au champ d'application de l'article 34 TFUE. Avec la discrimination *de facto*, il s'agit du seul critère de limitation fondé purement sur l'effet de la mesure. De sa force suit également sa faiblesse, puisque la principale critique à l'encontre de la notion d'entrave substantielle est sa similarité très prononcée avec le seuil *de minimis* existant en droit de la concurrence.

La notion d'entrave substantielle ne se retrouve pas en tant que telle dans la jurisprudence ; elle est en fait une création de la doctrine qui fait référence aux différents cas où la Cour semble requérir qu'un certain degré d'entrave soit rencontré. La simple entrave (non substantielle) est souvent confondue avec les cas d'absence d'entrave, lorsque le lien entre la mesure attaquée et l'effet restrictif est indirect et hypothétique¹¹⁵.

Or, les exemples jurisprudentiels pouvant être rattachés à l'entrave substantielle ne foisonnent pas, mais tendent néanmoins à se multiplier. Il est possible toutefois de citer les arrêts *Caixa-Bank*¹¹⁶ et *Corporación Dermoestética*¹¹⁷ qui, bien que rendus respectivement en

¹¹¹ G. DAVIES, « Understanding Market Access », *op. cit.*, pp. 671-704.

¹¹² Voy. en particulier, à cet égard, la thèse doctorale de D. FERAILLE, « L'accès au marché en droit du marché intérieur », sous la direction du Pr. Y. GAUTHIER, http://scd-theses.u-strasbg.fr/389/01/FERAILLE_Damien_2009r.pdf, consulté le 9 août 2011.

¹¹³ Voy. toutefois G. DAVIES, « Discrimination and Beyond in European Economic and Social Law », *op. cit.*, p. 21.

¹¹⁴ Conclusions de l'A.G. JACOBS présentées le 24 novembre 1994, sous C.J.C.E., 9 février 1995, *Leclerc-Siplec*

c. TF1 et M6, C-412/93, *Rec.*, 1995, pt. I-179.

¹¹⁵ Notamment au regard de la terminologie employée par la Cour. Voy. C.J.C.E., 27 janvier 2000, *Graf*, C-190/98, *op. cit.*, pt. 19.

¹¹⁶ C.J.C.E., 5 octobre 2004, *CaixaBank France*, C-442/02, *Rec.*, 2004, p. I-8961, pt. 12. Pour une critique de cet arrêt, voy. E. SPAVENTA, « Annotation on *Caixa-Bank* », *C.M.L.Rev.*, 2005, p. 1151.

matière d'établissement et de services, mentionnent tout deux la nécessité d'un « *obstacle sérieux* ».

Il semble, en toute hypothèse, qu'un accès au marché rendu totalement impossible est évidemment à considérer comme entrave substantielle. Tel est le cas notamment de l'interdiction totale de publicité, puisque, par effet d'inertie, celle-ci favorise presque toujours les producteurs locaux¹¹⁸. Il est néanmoins possible de se demander à quel point la pénétration du marché doit être rendue plus difficile pour que la mesure en cause constitue une entrave substantielle.

P. PECHO réfute l'analyse du Professeur BARNARD selon laquelle seules les entraves substantielles à l'accès au marché seraient susceptibles de constituer une MEERQ¹¹⁹. Il estime qu'une telle approche équivaldrait à établir une règle *de minimis* en droit du marché intérieur, ce que la Cour a toujours clairement rejeté¹²⁰. En outre, déduire l'exigence d'un degré minimum d'entrave de l'arrêt *Commission c. Italie* aboutirait à réintroduire une différence entre les conditions relatives au produit et les autres mesures.

La distinction faite par la Cour entre les remorques spécialement conçues pour être tractées par des automobiles et celles qui ne le sont pas, semble pourtant aller dans le sens de la prise en compte de la seule entrave substantielle, à l'exclusion de la simple entrave¹²¹.

Conclusion

L'arrêt *Commission c. Italie*, rendu en grande chambre, constitue un arrêt majeur pour l'évolution des principes de la libre circulation des marchandises. Bien que sa portée ait été abondamment commentée en doctrine, les avis se sont avérés très divergents, notamment quant au maintien de la jurisprudence *Keck et Mithouard*.

¹¹⁷ C.J.C.E., 17 juillet 2008, *Corporación Dermoestética*, C-500/06, *Rec.*, 2008, p. I-5775, pt. 33.

¹¹⁸ C.J.C.E., 8 mars 2001, *Gourmet International Products*, C-405/98, *op. cit.*

¹¹⁹ P. PECHO, « Good-Bye Keck? A Comment on the Remarkable Judgment in *Commission v. Italy* », *op. cit.*, p. 263.

¹²⁰ C.J.C.E., 5 avril 1984, *Van de Haar*, aff. jtes. 177/82 & 178/82, *Rec.*, 1984, p. I-1797, pts. 13 et 14. Au point 13 de cet arrêt, la Cour relève que « [l]orsqu'une mesure nationale est susceptible d'entraver les importations, elle doit être qualifiée de mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative, même si l'entrave est faible et s'il existe d'autres possibilités d'écoulement des produits importés ». Voy. également, plus récemment, C.J.C.E., 3 décembre 1998, *Bluhme*, C-67/97, *Rec.*, 1998, p. I-8033 ; C.J.C.E., 14 décembre 2004, *Commission c. Allemagne*, C-463/01, *op. cit.*, pt. 63 et C.J.C.E., 15 novembre 2005, *Commission c. Autriche*, C-320/03, *Rec.*, 2005, p. I-9871.

¹²¹ En ce sens, N. DE SADELEER, « L'examen, au regard de l'article 28 CE, des règles nationales régissant les modalités d'utilisation de certains produits », *op. cit.*. Notons qu'en outre, ainsi que le concède G. DAVIES, le critère de la discrimination indirecte n'échappe pas à cette difficulté, puisque il est également possible de s'interroger sur le degré d'affectation nécessaire à prouver l'existence d'une discrimination. L'auteur relève à cet égard : « *All substantive economic rules have a de minimis rule and exclude marginal effects, whether judges choose to admit this or not* » (G. DAVIES, « Understanding Market Access », *op. cit.*, p. 676).

Dans le cadre de cette contribution, ont tout d'abord été exposées les raisons pour lesquelles il semble difficilement envisageable que la jurisprudence *Keck et Mithouard* ait été abandonnée par la Cour. De surcroît, et paradoxalement, c'est le critère de l'accès au marché – souligné par l'arrêt *Keck* – qui, à notre estime, sort renforcé de l'arrêt *Commission c. Italie*.

À la suite de cet arrêt, mais également des arrêts ultérieurs que sont *Mickelsson & Roos*, *Fachverband* et *Ker-Optika*, le principe de la non-discrimination semble incontestablement maintenir son statut de pilier fondamental du droit du marché intérieur. Il demeure en effet toujours, à ce jour, le critère applicable aux modalités de vente relevant de la jurisprudence *Keck et Mithouard*. En outre, même lorsque la Cour opte pour le critère de l'accès au marché, l'approche comparative, fondée sur un examen au regard de la situation des autres opérateurs économiques, apparaît le plus souvent privilégiée comme moyen d'identification de l'existence d'une entrave. Le recours à une approche absolue de l'entrave à l'accès au marché, laquelle s'intéresse à « *tout ce qui limite l'entrée ou a pour effet de réduire ou limiter la concurrence* »¹²², fournit alors, subsidiairement, un dernier « *filtre* » capable d'emporter l'application de l'article 34 TFUE, en présence de mesures qui ne tombent pas sous la qualification de « *modalités de vente* » au sens de la jurisprudence *Keck et Mithouard*.

La présente contribution s'est attachée à clarifier l'impact des arrêts *Commission c. Italie* et *Mickelsson et Roos* sur la portée de l'article 34 TFUE, telle que définie par la Cour.

Si ces arrêts ne semblent pas, dans un premier temps, remettre en cause la jurisprudence antérieure rappelée ci-avant, cette orientation renforcée de la Cour vers le critère de l'accès au marché peut être perçue comme un indice présageant de développements ultérieurs dans la même direction.

Il n'est en effet pas improbable qu'à l'avenir le recours au critère de l'accès au marché continue à s'imposer progressivement et à supplanter celui de la non-discrimination, tout en ménageant à ce dernier sa fonction d'outil fondamental, utile aux fins de déterminer si les effets de la mesure en cause affectent ou non effectivement les échanges¹²³. Partant, le critère de l'accès au marché ne devrait pas être considéré comme opposé au principe de non-discrimination, mais comme un critère qui englobe ce dernier, en ce sens qu'il offrirait davantage de flexibilité lorsque, en l'absence de discrimination *de jure* ou *de facto*, l'accès au marché est néanmoins rendu impossible ou excessivement ardu aux produits importés¹²⁴.

Par ailleurs, le recours à ce critère de l'accès au marché permet d'éviter le recours à de tortueux raisonnements rendus nécessaires par le besoin de qualifier la mesure en cause en mesure relative aux caractéristiques des produits ou en modalité de vente.

¹²² A. JONES & B. SUFRIN, *EC Competition Law*, 3^{ème} éd., Oxford, OUP, 2007, pp. 84-92.

¹²³ Notons qu'en outre, ce principe conserverait son rôle au stade de la justification de la mesure.

¹²⁴ Dans un sens similaire, voy. G. DAVIES, « Understanding Market Access », *op. cit.*, p. 697.

À supposer que la Cour s'engage dans cette voie de manière plus certaine, il y aurait lieu de s'interroger sur les conséquences, positives ou négatives, de l'introduction d'une plus grande flexibilité dans l'appréciation des mesures relevant des caractéristiques liées au produit et des modalités de vente.

Bien qu'une analyse au cas par cas, *a fortiori* lorsqu'elle concerne l'interprétation de la portée d'un Traité fondateur, éveille la méfiance, celle-ci ne ferait toutefois qu'entrouvrir une porte aux arguments économiques qui pourraient être soulevés à l'appui ou à l'encontre des mesures nationales.

Dans le prolongement de M.P. MADURO¹²⁵, rappelons que le rôle essentiel dont est investie la Cour dans l'intégration européenne, ne se conçoit que dans le respect de l'autonomie des Etats membres et des compétences allouées aux autres institutions.

Au final, l'accès au marché doit-il être perçu comme un retour à l'arrêt *Dassonville* ? Comme le suggère le Professeur GORMLEY, peut-être n'en est-on, en réalité, jamais véritablement sorti¹²⁶. Une seule certitude à ce stade, cette question est loin d'avoir connu son épilogue.

¹²⁵ M.P. MADURO, *We, the Court – The European Court of Justice & the European Economic Constitution*, Oxford, Hart Publishing, 1998, 208 pp.

¹²⁶ L.W. GORMLEY, « Free Movement of Goods and Their Use – What Is the Use of It? », *Fordham International Law Journal*, 2011/6, p. 1627 : « *The ECJ meant what it said in Dassonville, and it is time that people realized it! The time for a unified approach to the freedoms of the internal market has certainly come and that must involve a reassessment of Keck, but the Dassonville basic principle said it all in 1974; mutual recognition put the icing on the cake in Cassis de Dijon, and that is all that was necessary* ».



College of Europe
Collège d'Europe



Natolin

European Legal Studies
Etudes Européennes Juridiques

RESEARCH PAPERS IN LAW

1/2003, Dominik Hanf et Tristan Baumé, "Vers une clarification de la répartition des compétences entre l'Union et ses Etats Membres? Une analyse du projet d'articles du Présidium de la Convention".

2/2003, Dominik Hanf, "Der Prozess der europäischen Integration in Belgien. Voraussetzung und Rahmen der Föderalisierung eines ehemaligen Einheitsstaats".

3/2003, Dominik Hanf, "Talking with the "pouvoir constituant" in times of constitutional reform: The European Court of Justice on Private Applicants' Access to Justice".

4/2003, Horst Dippel, "Conventions in Comparative Constitutional Law".

5/2003, Ludwig Krämer, "Access to Environmental Information in an Open European Society - Directive 2003/4".

6/2003, Ludwig Krämer, "Überlegungen zu Ressourceneffizienz und Recycling".

7/2003, Ludwig Krämer, "The Genesis of EC Environmental Principles".

8/2003, Takis Tridimas, "The European Court of Justice and the Draft Constitution: A Supreme Court for the Union?".

1/2004, Dominik Hanf et Pablo Dengler, "Accords d'association".

2/2004, David Mamane, "Reform der EU-Wettbewerbsregeln für Technologietransfer-Verträge: Einfahrt in den sicheren Hafen?".

3/2004, Donald Slater and Denis Waelbroeck, "Meeting Competition : Why it is not an Abuse under Article 82".

4/2004, Jacques Bourgeois and Tristan Baumé, "Decentralisation of EC Competition Law Enforcement and General Principles of Community Law".

5/2004, Rostane Mehdi, "Brèves observations sur la consécration constitutionnelle d'un droit de retrait volontaire".

1/2005, Jacques Pelkmans, "Subsidiarity between Law and Economics".

2/2005, Koen Lenaerts, "The Future Organisation of the European Courts".

3/2005, John A.E. Vervaele, "The Europeanisation of Criminal Law and the Criminal Law Dimension of European Integration".

4/2005, Christine Reh and Bruno Scholl, "The Convention on the Future of Europe: Extended Working Group or Constitutional Assembly?"

5/2005, John A.E. Vervaele, "European Criminal Law and General Principles of Union Law".

6/2005, Dieter Mahncke, "From Structure to Substance: Has the Constitutional Treaty improved the Chances for a Common Foreign and Security Policy?"

1/2006, Dominik Hanf, "Le développement de la citoyenneté de l'Union européenne".

2/2006, Vassilis Hatzopoulos, Thien Uyen Do, "The Case Law of the ECJ concerning the Free Provision of Services : 2000 – 2005".

3/2006, Dominik Hanf, "Réformes institutionnelles sans révision du traité?", (document de discussion).

4/2006, Elise Muir, "Enhancing the effects of EC law on national labour markets, the Mangold case".

5/2006, Vassilis Hatzopoulos, "Why the Open Method of Coordination (OMC) is bad for you: a letter to the EU".

6/2006, Vassilis Hatzopoulos, "The EU essential facilities doctrine".

7/2006, Pablo Ibáñez Colomo, "Saving the Monopsony: Exclusivity, Innovation and Market Power in the Media Sector".

1/2007, Pablo Ibáñez Colomo, "The Italian Merck Case".

2/2007, Imelda Maher, "Exploitative Abuses: Which Competition Policy, Which Public Policy?"

3/2007, Vassilis Hatzopoulos, "With or without you... judging politically in the field of Area of Freedom, Security and Justice?"

4/2007, Matteo Pierangelo Negrinotti, "The AstraZeneca Case".

5/2007, Vassilis Hatzopoulos, "Que reste-t-il de la directive sur les services?"

6/2007, Vassilis Hatzopoulos, "Legal Aspects in Establishing the Internal Market for services".

7/2007, Vassilis Hatzopoulos, "Current Problems of Social Europe".

1/2008, Vassilis Hatzopoulos, "Public Procurement and State Aid in National Healthcare Systems".

2/2008, Vassilis Hatzopoulos, "Casual but Smart: The Court's new clothes in the Area of Freedom Security and Justice (AFSJ) after the Lisbon Treaty".

3/2008, Takis Tridimas and José A. Gutiérrez-Fons, "EU Law, International Law and Economic Sanctions against Terrorism: The Judiciary in Distress?".

4/2008, Ludwig Krämer, "Environmental judgments by the Court of Justice and their duration".

5/2008, Donald Slater, Sébastien Thomas and Denis Waelbroeck, "Competition law proceedings before the European Commission and the right to a fair trial: no need for reform?".

1/2009, Inge Govaere, "The importance of International Developments in the case-law of the European Court of Justice: Kadi and the autonomy of the EC legal order".

2/2009, Vassilis Hatzopoulos, "Le principe de reconnaissance muTEUlle dans la libre prestation de services".

3/2009, Dominik Hanf, "L'encadrement constitutionnel de l'appartenance de l'Allemagne à l'Union européenne. L'apport de l'arrêt « Lisbonne » de la Cour constitutionnelle fédérale".

1/2010, Vassilis Hatzopoulos, "Liberalising trade in services: creating new migration opportunities?"

2/2010, Vassilis Hatzopoulos & Hélène Stergiou, "Public Procurement Law and Health care: From Theory to Practice"

3/2010, Dominik Hanf, "Vers une précision de la *Europarechtsfreundlichkeit* de la Loi fondamentale - L'apport de l'arrêt « rétention des données » et de la décision « Honeywell » du BVerfG"

1/2011, Nicoleta Tuominen, "Patenting Strategies of the EU Pharmaceutical Industry – Crossroad between Patent Law and Competition Policy"

2/2011, Dominik Hanf, "The ENP in the light of the new "neighbourhood clause" (Article 8 TEU)"

3/2011, Slawomir Bryska, "In-house lawyers of NRAs may not represent their clients before the European Court of Justice - A case note on UKE (2011)"

4/2011, Ann Fromont et Christophe Verdure, "La consécration du critère de l'« accès au marché » au sein de la libre circulation des marchandises : mythe ou réalité ?"