

un déluge de demandes, notamment dans le domaine de l'immigration, on peut se demander si une seule chambre suffirait. Par ailleurs, est-il souhaitable que la Cour se prive de la collaboration, en qualité de rapporteurs, des juges autres que ceux de la chambre désignée, alors que les compétences sont très diversifiées au sein de la Cour? Il est sans doute trop tôt pour tirer des conclusions à cet égard.

Une fusion de la procédure accélérée et de la P.P.U. nous semble souhaitable. La procédure devrait être unique, avec des modalités variables selon les circonstances. Ainsi, la Cour pourrait décider d'une procédure sans phase écrite, ou avec participation restreinte à celle-ci, ainsi que c'est actuellement prévu dans le cadre de la P.P.U., ou encore permettre la participation de l'ensemble des États membres à la procédure écrite, ainsi que c'est prévu pour la procédure accélérée. La décision devrait pouvoir être prise en fonction des circonstances de l'urgence, des matières en cause, mais également du degré d'importance de l'affaire *prima facie*, une large participation à la procédure écrite étant d'autant plus souhaitable que les questions sont nouvelles ou importantes. En tout état de cause, toutes les significations et communications devraient se faire par voie électronique, afin d'éviter les délais de distance et de dépôt des originaux.

Les États membres seraient sans doute hésitants à accorder à la Cour le pouvoir de choisir les modalités de la procédure selon son appréciation. Il n'est cependant pas certain qu'ils perdraient au change. La modalité choisie pourrait être fonction du temps dont la Cour dispose et, en amont, la juridiction nationale. Dans l'affaire *Kozłowski*, le condamné pouvait faire l'objet d'une libération en septembre 2008 ou peu après. Aurait-il été indispensable de traiter l'affaire par P.P.U., si cette procédure avait été d'application au moment où la juridiction a fait sa demande? Le choix de la modalité de procédure permettrait également de répartir les inconvénients de l'urgence de manière équitable sur les acteurs de la procédure<sup>(83)</sup>. Les États membres pourraient se ménager un droit de regard sur la manière dont la Cour fait usage de la procédure en exigeant des rapports réguliers à cet égard, ainsi que le Conseil l'a fait pour la P.P.U. dans la déclaration.

L'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne risquerait de multiplier les demandes de P.P.U. puisque n'importe quelle juridiction pourrait poser une question relevant actuellement de l'article 35 UE ou de l'article 68 CE. Ce serait une bonne occasion pour procéder à de premières adaptations de la procédure accélérée et de la P.P.U.

Caroline NAÔMÉ<sup>84</sup>

## L'examen, au regard de l'article 28 CE, des règles nationales régissant les modalités d'utilisation de certains produits<sup>1</sup>

**L**ES RÈGLES NATIONALES régissant les modalités d'utilisation échappent-elles, à l'instar de celles relatives aux modalités de vente, à l'interdiction frappant les mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives?

Dans deux arrêts rendus le 10 février et le 4 juin 2009<sup>2</sup>, la Cour de justice a jugé qu'une réglementation nationale relative aux « modalités d'utilisation » d'une marchandise devait être examinée au regard de l'article 28 CE et, partant, ne pouvait être appréciée à la lumière des critères qu'elle avait dégagés dans l'arrêt *Keck et Mithouard*<sup>3</sup>. Ces arrêts présentent un intérêt certain tant du point de vue du champ d'application de l'article 28 CE que de l'examen de la nécessité des mesures en cause.

La première affaire, qui faisait l'objet d'un recours en manquement, avait trait à une interdiction généralisée pour les cyclomoteurs immatriculés en Italie de tirer une remorque, quel que soit l'état de la voirie. L'interdiction était absolue. Dans la seconde affaire, la Cour était interrogée à titre préjudicielle par une juridiction répressive suédoise sur la validité d'une interdiction de principe, atténuée par un régime dérogatoire, d'utiliser en Suède des véhicules nautiques à moteur en dehors des zones spécialement désignées à cet effet.

Dans ces deux affaires, les réglementations en cause avaient pour effet de dissuader les consommateurs d'acquiescer les véhicules, soit parce que leur usage était interdit, soit parce qu'il était fortement réglementé. Ces affaires présentaient une autre similitude : en l'absence de dispositions d'harmonisation au niveau communautaire, les États membres étaient en droit de définir le niveau de protection qu'ils jugeaient approprié, moyennant le respect du principe de proportionnalité.

### Application de l'article 28 CE aux modalités d'utilisation

Ces deux affaires donnèrent ainsi l'occasion à la Cour de préciser, pour la première fois, dans quelle mesure des régimes nationaux ayant pour effet de restreindre l'usage de certains pro-

duits devaient être appréciés à l'aune de l'article 28 CE.

Dans ses conclusions présentées le 14 décembre 2006 dans l'affaire suédoise, l'avocat général J. Kokott proposait, au nom d'un impératif de cohérence, d'appliquer par analogie la jurisprudence *Keck et Mithouard*, et, partant, de faire échapper les modalités d'usage des produits au champ d'application de l'article 28 CE<sup>4</sup>. À son avis, les réglementations portant sur les modalités de vente et celles sur l'usage des produits présentaient plusieurs similitudes « quant à la nature et à l'intensité de leur incidence sur le commerce »<sup>5</sup>. En effet, à la différence des prescriptions techniques afférentes aux produits, les modalités de vente tout comme les modalités d'utilisation n'exercent, en principe, leurs effets qu'après l'importation du produit. La réglementation des modalités de vente n'a dès lors qu'un impact indirect sur la vente des produits, dans la mesure où le consommateur pourrait être dissuadé de les acquiescer.

Dans les conclusions que les avocats généraux P. Léger et Y. Bot présentèrent dans l'affaire *Commission c. Italie* en 2006 et en 2008, ces derniers défendaient une thèse opposée selon laquelle il ne fallait pas faire échapper les modalités d'utilisation du champ d'application de l'article 28 CE<sup>6</sup>. Aussi, selon l'avocat général Y. Bot, une réglementation nationale est susceptible de constituer une mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative, contrairement à cette disposition, si la mesure entrave l'accès d'un produit au marché, et ce quel que soit l'objet de la mesure en cause<sup>7</sup>.

Invités par la Cour de justice à répondre, dans la première affaire, à la question de savoir si l'article 28 CE pouvait recouvrir les modalités de vente, les positions prises par les États membres étaient pour le moins contrastées<sup>8</sup>.

(4) Conclusions de l'avocat général J. Kokott, rendues le 14 décembre 2006, dans l'affaire C-142/05, points 55 et 56. Plusieurs auteurs se sont d'emblée montrés favorables à cette thèse. Cf. C. Barnard, *The substantive law of the EU*, Oxford, OUP, 2007, pp. 148 et 161-162; P. Wennerås, « Towards an Ever Greener Union? - Competences in the Field of the Environment and Beyond », *CMLR*, n° 45, 2008, p. 1654.

(5) Conclusions de l'avocat général J. Kokott, *op. cit.*, point 52.

(6) Conclusions de l'avocat général Ph. Léger, présentées le 5 octobre 2006, et conclusions de l'avocat général Y. Bot, présentées le 8 juillet 2008, dans l'affaire C-110/05, point 136.

(7) Conclusions de l'avocat général Y. Bot, rendues le 8 juillet 2008, dans l'affaire C-110/05, point 136.

(8) En l'espèce, la chambre saisie décida de renvoyer l'affaire à la cour en vue de la réattribuer à une formation de jugement plus importante. Voy. les points 18 à 32 de l'arrêt du 10 février 2009, *Commission c. Italie*, aff. C-110/05.

(83) Dans l'affaire *Jippes*, il faut mettre en balance le délai dont disposaient les États membres pour communiquer leurs observations et le délai d'une semaine utilisé par la Cour pour entendre l'avocat général, rédiger et délibérer son arrêt.

(84) Référendaire à la Cour de justice. Le présent document n'engage que son auteur, et non pas l'institution à laquelle il appartient. Les commentaires éventuels peuvent être adressés à : Caroline.Naome@curia.europa.eu.

(1) La présente contribution a été rédigée dans le cadre d'un projet de l'Académie de Louvain sur l'europanisation du droit, de l'action publique et des normes sociales.

(2) Arrêts du 10 février 2009, *Commission c. Italie*, aff. C-110/05 et du 4 juin 2009, *Percy Mickelsson et Joakim Roos*, C-142/05. Quant au premier arrêt, voy. A. Rigaux, « Définition des mesures d'effet équivalent », *Europe*, avril 2009, n° 4, 158. Quant au second arrêt, voy. A. Rigaux, « Restrictions à l'usage des produits », *Europe*, n° 8-9, 2009, pp. 19-22.

(3) Arrêt du 24 novembre 1993, aff. C-267/91 et C-268/91, *Rec.*, p. I-6097.

Dans les deux arrêts commentés, la Cour de justice a pris le soin de souligner que les mesures régissant les modes et les lieux d'utilisation des produits peuvent, en fonction de leur portée, exercer « une influence considérable sur le comportement des consommateurs, lequel peut, à son tour, affecter l'accès de ce produit au marché de cet État membre »<sup>9</sup>. En effet, « les consommateurs, sachant que l'utilisation autorisée par une telle réglementation est très limitée, n'ont qu'un intérêt réduit à acheter le produit en cause »<sup>10</sup>.

Dans son arrêt du 10 février 2009 rendu dans l'affaire *Commission c. Italie*, la Cour a jugé que la disposition litigieuse du Code de la route italien constituait une mesure d'effet équivalent à des restrictions quantitatives à l'importation interdite par l'article 28 CE, au motif « où elle a pour effet d'entraver l'accès au marché italien des remorques spécialement conçues pour les motocycles et qui sont légalement produites et commercialisées dans des États membres autres que la république italienne »<sup>11</sup>.

Par la suite, dans son arrêt du 4 juin 2009, la Cour aboutit à la conclusion que dans l'hypothèse où « les règles nationales pour la désignation des eaux et couloirs navigables auraient pour effet d'empêcher les utilisateurs des (véhicules nautiques) d'en faire un usage propre et inhérent à ces produits ou de limiter fortement leur usage... de telles règles auraient pour effet d'entraver l'accès de ces produits au marché national en question et constitueraient... des exigences impératives d'intérêt général, une mesure d'effet équivalent à des restrictions quantitatives à l'importation interdite par l'article 28 CE »<sup>12</sup>. Il appartient, au demeurant, à la juridiction de renvoi de vérifier si ces conditions sont remplies<sup>13</sup>.

Il en résulte que l'article 28 CE ne se limite pas aux seules mesures nationales conditionnant la mise sur le marché d'un produit provenant d'un autre État membre (forme, conditionnement, dénomination, dimension, poids, emballage, étiquetage, substances, propriétés dangereuses,...). Relève également de la notion de mesure d'effet équivalent au sens de l'article 28 CE toute autre mesure, indistinctement applicable, qui entrave l'accès au marché d'un État membre des produits originaires d'autres États membres, lorsque ces dernières auraient pour effet :

- a) soit d'en interdire complètement l'utilisation (arrêt *Commission c. Italie*);
- b) soit d'empêcher les utilisateurs d'en faire un usage propre et inhérent à ces produits (arrêt *J. Roos*);
- c) soit de limiter fortement leur usage (arrêt *J. Roos*).

Aussi la Cour met-elle davantage l'accent sur l'effet qu'exerce la mesure sur l'accès au marché que sur l'objet même de la réglementation, laquelle n'établit pas les caractéristiques du

produit<sup>14</sup>. Cette jurisprudence se situe donc dans le prolongement de l'arrêt *Dassonville*, puisque selon la formule consacrée, « toute réglementation commerciale des États membres susceptible d'entraver... indirectement... ou potentiellement, le commerce intracommunautaire est à considérer comme une mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative »<sup>15</sup>. Examinons les trois cas de figure.

La première hypothèse ne donne pas lieu à controverses<sup>16</sup>. En effet, en interdisant tout usage de la marchandise, les autorités empêchent indirectement sa commercialisation.

En ce qui concerne la seconde hypothèse, l'impossibilité pour les utilisateurs de pouvoir faire un « usage propre et inhérent » du produit s'apparente également à une mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative à l'importation. À titre d'exemple, l'interdiction de la pratique du moto-cross par un État membre en tout lieu et en tout temps aurait pour effet de dissuader les adeptes de ce sport d'acquiescer ce type de véhicule. Se déplacer sur des voiries macadamisées sur une moto destinée à franchir des obstacles ne présente guère d'intérêt. L'intérêt de conduire, dans de telles circonstances, une moto de cross étant plutôt limité, la mesure en question constitue, par définition, une mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative à l'importation.

Quant à la troisième hypothèse, elle est susceptible de mettre en cause un large spectre de mesures destinées à garantir la sécurité publique ou à protéger les travailleurs, les consommateurs et l'environnement.

Plusieurs réglementations portant non pas sur la composition des produits, mais sur leur usage, sont susceptibles de relever de cette dernière catégorie. Tel est notamment le cas des interdictions pour les S.U.V. de rouler en dehors des routes spécialement aménagées à cet effet, pour les voitures de sport de dépasser des limites de vitesse fixées à 120-130 km/h. sur les routes à voie rapide, de fumer du tabac dans les lieux publics, de semer des O.G.M. en dehors d'un nombre limité de parcelles. Toutes ces réglementations ne sont-elles pas susceptibles d'exercer « une influence considérable sur le comportement des consommateurs » et, par tant, de « limiter fortement l'usage » de ces produits? Dans le même ordre d'idées, des mesures interdisant aux adolescents d'utiliser les bancs solaires en raison du risque de cancer de la peau seraient également susceptibles de tomber sous les fourches caudines du principe de libre circulation des marchandises au cas où ces règles auraient « une influence considérable sur le comportement » de cette catégorie de consommateurs.

En tout cas, une règle de *minimis* s'impose : une réglementation sur l'usage des produits dont les effets seraient trop aléatoires ou trop indirects ou qui n'aurait pas « un impact direct et immédiat sur les échanges »<sup>17</sup> ne devrait en tout cas

pas tomber sous le coup de l'article 28 CE. En revanche, limiter fortement l'usage ne signifie pas totalement l'usage. Quel seuil retenir? Une diminution de 25% des ventes s'apparente-t-elle à une « limitation forte de l'usage » du produit? Assurément, une analyse au cas par cas s'impose.

Le caractère éminemment flou des critères d'« influence considérable » et de « limitation forte » pourrait dès lors obliger les autorités nationales à devoir justifier toutes leurs mesures régissant les modes et les lieux d'utilisation des produits dès que ces dernières sont susceptibles de dissuader de manière significative les consommateurs de les acquiescer. Confronté à de telles questions, le juge national se proclamera-t-il lui-même expert ou fera-t-il preuve de modestie en exigeant la production d'études de marché, d'enquêtes, voire de sondages en vue de déterminer l'impact de la réglementation litigieuse sur le choix des consommateurs?

### Justification des entraves

Conformément à une jurisprudence constante<sup>18</sup>, la Cour estima que l'interdiction italienne de tirer des remorques était justifiée par la nécessité d'assurer la sécurité routière, laquelle constitue une raison impérieuse d'intérêt général susceptible de justifier une entrave à la libre circulation des marchandises<sup>19</sup>.

La mesure de restriction suédoise était justifiée tant par des considérations liées à la protection de la faune et de la flore sauvages, que par le souci de limiter les nuisances acoustiques et la pollution atmosphérique. De la sorte, elle pouvait être justifiée soit par l'article 30 CE, soit par une raison impérieuse d'intérêt général.

On sait que les justifications concernant la « protection des animaux » et à la « préservation des végétaux » inscrites à l'article 30 CE constituent le point d'ancrage par excellence pour les régimes nationaux de conservation des espèces sauvages<sup>20</sup>. Par ailleurs, dans la mesure où il s'agit d'« un des objectifs essentiels de la Communauté »<sup>21</sup>, la Cour a validé au titre d'une exigence impérative d'intérêt général plusieurs régimes environnementaux qui n'avaient pas de rapport avec la protection de la nature<sup>22</sup>.

(18) Arrêts du 5 octobre 1994, *van Schaik*, C-55/93, Rec., p. I-4837, point 19; du 12 octobre 2000, *Snellers*, C-314/98, Rec., p. I-8633, point 55; arrêts du 15 mars 2007, *Commission c. Finlande*, point 40; du 20 septembre 2007, *Commission c. Pays-Bas*, point 77; 10 avril 2008, *Commission c. Portugal*, point 38, et arrêt du 5 juin 2008, *Commission c. Pologne*, C-170/07, point 49.

(19) C.J.C.E., 10 février 2009, *Commission c. Italie*, aff. C-110/05, point 60.

(20) C.J.C.E., 23 mai 1990, *Gourmetterie Van den Burg*, aff. C-169/89, Rec., p. I-2143; 23 octobre 2001, *Tridon*, aff. C-510/99, Rec., p. I-7777; 13 juillet 1994, *Commission c. Allemagne*, aff. C-131/93, Rec., p. I-3303; C.J.C.E., 3 décembre 1998, *Bluhme*, aff. C-67/97, Rec., p. I-8033.

(21) Voy. notamment les arrêts du 20 septembre 1988, *Commission c. Danemark*, aff. C-302/86, Rec., p. 4604, point 9; 14 juillet 1998, *Aher Waggon*, aff. C-389/96, Rec., p. I-4473; 2 avril 1998, *Outokumpu*, C-213/96, Rec., p. I-1777, point 32, et du 13 septembre 2005, *Commission c. Conseil*, C-176/03, non encore publié au Recueil, point 41; 15 novembre 2005, *Commission c. Autriche*, aff. C-320/03, point 72.

(9) C.J.C.E., 10 février 2009, *Commission c. Italie*, point 56; 4 juin 2009, *Percy Mickelsson et Joakim Roos*, point 26. Voy. les conclusions de l'avocat général J. Kokott, rendues le 14 décembre 2006, dans l'affaire C-142/05, point 41.

(10) C.J.C.E., 10 février 2009, *Commission c. Italie*, aff. C-110/05, point 57; 4 juin 2009, *Percy Mickelsson et Joakim Roos*, C-142/05, point 27.

(11) C.J.C.E., 10 février 2009, *Commission c. Italie*, aff. C-110/05, point 58.

(12) Arrêt du 4 juin 2009, *Percy Mickelsson et Joakim Roos*, C-142/05, point 28.

(13) *Ibidem*.

(14) La Cour de justice suit ainsi les conclusions de l'avocat général Y. Bot, dans l'affaire C-110/05, *Commission c. Italie*, aff. C-110/05, points 109-111.

(15) C.J.C.E., 11 juillet 1974, *Dassonville*, aff. 8/74, Rec., 1974, p. 837.

(16) Pour un exemple d'une réglementation qui soumet le produit à une interdiction générale, voy. C.J.C.E., 10 avril 2008, *Commission c. Portugal*, aff. C-110/06.

(17) C.J.C.E., 3 décembre 1998, *Bluhme*, précité, point 22.

En théorie, seules des mesures indistinctement applicables peuvent être justifiées au titre d'une raison impérieuse d'intérêt général. Cette exigence soulève des difficultés en ce qui concerne les mesures environnementales, ces dernières tendant à discriminer *de facto* les produits étrangers<sup>23</sup>. En l'espèce, les véhicules nautiques n'étaient pas produits en Suède<sup>24</sup>. Aussi les sportifs locaux avaient-ils tout intérêt à se rabattre sur des embarcations moins rapides pour s'adonner à leurs plaisirs nautiques.

Dans son arrêt *Percy Mickelsson et Joakim Roos*, la Cour a placé sur un pied d'égalité les deux justifications en jugeant que « la protection de l'environnement, d'une part, et la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux, ainsi que la préservation des plantes, d'autre part, étant... des objectifs intimement liés, il y a lieu d'examiner ces objectifs conjointement, afin d'apprécier le caractère justifié d'une réglementation telle que celle en cause dans le litige au principal »<sup>25</sup>. La Cour n'a pas abordé la question de savoir si la mesure nationale *de facto* était distinctement applicable, alors que les véhicules nautiques litigieux n'étaient pas produits en Suède. Sur ce plan, l'arrêt contribue à l'érosion de la distinction opérée entre les mesures indistinctement applicables susceptibles de relever d'une exigence impérieuse d'intérêt général et les mesures distinctement applicables pouvant être justifiées au titre de l'article 30 CE. Ceci ne surprendra guère les spécialistes de la matière. On sait, en effet, que depuis l'arrêt *Déchets wallons*, la ligne de démarcation tracée entre les mesures indistinctement applicables relevant de *Cassis de Dijon* et les mesures discriminatoires pouvant relever de l'article 30 CE a été quelque peu malmenée<sup>26</sup>.

(22) Sur cette question, voy. *Commentaire Mégret - Marché intérieur et environnement*, Bruxelles, éd. de l'Université libre de Bruxelles, 2010, à paraître.

(23) Comme exemple de mesures distinctement applicables, voy. l'obligation faite à des entreprises allemandes d'approvisionnement en électricité d'acheter l'énergie électrique produite dans leurs zones d'approvisionnement à partir de sources d'énergie renouvelable à un prix supérieur du marché, obligation qui empêchait les opérateurs allemands de s'approvisionner auprès d'opérateurs étrangers (C.J.C.E., 13 mars 2001, *Preussen Elektra*, aff. C-379/98, *Rec.*, p. I-2099). Sur un autre plan, même s'il est *a priori* indistinctement applicable, le régime des consignes des bouteilles d'eau minérale en Allemagne, destiné à favoriser la réutilisation de ces emballages, entraîne pour des producteurs d'eau minérale naturelle originaires des autres États membres des coûts supplémentaires. *Cfr* C.J.C.E., 14 décembre 2004, *Radlberger et Spitz*, aff. C-309/02, *Rec.*, I-11763; 14 décembre 2004, *Commission c. Allemagne*, aff. C-463/01, *Rec.*, I-11705, point 61; voy. les conclusions de l'avocat général M. Damaso Ruiz-Jarabo Colomer présentées le 6 mai 2004 dans l'affaire C-463/01, point 50. Voy. C. True, « The German Drinks Can Deposit: Complete Harmonisation or a Trade Barrier Justified by Environmental Protection? », *JEEPL*, 2005, n° 2, pp. 142-150; N. Bringmann, note d'observation sous l'affaire C-463/01, *R.A.E. - L.E.A.*, 2003-2004/4, pp. 694-704.

(24) Conclusions de l'avocat général J. Kokott, rendues le 14 décembre 2006, dans l'affaire C-142/05, point 60.

(25) C.J.C.E., 4 juin 2009, *Percy Mickelsson et Joakim Roos*, aff. C-142/05, précité, point 33.

(26) Arrêts du 9 juillet 1992, *Commission c. Belgique*, aff. C-1/90, *Rec.*, I-1; 25 juin 1998, *Düsseldorf*, aff. C-203/96, *Rec.*, p. I-4075, points 44 et 49; 14 juillet 1998, *Aher-Waggon*, aff. C-389/96, *Rec.*, p. I-4473, point 19; 13 mars 2001, *Preussen Elektra*, aff. C-379/98, *Rec.*, p. I-2099, points 73 et 75; 14 décembre 2004, *Commission c. Allemagne*, aff. C-463/01, *Rec.*, I-11705, point 77; *Radlberger et Spitz*, aff. C-309/02, *Rec.*, I-11763, point 63; 15 novembre 2005, *Commission c. Autriche*, aff. C-320/03, points 84 et 85; C.J.C.E., 11 décembre 2008, *Commission c. Autriche*, aff. C-524/

La Cour de justice devrait se décider à franchir le Rubicon en tranchant pour de bon le nœud gordien entre les exigences impératives d'intérêt général et les raisons énumérées à l'article 30 CE. Sa jurisprudence gagnerait en clarté. Plusieurs auteurs<sup>27</sup> ainsi que de certains avocats généraux<sup>28</sup> ont déjà plaidé en ce sens. Une extension de la jurisprudence *Cassis de Dijon* aux mesures distinctement applicables serait en tout cas, à nos yeux, la bienvenue car on voit mal pourquoi des motifs fort proches tels que la « préservation des végétaux » devraient bénéficier d'un régime privilégié par rapport à celui de la protection de l'environnement.

### Examen de la nécessité des entraves

Le principe de proportionnalité implique que l'on compare les mesures qui sont susceptibles d'atteindre le résultat envisagé et que l'on retienne celle qui présente le moins d'inconvénients. La mesure nationale doit, en effet, atteindre son objectif. S'il apparaît qu'une mesure concurrente permet d'atteindre le même but en provoquant moins d'entraves, la mesure litigieuse n'est plus indispensable et doit donc être écartée. Aussi lorsque la mesure envisagée par l'État membre porte atteinte à la libre circulation des marchandises, il incombe aux autorités

07, point 56. La Cour de justice s'est également fondée sur des exigences impératives dans des affaires dans lesquelles il existait, à tout le moins, un doute sur la question de savoir si la mesure pouvait être considérée comme indistinctement applicable. Voy., par exemple, les arrêts du 9 juillet 1997, *De Agostini et TV-Shop*, aff. C-34/95 à C-36/95, *Rec.*, p. I-3843, points 44 et 45, et du 28 avril 1998, *Decker*, aff. C-120/95, *Rec.*, p. I-1831, points 36 et 39. De plus, la Cour a admis qu'une mesure distinctement applicable puisse être justifiée par une exigence impérieuse d'intérêt général tenant à la préservation de l'équilibre financier du système national de sécurité sociale (*cf* 12 octobre 2000, *Decker*, aff. C-314/98, *Rec.*, p. 8.633).

(27) J.-H. Jans, *European Environmental Law*, 3<sup>e</sup> éd., Groeningen, Europa Law Publishing, 2007, p. 249; voy. aussi P. Oliver, « Some further reflections on the scope of articles 28-30 (ex-articles 30-36 CE) », *C.M.L. Rev.*, 1999, p. 783, pp. 804 à 806; H. Temminck, « From Danish Bottles to Danish Bees: The Dynamics of Free Movement of Goods and Environmental Protection - a Case Law Analysis », *Yearbook of European Environmental Law*, 2000, vol. 1, pp. 90-92.

(28) L'avocat général F. Jacobs, estimait en raison de « l'existence d'une préoccupation accrue pour l'environnement » qui était apparue au fil des réformes du T.C.E., qu'il serait difficile de justifier, « le fait d'accorder une protection moindre à l'environnement qu'aux intérêts reconnus dans des accords commerciaux conclus il y a plusieurs dizaines d'années et intégrés dans le texte de l'article 30 du Traité, qui n'a lui-même pas été modifié depuis son adoption en 1957 » (conclusions de l'avocat général M.-F. G. Jacobs présentées le 26 octobre 2000 dans l'affaire C-379/98, points 232 et 233). En outre, une plus grande tolérance était justifiée étant donné que « les mesures nationales pour la protection de l'environnement sont de manière inhérente susceptibles d'opérer une différenciation sur la base de la nature et de l'origine de la cause du dommage, et sont dès lors susceptibles d'être considérées comme discriminatoires », conformément au principe de la correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement. L'avocat général Geeldhoed a également abondé dans ce sens en arguant en faveur d'un contrôle plus approfondi de la question de savoir si les effets restrictifs « sont une conséquence nécessaire et inhérente de l'objectif environnemental de la mesure » (conclusions de l'avocat général Geeldhoed du 14 juillet 2003 dans l'affaire C-320/03, *Commission c. Autriche*, précité, point 107).

nationales d'examiner attentivement la possibilité de recourir à des mesures moins restrictives et de ne les écarter que si leur caractère inadéquat, au regard de l'objectif poursuivi, est établi.

Appréciées à la lumière d'un seul intérêt à protéger, certaines mesures paraissent proportionnées. Il peut en aller autrement si elles sont examinées à l'aune d'intérêts antagonistes. En d'autres termes, ce qui paraît efficace à l'auteur de la norme ne l'est pas nécessairement aux yeux de ses administrés. Aussi n'est-il pas toujours aisé de déterminer quelle est la « plus efficace », la « plus proportionnée », voire la « moins restrictive » des mesures envisagées. N'étant pas nécessairement neutre, le test de nécessité peut dès lors masquer des appréciations subjectives sur les intérêts en conflit.

Le recours au test de nécessité n'est pas exempt de critiques. On pourrait tout d'abord reprocher au juge communautaire de ne pas disposer d'une compétence technique suffisante pour mettre en parallèle, dans des domaines techniques comme la sécurité routière ou la protection de l'environnement, des méthodes pour le moins divergentes par rapport au résultat envisagé. Est-il apte à les comparer alors qu'il ne dispose pas nécessairement de tous les éléments techniques? Peut-il censurer le législateur ou l'administrateur alors qu'aucun savoir ne le désigne comme plus expert que celui qu'il contrôle? Cette exigence ne revient-elle pas en fin de compte à permettre au moins compétent de dire que le plus érudit s'est trompé?

Si la Cour de justice n'a pas jugé utile, dans les deux arrêts commentés, d'étendre la jurisprudence relative aux modalités de vente, elle se montre, moins sévère quant à la nécessité des mesures en cause. Sans doute les autorités nationales doivent-elles bénéficier de davantage de souplesse lorsqu'elles réglementent l'usage des marchandises. Aussi la Cour reconnaît-elle aux États membres la possibilité d'atteindre leurs objectifs de protection grâce à des mesures certes sévères, mais facilement applicables<sup>29</sup>.

En ce qui concerne l'interdiction pour les motos de tirer des remorques, la Cour admet que s'il n'est pas exclu que des autres mesures<sup>30</sup> que l'interdiction générale et absolue « puissent assurer un certain niveau de sécurité routière pour la circulation d'un ensemble composé d'un motocycle et d'une remorque », il n'en demeure pas moins qu'« il ne saurait être dénié aux États membres la possibilité de réaliser un objectif tel que la sécurité routière par l'introduction des règles générales et simples facilement comprises et appliquées par les conducteurs ainsi qu'aisément gérées et contrôlées par les autorités compétentes »<sup>31</sup>.

Les autorités suédoises auraient, quant à elles, pu opter pour un régime moins sévère autorisant en principe l'usage de telles embarcations, sous réserve de ne pas les faire circuler dans des zones jugées sensibles, telles qu'un nombre limité de réserves naturelles et de zones de baignade. Or, cette branche de l'alternative ne pré-

(29) C.J.C.E., 10 février 2009, *Commission c. Italie*, aff. C-110/05, point 67.

(30) Conclusions de l'avocat général Y. Bot, présentées le 8 juillet 2008, dans l'affaire C-110/05, point 170.

(31) C.J.C.E., 10 février 2009, *Commission c. Italie*, aff. C-110/05, point 67.

sentait pas la même efficacité que l'interdiction finalement retenue. Comme la Cour le reconnaît, il est plus aisé pour les pouvoirs publics de contrôler une utilisation limitée des véhicules dans certaines zones spécifiquement désignées que le contraire. Prenons à nouveau l'exemple du moto-cross dont l'utilisation est réglementée dans des États densément peuplés. Aussi la pratique de ce sport n'est autorisée dans plusieurs États membres que dans des endroits spécialement prévus en vue de réduire les nuisances acoustiques et de garantir la sécurité routière. Dans ce cas, les destinataires de la norme connaissent exactement les endroits où ils peuvent pratiquer leur sport.

À l'instar de l'arrêt précédent, la Cour de justice admet la nécessité de la branche de l'alternative la plus sévère, pour des motifs d'efficacité<sup>32</sup>. Cependant, la nécessité de l'interdiction n'est admise que dans la mesure où elle est atténuée par la mise en œuvre effective d'un régime d'exemptions permettant l'exercice de l'activité nautique<sup>33</sup>.

À la lecture des deux arrêts, on peut estimer que la Cour applique une *rule of reason* dans l'examen de la nécessité de la mesure. Le souci de la Cour de ne pas appliquer de manière draconienne le test de nécessité nous paraît justifié dans la mesure où sont en cause des mesures ne portant pas directement sur les produits, mais concernant l'usage qui en est fait. Il convient d'offrir aux pouvoirs publics une plus grande marge d'appréciation en ce qui concerne l'examen de la nécessité de la mesure. On ne pourrait en effet exiger des autorités qu'elles choisissent la mesure la moins sévère alors que pour des raisons d'efficacité et de coût, le recours à la mesure la plus stricte s'impose. La solution contraire saperait les assises de l'État, garant de la sécurité publique. La Cour semble ainsi avoir pris toute la mesure de la difficulté pour les autorités de mettre en œuvre un nombre croissant de règles de sécurité publique de nature toujours plus complexe.

Nicolas DE SADELEER<sup>34</sup>

## Affaire « Mono Car » : Droits individuels des travailleurs et licenciement collectif<sup>1</sup>

**L**ES PRÉROGATIVES accordées aux interlocuteurs sociaux en droit européen du travail peuvent faire obstacle à l'introduction d'actions par des travailleurs individuels en cas de licenciement collectif et limiter ainsi la portée d'un droit fondamental reconnu dans la Convention européenne des droits de l'homme.

L'articulation entre droits collectifs et actions individuelles est moins aisée qu'il n'y paraît. L'affaire *Mono Car*, qui est ici commentée, l'illustre à merveille. À la suite d'un licenciement collectif, des travailleurs n'ont pu contester la régularité des procédures d'information et de consultation auxquelles avaient participé leurs représentants pour des motifs non expressément visés par la loi et sans notification préalable. En droit belge, cette limitation a pour but de garantir la sécurité juridique d'un employeur procédant à une restructuration. Les demandeurs ont considéré cette limitation (tant substantielle que procédurale) comme une violation de leur droit individuel à une protection juridictionnelle effective. Leurs arguments se basaient sur l'effet utile de la directive et sur l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

La position adoptée par ces travailleurs ne recueille pas l'unanimité. Pour certains, elle aboutirait, si elle était acceptée, à individualiser un droit collectif et à rendre inefficace la négociation collective qu'il soutient. Pour d'autres, individualiser le contrôle (juridictionnel) des procédures collectives ne constituerait qu'une garantie supplémentaire de leur effectivité.

Par son arrêt, la Cour de justice confirme la légalité du dispositif, même s'il conduit à limiter les droits individuels. Ce faisant, la Cour renforce le rôle des représentants des travailleurs dans les licenciements collectifs. Ceux-ci peuvent limiter les recours individuels dans le but de permettre le bon déroulement de l'opération de restructuration. Le raisonnement de la Cour part d'une prémisse « essentialiste » : le droit à l'information et la consultation « possède une nature collective » (point 42). Ainsi seules des limitations de l'action des représentants des travailleurs (comme droit collectif) violeraient l'effet utile de la directive ou l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme (points 43 et 50). Le droit d'action individuel des travailleurs est considéré, quant à lui, comme un ajout utile ne devant pas être indépendamment contrôlé. Par conséquent, la Cour crée une forte dichotomie entre droit d'agir collectif et droit d'agir individuel. Ces actions sont conceptuellement parallèles : elles ont une direction identique (l'effectivité du droit à l'information et la consultation) mais leur interaction

n'est pas nécessaire (la directive n'obligeant pas de créer d'actions individuelles).

S'agit-il pourtant de la meilleure méthode pour garantir l'effectivité du droit des travailleurs? Le droit européen du travail<sup>2</sup> oblige les employeurs envisageant d'effectuer un licenciement collectif de procéder à l'information et la consultation « des représentants des travailleurs » (article 2). L'action attachée à cette obligation peut quant à elle être ouverte aux travailleurs pris individuellement : « les représentants des travailleurs et/ou les travailleurs » doivent jouir d'un droit de recours qui vise au respect de ce droit (article 6). Comme l'a souligné l'avocat général Mengozzi dans l'affaire *Mono Car* (point 47), les États membres ont trois options pour respecter la directive : prévoir un droit d'agir i) soit individuel (pour les travailleurs), ii) soit collectif (pour les représentants), iii) soit mixte. D'autres directives présentent des régimes distincts. La directive-cadre en matière d'information et de consultation<sup>3</sup> souligne qu'elle « ne porte pas atteinte aux systèmes nationaux dans le cadre desquels l'exercice concret de ce droit implique une manifestation collective de volonté de la part des titulaires de celui-ci » (quinzième considérant). En matière de transfert d'entreprise<sup>4</sup>, où des obligations d'information et de consultation existent aussi, tant des recours individuels que collectifs doivent être disponibles (article 9). Cette diversité de solutions ne peut cacher une unité de méthode : chacune de ces législations fait une distinction entre le droit (*ius*, dans le corps du texte) et son action (*remedium*, dans les dispositions finales). Cette distinction n'est pas reprise par la Cour, qui s'est limitée à déterminer le « titulaire » d'un droit à l'information et à la consultation.

Ne faut-il pas écarter la question du « qui » pour se concentrer sur celle du « pour quoi »?

(32) C.J.C.E., 4 juin 2009, *Percy Mickelsson et Joakim Roos*, aff. C-142/05, précité, point 36.

(33) C.J.C.E., 4 juin 2009, *Percy Mickelsson et Joakim Roos*, aff. C-142/05, précité, point 39.

(34) Professeur F.U.S.L., Académie de Louvain, Belgique; professeur invité U.C.L. et Paris II Panthéon-Assas, France. Les commentaires peuvent être adressés à [desadeleer@fusl.ac.be](mailto:desadeleer@fusl.ac.be).

(1) Arrêt du 16 juillet 2009, *Mono Car Styling*, C-12/08, non encore publié au *Recueil*.

(2) Directive 98/59/CE du Conseil, du 20 juillet 1998, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux licenciements collectifs, *J.O.* L 225, p. 16.

(3) Directive 2002/14/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 2002, établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne, *J.O.* L 80, p. 29.

(4) Directive 2001/23/CE du Conseil, du 12 mars 2001, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements, *J.O.* L 82, p. 16.