

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL

M. WALTER VAN GERVEN

présentées le 29 juin 1989*

*Monsieur le Président,
Messieurs les Juges,*

1. Dans la présente affaire à titre préjudiciel, vous êtes de nouveau invités à vous pencher sur la portée de l'article 30 du traité CEE. Vous devrez examiner si l'interdiction des mesures ayant un effet équivalent aux restrictions quantitatives à l'importation, prévue par cet article, est également applicable à une mesure nationale édictant une interdiction de principe de vendre des articles le dimanche.

Les faits

2. Le litige au principal concerne une procédure pénale engagée par une autorité britannique locale, le Torfaen Borough Council (ci-après « Borough Council »), contre une grande entreprise de magasins de bricolage, à savoir B & Q plc (ci-après « B & Q »).

Il est reproché à B & Q d'avoir enfreint les articles 47 et 59 du *United Kingdom Shops Act 1950* (ci-après « Shops Act ») en ouvrant son magasin de Cwmbran au public un dimanche.

En ce qui concerne le texte des articles applicables du Shops Act, nous renvoyons au chapitre I, point 2, du rapport d'audience. Comme le dit le rapport d'audience, l'interdiction en cause est assortie de nombreuses dérogations; en

outre, il n'est pas contesté que la loi est peu respectée et qu'elle n'est souvent appliquée qu'occasionnellement. Il faut aussi observer que la loi n'est pas applicable en Écosse.

3. Les parties dans le litige au principal s'accordent sur le fait que B & Q a violé les dispositions concernées du Shops Act et que la seule justification du comportement de B & Q doit éventuellement être trouvée dans l'article 30 du traité CEE. Les parties ne s'opposent pas non plus sur les éléments de preuve que B & Q a produits pour étayer son argumentation relative aux conséquences de l'interdiction de la vente dominicale sur les importations en provenance d'autres États membres. La juridiction de renvoi a considéré comme établis les principaux éléments de fait qui se dégagent de ces éléments de preuve¹ et qui peuvent être décrits comme suit:

1) ... (sans importance).

2) ... (sans importance).

3) Au cours de l'exercice 1987/1988, B & Q a acheté des articles en provenance d'autres États membres pour une valeur dépassant 40 000 000 UKL. Ce montant représente environ 10 % du volume total des achats de B & Q.

4) A la suite de la mise en application de l'interdiction de vendre le dimanche, plusieurs magasins de B & Q (y compris

* Langue originale: le néerlandais.

1 — Voir paragraphe 7 de l'ordonnance de renvoi.

celui de Cwmbran) ont enregistré une baisse sensible et persistante de leur chiffre d'affaires. Il est aussi établi que, loin de se résorber au fil du temps, cette baisse du chiffre d'affaires a, au contraire, persisté. Pour les exercices 1986/1987 et 1987/1988, la baisse du chiffre d'affaires de ces magasins aurait atteint en moyenne près de 23 %.

5) La baisse du chiffre d'affaires est générale en ce sens qu'elle concerne toutes les catégories de produits vendus par B & Q.

6) Cette baisse est confirmée par le volume des commandes passées par B & Q auprès de certains de ses fournisseurs de la CEE. Depuis l'entrée en vigueur de l'interdiction de vendre le dimanche, on a constaté une diminution sensible du volume de ces commandes.

7) ... (sans importance).

8) Il résulte de ce qui précède que l'entrée en vigueur de l'interdiction de vendre le dimanche entraîne une diminution en chiffres absolus du volume des importations au Royaume-Uni de nombreux produits provenant d'autres États membres et vendus par B & Q.

4. Dans ces conditions, la juridiction de renvoi a décidé de vous poser trois questions relatives à la compatibilité du Shops Act de 1950 avec les articles 30 et 36 du traité CEE. Ces questions se lisent comme suit:

« 1) Le fait pour un État membre d'interdire à des commerces de détail d'ouvrir le dimanche en vue de la vente

d'articles à leur clientèle, à l'exception de certains articles déterminés dont la vente est autorisée, et en supposant que l'interdiction a pour effet de réduire en chiffres absolus le volume des ventes dans ces magasins, notamment d'articles fabriqués dans d'autres États membres, et, dans cette mesure, le volume des importations de ces articles à partir d'autres États membres, constitue-t-il une mesure d'effets équivalant à une restriction quantitative aux importations au sens de l'article 30 du traité CEE?

2) En cas de réponse affirmative à la question 1, cette mesure d'interdiction trouve-t-elle sa justification dans une des exceptions à l'article 30 du traité CEE prévues par l'article 36 du traité CEE ou dans toute autre exception admise en droit communautaire?

3) La réponse à la question 1 ou à la question 2 est-elle influencée par un élément de nature à transformer la mesure en cause en un moyen de discrimination arbitraire ou en une restriction déguisée aux échanges entre les États membres ou en une mesure ne répondant pas au principe de proportionnalité ou injustifiée à d'autres égards? »

I — *La première question*

5. Par la première question, la Cour est invitée à supposer que l'interdiction de vendre le dimanche « a pour effet de réduire ... le volume des ventes ... d'articles fabriqués dans d'autres États membres et, dans cette mesure, le volume des importations de ces articles à partir d'autres États membres ». Ce passage est basé sur la

supposition de fait, indiquée dans l'ordonnance de renvoi (voir ci-dessus, au paragraphe 3, les points 6 et 8), à savoir que l'application de l'interdiction de vendre le dimanche entraîne indirectement une diminution en chiffres absolus du volume des importations au Royaume-Uni de nombreux produits provenant d'autres États membres et vendus dans les magasins de B & Q.

L'ordonnance de renvoi de la Cwmbran Magistrates' Court est ce qu'il est convenu d'appeler un « consent order », ce qui veut dire que les parties se sont entendues sur la teneur de ladite ordonnance, y compris l'énoncé des questions posées à titre préjudiciel. Toutefois, les observations écrites du Borough Council et du gouvernement britannique ainsi que la procédure orale ont fait apparaître que la manière dont la Cour devrait considérer la première question préjudicielle reste encore sur de nombreux points une source de désaccord.

L'ordonnance de renvoi doit-elle être « reformulée » ?

6. *En premier lieu*, le gouvernement du Royaume-Uni observe qu'il n'est pas établi que B & Q a vendu, le dimanche en cause, des produits originaires d'autres États membres. Il estime du reste que, puisque le Shops Act qualifie de punissable non pas la vente, mais le seul fait d'ouvrir un magasin, B & Q a, de toute façon, commis une infraction et que les questions préjudicielles sont inutiles pour trancher le litige au principal. Il demande, en tout état de cause, à la Cour de préciser qu'il ne peut y avoir éventuellement incompatibilité des dispositions en cause du Shops Act de 1950 que pour autant que ces dispositions s'appliquent à des produits importés.

En second lieu, le gouvernement du Royaume-Uni et le Borough Council font observer qu'il n'est pas établi que les dispositions litigieuses du Shops Act restreignent effectivement le volume total des importations au Royaume-Uni (voir le rapport d'audience, chapitre II, points 1 et 3).

En troisième lieu, le gouvernement du Royaume-Uni et le Borough Council ont développé à l'audience un argument supplémentaire à l'appui de leur thèse selon laquelle la Cour ne devrait pas tenir compte de l'incidence, constatée par la juridiction de renvoi, du Shops Act sur les importations au Royaume-Uni. Ils ont estimé que l'effet dont il est question dans l'ordonnance de renvoi n'est pas pertinent, étant donné qu'il n'affecte qu'un seul commerçant et que rien ne prouve qu'il joue à l'égard d'un produit déterminé.

7. Aucun de ces trois arguments ne sont de nature à nous convaincre. En ce qui concerne l'utilité ou la nécessité de la question dont il s'agit, nos observations peuvent être brèves. Comme le Royaume-Uni l'indique lui-même, il incombe uniquement à la juridiction de renvoi d'apprécier la nécessité ou l'utilité d'une question préjudicielle².

L'allégation selon laquelle une mesure nationale ne pourrait être jugée contraire à l'article 30 que pour autant qu'elle est applicable aux produits importés est exacte en ce sens que l'article 30 (ou toute autre disposition de droit communautaire) n'est pas applicable dans des situations « purement internes »³. Or, tel n'est pas le cas en

2 — Ce principe était déjà admis dès l'origine dans la jurisprudence de la Cour et n'a jamais été mis en cause. Voir, par exemple, l'arrêt du 19 décembre 1968, Salgoil (13/68, Rec. 1968, p. 631, 641), et l'arrêt du 30 avril 1986, Asjes, point 10 des motifs (affaires jointes 209-213/84, Rec. 1986, p. 1457). La Cour ne s'est écartée de ce principe que dans des cas très exceptionnels. Voir l'arrêt du 11 mars 1980, Foglia I, en particulier les points 6 à 11 des motifs (104/79, Rec. 1980, p. 745) et l'arrêt du 16 décembre 1981, Foglia II (244/80, Rec. 1981, p. 3045).

3 — Voir, par exemple, l'arrêt du 8 décembre 1987, Gauchard, en particulier les points 10 à 12 des motifs (20/87, Rec. 1987, p. 4879).

l'espèce: il ressort clairement de l'énoncé de la première question et des faits qu'il existe un « élément transfrontalier ».

Le deuxième argument ne nous paraît pas non plus pouvoir se concilier avec la jurisprudence de la Cour. Vous avez clairement affirmé dans votre arrêt *Dassonville* et constamment rappelé depuis lors que par mesure d'effet équivalent il faut entendre « toute réglementation commerciale susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement, le commerce intracommunautaire »⁴. Conformément à cette définition, vous avez précisé dans votre jurisprudence qu'un opérateur économique, qui conteste une mesure nationale au motif qu'elle constitue une mesure d'effet équivalent prohibée, ne doit pas prouver que cette mesure entrave *effectivement ou globalement* les échanges intracommunautaires. La Cour a rejeté l'argumentation par laquelle on tentait de démontrer par des données statistiques que l'importation du produit concerné avait augmenté et elle n'a pas non plus tenu compte de la possibilité que l'entrave en question serait compensée par d'autres facteurs⁵. Cela est d'ailleurs logique: en effet, sans la mesure restrictive, les importations pourraient augmenter *encore plus*.

Les seuls cas dans lesquels vous avez admis qu'une mesure était réputée sortir du champ d'application de l'article 30 en raison de ses effets matériels sont ceux dans lesquels vous avez conclu que la réglementation en question ne pouvait pas entraîner une restriction des importations et exportations entre États membres⁶, ou dans lesquels la mesure en

cause « n'a, en réalité, pas de lien avec l'importation des produits »⁷. Les éléments de fait de ces arrêts avaient une nature très spécifique: il s'agissait chaque fois de mesures à propos desquelles vous avez conclu, sur la base d'une appréciation empirique, qu'elles n'affectaient pas ou n'étaient pas susceptibles d'affecter le commerce intracommunautaire. Le gouvernement britannique et le Borough Council laissent entendre que la Cour est confrontée, en l'espèce, à une situation similaire et que les arrêts susmentionnés seraient dès lors déterminants pour répondre aux questions préjudicielles. Cela ne nous paraît pas exact: la juridiction de renvoi a constaté en fait une certaine baisse des importations au Royaume-Uni à la suite de l'interdiction de vendre le dimanche. C'est la raison pour laquelle la Cour est invitée à supposer qu'il existe un lien de causalité entre la réglementation litigieuse et la baisse des importations; pareil lien n'existait pas dans les affaires *Oebel*, *Blesgen* et *Forest*.

8. Nous ne pouvons pas non plus nous rallier au troisième argument relatif à la « pertinence » des constatations de fait de la juridiction de renvoi. Il ressort de la jurisprudence de la Cour que, même lorsque une entrave au commerce est constatée dans le chef d'un seul commerçant, la réglementation qui est à l'origine de l'entrave peut entrer dans le champ d'application de l'article 30⁸. Cette approche nous paraît justifiée. S'il est vrai que, lorsqu'un arrêt préjudiciel interprète le droit communautaire, cette interprétation vaut « erga omnes », toutefois, l'arrêt est rendu eu |

4 — Arrêt du 11 juillet 1974, 8/74, Rec. 1974, p. 837, point 5 des motifs (c'est nous qui soulignons).

5 — Voir l'arrêt du 24 novembre 1982, *Commission/République d'Irlande*, points 22 à 27 des motifs (249/81, Rec. 1982, p. 4005).

6 — Arrêt du 14 juillet 1981, *Oebel*, point 20 des motifs (155/80, Rec. 1981, p. 1993).

7 — Arrêt du 31 mars 1982, *Blesgen*, point 9 des motifs (75/81, Rec. 1982, p. 1211); voir aussi l'arrêt du 25 novembre 1986, *Forest* (148/85, Rec. 1986, p. 3449), dans lequel la Cour a conclu au point 19 des motifs comme suit: « il apparaît dès lors qu'une telle mesure... n'a, en réalité, pas de lien avec l'importation... et n'est pas de nature à entraver le commerce entre États membres ».

8 — L'exemple le plus récent est l'arrêt du 16 mai 1989, *Buet* (382/87, Rec. 1989, p. 1235); voir, en particulier, le point 7 des motifs.

égard à l'application d'une réglementation nationale à une situation de fait bien définie, existant dans l'affaire principale. Il n'est certes pas toujours possible (ni souhaitable) que la Cour se prononce dans un arrêt à titre préjudiciel sur des situations concrètes n'ayant rien à voir avec le cas d'espèce dans le litige au principal et dont les éléments matériels exacts ne sont pas ou pas suffisamment connus.

Enfin, nous tenons encore à nous démarquer de l'affirmation selon laquelle, les dispositions du Shops Act ayant une portée générale, rien ne prouverait, en l'espèce, l'existence d'une entrave pour un produit spécifique. La présente affaire pose la question de savoir si les règles litigieuses entraînent une entrave commerciale au sens de l'article 30 à l'égard des produits commercialisés par B & Q. Or, c'est ce que la juridiction de renvoi a expressément constaté⁹.

Le Shops Act contient-il une « réglementation commerciale » ?

9. Ce qui précède nous conduit à conclure qu'il n'existe pas de raison convaincante d'écarter les suppositions de fait, énoncées par la juridiction de renvoi, en tant que dénuées de pertinence et de modifier les termes de la première question.

La discussion porte donc sur la question de savoir si une réglementation nationale, qui s'est avérée avoir un certain effet restrictif sur les importations, peut cependant encore sortir du champ d'application de l'article 30 du traité CEE. B & Q répond par la négative:

les dispositions litigieuses du Shops Act de 1950 doivent être intégralement analysées à la lumière du principe énoncé dans l'arrêt Dassonville et tombent dès lors, *prima facie*, sous le coup de l'interdiction de l'article 30. Or, tant le Borough Council que le gouvernement britannique et la Commission ont affirmé que, en l'espèce, *ou bien* ce principe n'était pas applicable, *ou bien* on ne pouvait pas en déduire que les dispositions litigieuses entrent dans le champ d'application de l'article 30.

10. Selon le *Borough Council*, la législation litigieuse n'est même pas une « réglementation commerciale » au sens de l'arrêt Dassonville, mais l'expression d'un « pouvoir de police », que les États membres auraient conservé en vertu de l'article 30. Dans les observations du Borough Council, le concept de « pouvoir de police » ou « loi de police » est surtout défini en fonction des effets qui sont susceptibles de résulter d'une telle mesure. Il s'agirait de réglementations dont les liens avec le commerce intracommunautaire ne sont pas suffisamment étroits et dont les effets restrictifs seraient la conséquence inévitable de la réglementation générale de la vie en société ou de la vie des affaires. Le Borough Council soutient que ces réglementations ne sont pas visées par la disposition prohibitive de l'article 30 lorsqu'elles sont appliquées indistinctement (et il estime que cette thèse est confirmée par les arrêts Oebel et Blesgen, déjà cités).

11. Sans rattacher son raisonnement au concept de « mesure de police », le *gouvernement du Royaume-Uni* soutient que, dans sa jurisprudence relative à l'article 30 du traité CEE, la Cour distingue les mesures applicables à un produit spécifique et les mesures ayant une portée générale. Dans le cas des mesures citées en premier lieu, une disparité entre les législations nationales existantes entraînerait presque inévitable-

⁹ — Voir plus haut au paragraphe 3 le point 8. Ces constatations de fait de la juridiction de renvoi s'appuient entre autres sur une déclaration d'un fournisseur néerlandais de B & Q (voir annexe 4 à l'ordonnance de renvoi), selon laquelle les commandes que B & Q lui avait passées avaient baissé de 31,5 % pendant la période d'application de l'interdiction de la vente dominicale.

ment une entrave au commerce interétatique. En revanche, lorsqu'il s'agit de mesures ayant une portée générale, il ressortirait de la jurisprudence de la Cour qu'elles n'entrent pas dans le champ d'application de l'article 30 du traité CEE, à moins qu'elles n'aient un caractère discriminatoire ou ne désavantagent en fait les produits importés par rapport aux produits nationaux. Les règles relatives aux heures de travail ou d'ouverture, ou celles qui déterminent les produits pouvant être vendus dans certains points de vente relèvent de la réglementation générale de la vie en société ou de la vie des affaires. Même lorsqu'elles ont un certain effet restrictif, elles n'empêchent pas l'importation ou la commercialisation des produits importés; leur influence (à supposer qu'elle existe) ne peut pas être établie avec précision.

12. Nous pensons que l'approche du Borough Council et du gouvernement du Royaume-Uni se heurte à différentes objections. Il n'est vraiment pas facile d'appliquer le critère de délimitation qu'ils proposent. Que faut-il entendre par « liens pas suffisamment étroits avec le commerce intracommunautaire », par « réglementation générale » ou par « mesures ayant une portée générale »? A combien de produits ou secteurs industriels une réglementation doit-elle être applicable pour être considérée et analysée comme une réglementation ayant une portée générale?

Toutefois, il est plus important de se demander si l'approche précitée est compatible avec la jurisprudence de la Cour. La création d'une nouvelle catégorie de mesures (de police) qui sont applicables à la production et à la commercialisation des produits, tout en n'étant cependant pas des réglementations commerciales, ne trouve aucun appui dans la jurisprudence de la Cour. Ce principe vient encore d'être

confirmé dans votre arrêt *Pharmaceutical Society* du 18 mai 1989¹⁰, dans lequel vous avez affirmé qu'une disposition selon laquelle un pharmacien est tenu de délivrer exclusivement un médicament nommément désigné dans l'ordonnance du médecin pouvait constituer une mesure d'effet équivalent. Pourtant, il s'agissait d'une règle déontologique « neutre », dont on ne pouvait démontrer le lien avec l'importation des produits. La Cour, se fondant sur le fait qu'après une brève période d'application de la réglementation l'importation des produits pharmaceutiques étrangers avait pratiquement cessé, a néanmoins conclu qu'on ne pouvait pas exclure la possibilité que la réglementation constitue une entrave aux échanges intracommunautaires; elle ne s'est pas penchée sur le problème de la qualification de la règle (s'agissait-il d'une réglementation commerciale ou non)¹¹. Un autre exemple nous est fourni par l'arrêt dans l'affaire *Buet*¹², dans lequel la Cour a jugé qu'une règle française, interdisant le démarchage à la vente de « matériel pédagogique », devait être considérée comme faisant obstacle à l'importation de matériel d'apprentissage d'une langue étrangère (voir les points 7 à 9 des motifs de l'arrêt).

Cette jurisprudence rappelle opportunément le principe selon lequel l'analyse d'une réglementation nationale au regard de l'article 30 du traité CEE doit porter sur les effets (restrictifs des échanges) de cette réglementation plutôt que sur sa nature (générale ou spécifique au produit). S'il est vrai qu'il est plus facile de prouver l'existence d'une entrave dans le cas d'une réglementation spécifique au produit plutôt que dans celui d'une réglementation générale,

10 — Arrêt dans les affaires 266 et 267/87, *Royal Pharmaceutical Society of Great-Britain*, Rec. 1989, p. 1295.

11 — Voir, toutefois, les conclusions (en sens contraire) de l'avocat général M. Darmon du 10 mars 1989, en particulier les points 19 à 28.

12 — Arrêt du 16 mai 1989, déjà cité à la note 8.

toutefois, nous ne voyons pas pourquoi une entrave aux échanges ne pourrait pas résulter aussi bien d'une réglementation de nature générale que d'une réglementation axée sur un produit spécifique.

Les différentes catégories de « mesures indistinctement applicables »

13. Permettez-nous d'évoquer brièvement, à titre d'introduction à cette partie de notre exposé, les observations présentées par la Commission. La Commission part de la distinction généralement admise entre « mesures discriminatoires » et « mesures indistinctement applicables ». Dans ce second groupe, elle distingue trois différentes catégories en fonction de la nature des mesures en cause. Une *première catégorie* comprend les mesures réglant les conditions (nature ou composition, dimensions, forme, conditionnement, étiquetage et dénomination) auxquelles les produits doivent satisfaire pour pouvoir être mis sur le marché. Une disparité entre les différentes réglementations nationales en ce qui concerne cette catégorie créera inévitablement des entraves aux échanges, parce qu'elle a pour effet que des marchandises, légalement produites ou commercialisées dans l'État membre d'exportation, doivent être adaptées pour pouvoir être vendues dans l'État membre d'importation. Une *deuxième catégorie* comprend les mesures qui interdisent l'importation et la fabrication (ou simplement la commercialisation) de certains produits. Ces mesures imposent une interdiction absolue d'importation pour les produits concernés et peuvent être considérées à ce titre comme des restrictions quantitatives plutôt que comme des mesures d'effet équivalent. La *troisième catégorie* concerne les circonstances (où, quand, comment, par qui) dans lesquelles les produits peuvent être vendus ou utilisés. Les restrictions portant sur les heures d'ouver-

ture des magasins relèvent indéniablement de cette dernière catégorie.

Pour les mesures de la troisième catégorie, le lien avec les importations doit, selon la Commission, être cherché ailleurs. Ces mesures n'empêchent pas les importations, mais elles sont susceptibles de les réduire par les restrictions qu'elles imposent aux débouchés ou aux possibilités d'utilisation (et, partant, à la demande) des produits entrant dans leur champ d'application. Or, ces entraves sont d'un tout autre ordre que celles qui résultent des deux premières catégories: alors que celles des deux premières catégories résultent des disparités entre les différentes réglementations nationales, celles de la troisième catégorie sont causées par l'existence même de la réglementation; une éventuelle disparité est, à cet égard, sans importance. La Commission trouve dans votre jurisprudence trois affaires dans lesquelles vous vous seriez prononcés sur des mesures de la troisième catégorie: il s'agit des arrêts Oebel¹³, Blesgen¹⁴ et Forest¹⁵. Selon la Commission, ces arrêts sont aussi déterminants pour la présente affaire.

14. Avant de donner notre propre appréciation, il est utile d'observer qu'on peut constater une évolution évidente dans votre jurisprudence relative aux mesures nationales relevant de l'article 30 du traité CEE. Dès l'origine, il était établi qu'une mesure nationale comportant une *discrimination* (formelle ou, comme on l'a rapidement souligné, matérielle) des produits importés tombe sous le coup de l'interdiction de l'article 30. Dans cette situation, qui n'est pas celle de l'espèce, vous avez considéré que cette mesure ne pouvait être justifiée

13 — Arrêt du 14 juillet 1981, déjà cité à la note 6.

14 — Arrêt du 31 mars 1982, déjà cité à la note 7.

15 — Arrêt du 25 novembre 1986, déjà cité à la note 7.

qu'en application d'une des causes de justification citées à l'article 36.

15. Ensuite, vous avez également estimé que l'interdiction visée à l'article 30 frappait aussi les mesures indistinctement applicables aux produits nationaux et importés. Il s'agit, dans ce cas, de mesures qui ne sont certes pas discriminatoires par leur but ou leur objet, mais qui ont *en fait des effets plus importants* pour les produits importés que pour les produits nationaux; en d'autres termes, elles désavantagent les produits importés par rapport aux produits nationaux. Dans votre célèbre arrêt « Cassis de Dijon », vous avez affirmé que de telles mesures relevaient aussi en principe de l'interdiction visée à l'article 30:

« Les obstacles à la circulation intracommunautaire résultant de disparités des législations nationales relatives à la commercialisation des produits en cause doivent être acceptés dans la mesure où ces prescriptions peuvent être ... nécessaires pour satisfaire à des exigences impératives »¹⁶.

L'idée de base de cette jurisprudence est que de telles disparités des législations nationales peuvent donner naissance à de graves entraves aux échanges intracommunautaires, parce qu'elles peuvent rendre nécessaires des dépenses ou des travaux supplémentaires pour que la fabrication ou la commercialisation du produit satisfasse aux réglementations, qui varient d'un État membre à l'autre. Ces réglementations concernent soit la composition, la dimension, la forme, le poids, la présentation, l'étiquetage, la dénomination et le conditionnement des produits¹⁷, soit les méthodes de vente auto-

risées¹⁸. Comme la Commission l'a observé à juste titre, il existe, dans cette catégorie, un lien de causalité entre la disparité et l'entrave. C'est la raison pour laquelle de telles mesures sont illicites au regard de l'article 30, du moins lorsqu'elles ne sont pas nécessaires en raison d'« exigences impératives » ou ne peuvent pas être justifiées sur la base des causes de justification énumérées à l'article 36. Cette interdiction ne joue évidemment qu'en l'absence d'une réglementation communautaire et en attendant l'adoption d'une directive d'harmonisation, arrêtée en application des articles 100 et suivants du traité CEE.

16. Il est établi, en l'espèce, que la législation britannique litigieuse n'a pas d'incidence différente sur les produits importés par rapport aux produits nationaux. En effet, la juridiction de renvoi a constaté que la baisse des ventes, due à la mise en œuvre de l'interdiction de la vente dominicale, était générale (« across the board »), en ce sens qu'elle touchait *tous* les produits vendus par B & Q. Du reste, B & Q n'a pas allégué que la disparité entre les différentes législations nationales relatives aux jours de fermeture l'obligeait à différencier sa méthode de commercialisation. Rien ne prouve dès lors que la production ou la commercialisation des produits importés, vendus par B & Q, est plus difficile que la production ou la commercialisation des produits nationaux.

Peut-on dans ce cas encore craindre que le but de l'article 30, à savoir l'intégration des marchés nationaux, soit compromis? Dans ses conclusions dans l'affaire Cinéthèque¹⁹,

16 — Arrêt du 20 février 1979, Rewe, point 8 des motifs (120/78, Rec. 1979, p. 649).

17 — Un exemple connu est celui de l'arrêt du 10 novembre 1982, Rau, en particulier le point 13 des motifs (261/81, Rec. 1982, p. 3961), qui était relatif à une réglementation belge qui n'autorisait la vente ou l'importation de margarines que lorsqu'elles étaient emballées en forme de cube.

18 — Voir, par exemple, l'arrêt du 15 décembre 1982, Oosthoek, en particulier le point 15 des motifs (Rec. 1982, p. 4575), relatif à une interdiction d'utiliser certaines formes de publicité et certaines méthodes de promotion.

19 — Cette affaire (arrêt du 11 juillet 1985, affaires jointes 60 et 61/84, Rec. 1985, p. 2605) concernait la question de savoir si une loi française, qui contenait une interdiction (temporaire) de principe de vente ou de location des vidéocassettes d'un film diffusé dans les salles de cinéma, était compatible avec l'article 30 du traité CEE.

l'avocat général Sir Gordon Slynn a répondu à cette question par la négative:

« Une mesure nationale qui ne vise pas expressément les importations ne constitue pas une discrimination à l'égard des importations, ne rend pas plus difficile à l'importateur la vente de ses produits qu'à un autre producteur national et n'accorde aucune protection aux producteurs nationaux, ne tombe *apparemment* pas, selon nous, dans le champ d'application de l'article 30, même si elle conduit pratiquement à une restriction ou à une réduction des importations »²⁰.

Or, dans le cas de la législation française dont il s'agissait dans l'affaire Cinéthèque, on ne pouvait pas démontrer que les importations étaient rendues « plus difficiles », ce qu'on ne peut pas non plus faire dans la présente affaire. Selon les termes de l'avocat général:

« L'importateur peut, en fait, importer. Il se trouve dès lors exactement sur le même pied que le revendeur national. Ce dernier n'a aucun avantage supplémentaire sur l'importateur, le premier ne subit pas un préjudice supplémentaire en faveur du revendeur français à la suite de l'interdiction d'exploiter les vidéocassettes. Le facteur qui amènera un revendeur en France à ne pas acheter à un distributeur français d'appareils vidéo (incapacité de vendre ou de louer) est identique à celui qui le conduirait à ne pas acheter à un distributeur dans un autre État membre. A cet égard, les distributeurs sont, dans chacun de ces deux cas, assujettis aux mêmes conditions commerciales. Ils exercent effectivement leurs activités dans le même marché. L'article 30 ne peut avoir eu pour objectif, à cet égard, d'accorder au distributeur dans un autre État membre des condi-

tions plus favorables qu'au distributeur national. Il se peut que, s'il était manifestement anormal de placer les importations sur le même pied que la production nationale, la mesure soit critiquable pour cette raison. Néanmoins, ce n'est pas le cas ici et, selon nous, la loi en cause ne tombe pas dans le champ d'application de l'article 30²¹ ».

La Cour n'a pas suivi ce point de vue. Elle a, toutefois, admis dans son arrêt qu'un tel régime

« ... n'a pas pour objet de régir les courants d'échanges; il n'a pas pour effet de favoriser la production nationale par rapport à la production des autres États membres, mais d'encourager la production cinématographique en tant que telle » (point 21 des motifs).

Toutefois, elle a estimé que l'interdiction visée à l'article 30 était en principe applicable:

« Toutefois, l'application d'un tel régime peut provoquer des entraves aux échanges intracommunautaires de vidéocassettes du fait des disparités entre les régimes applicables dans les différents États membres et entre les conditions dans lesquelles les œuvres cinématographiques y sortent en salle. Dans ces conditions, une interdiction d'exploitation prévue par ce régime n'est compatible avec le principe de la libre circulation de marchandises prévu par (l'article 30) qu'à la condition que les entraves éventuelles qu'elle cause aux échanges intracommunautaires n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer l'objectif visé et que cet objectif soit justifié au regard du

20 — Rec. 1985, p. 2611.

21 — Rec. 1985, p. 2611-2612.

droit communautaire » (point 22 des motifs).

17. Par ces considérations, vous avez précisé que l'interdiction visée à l'article 30 peut aussi s'appliquer à une réglementation qui ne discrimine pas les produits importés et ne rend pas non plus la production ou la commercialisation des produits importés plus difficile que celle des produits nationaux. Tel est, selon nous, le cas lorsqu'une réglementation peut, en tant que telle ou en tant qu'élément du contexte juridique et économique général, avoir pour effet de protéger un marché national ou de rendre l'accès à ce *marché* indûment plus difficile, moins rentable ou moins attrayant pour les opérateurs économiques d'autres États membres.

C'est effectivement ce qui s'est produit dans l'affaire Cinéthèque: en effet, la Cour avait constaté que l'interdiction de commercialisation, imposée par la réglementation française, était généralement d'une durée plus longue que dans d'autres États membres²². Cette interdiction de commercialisation avait pour effet que les entreprises d'autres États membres, qui exploitaient des vidéo-cassettes et n'étaient pas soumises à une réglementation aussi stricte dans le pays d'exportation, n'avaient temporairement pas accès au marché français. L'entrave aux échanges intracommunautaires qui en résultait procédait, à cet égard, non pas (tant) de la disparité des législations (qui existait aussi dans ce secteur), mais de l'*existence* même de la réglementation. Une telle situation risquait effectivement de compromettre l'intégration du marché et justifiait tout à fait l'application de l'article 30.

22 — Voir le point 19 des motifs de l'arrêt.

18. En fait, l'arrêt Cinéthèque constitue une nouvelle application de la règle Dassonville, telle qu'elle est appliquée aux réglementations nationales qui, tout en ne défavorisant pas les produits importés par rapport aux produits nationaux, rendent l'accès aux nouveaux marchés et la pénétration de ceux-ci par des entreprises d'autres États membres impossibles, plus difficiles (plus onéreux) ou beaucoup moins attrayants (non rentables). Dans une situation de ce genre, il faut comparer non pas les *produits* importés et nationaux, mais les *marchés* nationaux entre eux. L'interdiction des restrictions quantitatives visée à l'article 30, qui est un des fondements essentiels de l'unité du marché commun, a en effet pour corollaire que tous les marchés nationaux de la Communauté doivent rester suffisamment accessibles pour les entreprises des autres États membres. Avant de clarifier plus avant ce point, nous voudrions tout d'abord examiner la jurisprudence de la Cour relative à cette « nouvelle » situation.

Un nouveau tournant dans la jurisprudence de la Cour

Plusieurs arrêts récents ont montré que l'arrêt Cinéthèque n'était pas une décision isolée, mais qu'il ajoutait, au contraire, une nouvelle dimension à l'application de l'article 30. A cet égard, nous pensons en particulier aux affaires Succédanés de lait en poudre et de lait concentré²³, Warner Brothers²⁴, Buet²⁵ et Pharmaceutical Society²⁶.

23 — Arrêt du 23 février 1988, Commission/France (216/84, Rec. 1988, p. 793). Cet arrêt vient encore d'être confirmé par votre arrêt du 11 mai 1989, Commission/Allemagne, « Succédanés de lait », (76/86, Rec. 1989, p. 1021). Nous examinerons ci-après uniquement l'arrêt cité en premier lieu.

24 — Arrêt du 17 mai 1988, affaire 158/86, Rec. 1988, p. 2605.

25 — Cité ci-dessus à la note 8.

26 — Arrêt du 18 mai 1989, déjà cité ci-dessus en note 10. Dans les affaires Oebel, Blesgen et Forest (citées ci-dessus dans les notes 6 et 7), la Cour aurait aussi pu se prononcer dans le même sens si elle avait admis l'existence d'une entrave.

19. Dans l'affaire Succédanés de lait en poudre et de lait concentré, la Commission contestait une réglementation française prévoyant une interdiction absolue de commercialiser et d'importer tout produit destiné à remplacer le lait en poudre ou le lait concentré. Bien que cette réglementation ne comportait aucune protection de la production nationale et n'entraînait aucune discrimination à l'égard des produits importés, elle avait pour effet de verrouiller complètement le marché français pour les produits auxquels elle s'appliquait. En outre, l'interdiction n'était pas limitée dans le temps, ce qui fait qu'elle avait des effets encore plus importants que l'interdiction dont il s'agissait dans l'affaire Cinéthèque. Aussi, la Cour a-t-elle conclu sans plus que l'application de la réglementation aux produits importés n'était compatible avec le droit communautaire que dans la mesure où elle pouvait être justifiée en vertu de l'article 36 ou sur la base d'exigences impératives²⁷.

20. L'affaire Warner Brothers mettait en cause une réglementation danoise qui conférait au titulaire du droit d'auteur d'une œuvre musicale ou cinématographique le droit de s'opposer pendant un certain temps à la location d'enregistrements vidéo de cette œuvre. La Cour a observé que la commercialisation de vidéocassettes (surtout lorsqu'il s'agit de cassettes enregistrées et non de cassettes vierges) se faisait de plus en plus par le biais de la location de ces cassettes. Or, selon la Cour, dans ces conditions, l'interdiction de location, édictée au Danemark, pouvait avoir pour effet d'entraver²⁸ les échanges intracommunau-

taires de vidéocassettes qui sont mises en libre pratique dans un autre État membre et n'y sont pas soumises à une même interdiction de location²⁹. L'approche est donc la même que dans l'affaire Cinéthèque: la réglementation peut avoir pour effet de rendre l'accès au marché danois impossible ou, du moins, beaucoup plus difficile pour les entreprises qui s'occupent de la location de vidéocassettes dans un État membre qui n'impose pas de restrictions (ou impose des restrictions moins strictes) à la location de vidéocassettes.

L'affaire Buet concernait une réglementation française interdisant le démarchage pour la vente de matériel pédagogique. Bien qu'il ne soit pas apparu (comme dans l'affaire Oosthoek³⁰) qu'il existât une disparité entre les différentes réglementations nationales, entraînant une discrimination de fait de la production ou de la commercialisation des produits importés, cette réglementation pouvait avoir pour effet de protéger le marché français contre un vendeur de matériel d'apprentissage d'une langue étrangère, à plus forte raison lorsque la mesure en cause privait l'opérateur concerné d'une méthode de commercialisation par laquelle il réalisait la quasi-totalité de ses ventes³¹.

Dans l'affaire Pharmaceutical Society, la Cour a constaté que, peu de temps après l'introduction (ou la réintroduction) de la règle déontologique litigieuse, les produits pharmaceutiques étrangers avaient été presque totalement éliminés du marché britannique³². Cette donnée peut être considérée comme une preuve suffisante de ce que la règle litigieuse avait, en fait, pour effet que la commercialisation des produits

27 — Voir point 7 des motifs. Le gouvernement français n'avait, du reste, pas contesté l'applicabilité de l'interdiction visée à l'article 30: voir point 4 des motifs. Du reste, il était déjà établi que l'article 30 était applicable aux interdictions de commercialisation non limitées dans le temps. Voir, par exemple, l'arrêt du 17 décembre 1981, Frans-Nederlandse Maatschappij voor Biologische Producten (272/80, Rec. 1981, p. 3277).

28 — Tout comme dans l'affaire Cinéthèque, il faut en effet s'attendre à ce que, au terme du délai assez long d'interdiction, l'intérêt pour les vidéocassettes d'un film diminue.

29 — Voir point 19 des motifs.

30 — Citée ci-dessus, note 18.

31 — Voir points 7 et 8 des motifs.

32 — Voir point 18 des motifs.

pharmaceutiques étrangers était rendue plus difficile que celle des produits nationaux. Cet arrêt peut aussi être interprété — selon nous, de façon plus exacte — en ce sens que l'élimination des produits pharmaceutiques étrangers du marché prouve que l'application de la règle litigieuse a eu pour effet de protéger le marché britannique.

Définition du concept de compartimentage du marché

21. Comme on le voit, dans ces différents arrêts de date récente, la Cour s'est attachée à examiner non pas s'il existait une discrimination à l'égard des produits importés, mais si le marché commun était cloisonné en marchés nationaux distincts. A cet égard, il convient d'établir une comparaison avec la jurisprudence de la Cour relative à l'interdiction des ententes, visée à l'article 85. En effet, le cloisonnement ou le compartimentage des marchés sont, dans ce domaine, des notions connues. En outre, dans l'arrêt Dassonville, la Cour a repris presque mot à mot les termes qu'elle avait déjà utilisés précédemment pour définir l'expression « affecter le commerce entre États membres », visée à l'article 85. Dans l'arrêt LTM du 30 juin 1966³³, la Cour a affirmé plus particulièrement qu'un accord peut affecter le commerce interétatique s'il est à craindre qu'il

« puisse exercer une influence éventuelle, directe ou indirecte, actuelle ou potentielle, sur les courants d'échanges entre États membres, susceptible d'entraver la réalisation d'un marché unique entre lesdits États » (voir le dispositif à la page 361).

33 — Voir arrêt du 30 juin 1966, LTM/MBU (56/65, Rec. 1966, p. 337).

Dans l'arrêt Dassonville³⁴, la Cour se prononce comme suit:

« que toute réglementation commerciale des États membres susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement, le commerce intracommunautaire est à considérer comme mesure d'effet équivalant à des restrictions quantitatives » (point 5 des motifs).

Du reste, dans les deux domaines, la Cour a rejeté la théorie de l'équilibre économique des effets provoqués par l'entente ou la réglementation commerciale^{35 36}.

22. Il n'y a pas lieu d'approfondir ici la comparaison entre l'article 30 et l'article 85 pour ce qui est des entraves aux échanges intracommunautaires dont il est question dans ces deux articles. Ceux-ci sont formulés en termes différents, pas seulement parce qu'ils s'adressent à des destinataires différents (respectivement, les États membres et les entreprises), ce qui fait qu'ils ont en vue d'autres types d'entraves (respectivement, les mesures nationales et les ententes). En outre, l'exigence que l'entrave ait une incidence sur les échanges intracommunautaires, énoncée à l'article 85, fonctionne (entre autres et, pour certains auteurs, exclusivement) comme règle de conflit délimitant le champ d'application du

34 — Déjà cité ci-dessus, note 4.

35 — Voir, en ce qui concerne les ententes, l'arrêt du 13 juillet 1966, Consten-Grundig (affaires jointes 56 et 58/64, Rec. 1966, p. 429, 514 et 515); voir, en ce qui concerne les réglementations commerciales, l'arrêt du 24 novembre 1982, 249/81, déjà cité plus haut à la note 5.

36 — Il existe aussi des différences d'application. C'est ainsi par exemple qu'en ce qui concerne l'article 30 on ne pourrait pas faire application de la règle « de minimis » (voir arrêt du 5 avril 1984, Van de Haer en Kaveka de Meern, point 13 des motifs, affaires jointes 177 et 178/82, Rec. 1984, p. 1797). En ce qui concerne l'article 85, cette règle trouve cependant application, et cela dans l'exigence que le commerce entre États membres doit être affecté d'une manière sensible (voir arrêt du 9 juillet 1969, Völk-Vervaecke, 5/69, Rec. 1969, p. 295).

droit communautaire par rapport au droit national.

Or, ces différences ne changent rien au fait que les deux articles précités (ainsi que d'autres articles) poursuivent le même but fondamental, tel qu'il est énoncé aux articles 2 et 3 du traité CEE, à savoir l'établissement et le maintien d'un marché commun (et le rapprochement des politiques économiques des États membres). A cet effet, ils prohibent (entre autres) respectivement les mesures nationales et les accords entre entreprises qui, dans le commerce interétatique, sont responsables du compartimentage du marché commun en marchés nationaux distincts.

Eu égard à cet objet général du traité et compte tenu du parallélisme, rappelé plus haut, des termes utilisés par la Cour pour définir les entraves au commerce interétatique, visées aux articles 30 et 85, il est évident que, pour comprendre le concept de « compartimentage » (ou « cloisonnement ») du marché, il faut se référer à la jurisprudence touffue de la Cour, relative à l'article 85.

23. On peut distinguer dans la jurisprudence relative à l'expression « affecter le commerce interétatique » à l'article 85, deux cas de cloisonnement du marché: celui où un accord horizontal ou vertical, conclu généralement, mais pas uniquement, entre des entreprises établies dans des pays différents, isole par elle-même un marché national, par exemple en subdivisant purement et simplement le marché unique (« chacun chez soi ») ou en empêchant les importations parallèles en provenance d'autres États membres; et celui où un accord, par exemple un accord sur les prix, même conclu entre des entreprises établies dans un seul et même État membre, rend

l'accès à un marché national plus difficile, eu égard au contexte juridique et économique général. Dans le premier cas, l'interdiction visée à l'article 85, paragraphe 1, trouve presque automatiquement application³⁷, et cela en raison de la protection territoriale absolue que l'accord assure pour les entreprises concernées par le verrouillage absolu d'un marché national. Dans le second cas, l'interdiction visée à l'article 85, paragraphe 1, ne trouve application³⁸ que s'il peut être démontré sur la base du « contexte juridique et économique général » que l'accord qui, par hypothèse, s'étend à l'« ensemble du territoire d'un État membre » a, par sa nature même,

« pour effet de consolider des cloisonnements de caractère national³⁹, entravant ainsi l'interpénétration économique voulue par le traité et assurant une protection à la production nationale, (rendant) plus difficile l'action ou la pénétration, sur le marché national concerné, de producteurs ou de vendeurs des autres États membres »⁴⁰.

Nous pensons qu'aux fins de l'application de l'article 30 à la situation que nous examinons ici, et qui concerne une mesure nationale non discriminatoire et ne désavantagant pas non plus les produits importés,

37 — Sous réserve, il est vrai, de la règle « de minimis » et éventuellement, mais à titre très exceptionnel, de l'article 85, paragraphe 3.

38 — De nouveau, sous réserve de la règle « de minimis » et de l'article 85, paragraphe 3.

39 — Le texte néerlandais, qui fait foi, utilisait l'expression « versterking van de nationale drempelvorming ». Dans les présentes conclusions, le mot « drempelvorming » est traduit, pour des raisons de clarté linguistique, de plusieurs façons, telles que « renforcer le cloisonnement du marché » ou « rendre l'accès du marché plus difficile ».

40 — Arrêt du 17 octobre 1972, *Cementhandelaren/Commission*, points 29 et 30 des motifs (8/72, Rec. 1972, p. 977). Cette affaire concernait une entente horizontale entre producteurs. La Cour avait déjà affirmé précédemment que même une entente verticale, n'ayant qu'une incidence limitée, à savoir un contrat de brasserie entre un brasseur local et un client local, peut être contraire à l'interdiction visée à l'article 85, paragraphe 1, eu égard au contexte juridique et économique général. Voir l'arrêt du 12 décembre 1967, *Haecht/Wilkin* (23/67, Rec. 1967, p. 525).

mais dont la seule existence est susceptible de compromettre l'intégration des marchés entre les États membres (voir plus haut, paragraphes 17 et 18), il y a lieu d'utiliser une distinction similaire entre cloisonnement du marché national par des mesures de verrouillage absolu et cloisonnement du marché national par des mesures qui tendent à rendre l'accès à ce marché plus difficile.

Si la réglementation nationale litigieuse *cloisonne* déjà par elle-même un marché national, l'article 30 est automatiquement applicable⁴¹. Tel est le cas des réglementations nationales qui (comme dans les affaires Cinéthèque ou Succédanés de lait en poudre et de lait concentré) édictent une interdiction absolue (fût-elle limitée dans le temps) de commercialisation (comparable, selon la Commission⁴², à une restriction quantitative).

Si la mesure nationale litigieuse *se borne à rendre l'accès* du marché national *plus difficile*, l'interdiction visée à l'article 30 n'est applicable⁴³ que s'il ressort du contexte juridique et économique général qu'elle compromet l'interpénétration économique des marchés nationaux, voulue par le traité. Dans ce cas, le cloisonnement du marché doit être considéré comme suffisamment probable, sur la base d'un certain nombre de données quantitatives démontrant que l'application de la réglementation a un tel « effet de renforcement du cloisonnement », rendant le marché inaccessible (onéreux, non rentable) à un point tel qu'il faut craindre que la plupart des produits importés disparaîtront du marché. Tel était, par exemple, le cas dans les affaires Warner Brothers et Buet, d'une part, et Pharmaceu-

tical Society, d'autre part. Dans les affaires Warner Brothers et Buet, un renforcement inadmissible du cloisonnement résultait du fait qu'une méthode de commercialisation essentielle avait été exclue pour les produits concernés. Dans l'affaire Pharmaceutical Society, on a pu signaler que, peu de temps après la publication de la règle déontologique litigieuse, la part de marché des produits importés avait été pratiquement réduite à néant⁴⁴.

24. Encore trois observations sur ce qui précède. En premier lieu: dans le cas, cité ci-dessus, d'une réglementation nationale « renforçant le cloisonnement », il ne saurait évidemment pas être fait application d'une règle « de minimis », parce que, dans cette hypothèse, l'application de l'interdiction visée à l'article 30 suppose déjà une entrave grave, et donc pas seulement sensible, du commerce interétatique. En second lieu: dans cette situation, il incombe aux juridictions nationales d'apprécier le contexte juridique et économique général, et d'en déduire éventuellement l'existence d'un renforcement du cloisonnement, visé dans le traité, et, partant, une entrave prohibée au commerce interétatique. Cette appréciation n'est pas aisée, mais elle ne diffère pas de celle qui est déjà confiée aux juridictions nationales dans le cadre de l'article 85, paragraphe 1, que nous avons esquissé plus haut. En troisième lieu: il ressort de la jurisprudence de la Cour que dans les deux cas susvisés de compartimentage du marché, c'est-à-dire en cas de cloisonnement du marché national et dans le cas où l'accès au marché est rendu plus difficile, la réglementation nationale concernée peut être justifiée sur la base des causes de justification énumérées à l'article 36 et sur la base d'« exigences impératives ».

41 — Cela évidemment sous réserve de l'application de l'article 36 ou d'« exigences impératives », ainsi qu'il ressort de l'arrêt Cinéthèque et de la jurisprudence ultérieure.

42 — Voir plus haut, le point 13.

43 — De nouveau, sous réserve de l'application de l'article 36 ou d'« exigences impératives ».

44 — Voir les points 4 et 18 des motifs.

Pas d'effet de compartimentage du marché dans la présente affaire

25. Appliquant ce qui précède à la présente affaire, nous constatons qu'il n'est pas apparu qu'une réglementation telle que celle dont il s'agit dans l'affaire au principal aboutit, pour les produits vendus par B & Q, à cloisonner le marché national ou à en rendre l'accès plus difficile. Une telle réglementation ne contient certainement pas d'interdiction de commercialisation, comparable à une restriction quantitative ayant pour effet de cloisonner le marché national; elle n'a pas non plus pour effet de rendre l'accès à ce marché plus difficile au point de compromettre l'interpénétration économique des marchés nationaux.

Il a certes été constaté que l'application de l'interdiction de la vente dominicale entraînait une *baisse du chiffre d'affaires*: elle aboutit à une baisse des ventes des produits offerts par B & Q d'environ 23 %. Toutefois, rien ne prouve qu'une telle réglementation ait un quelconque effet de *compartimentage* du marché commun. C'est ainsi qu'elle n'a pas pour effet de rendre l'accès au marché national (ou l'action sur celui-ci) nettement plus difficile pour les entreprises des autres États membres (ce qui pourrait ressortir, entre autres, du fait que, comme dans l'affaire *Pharmaceutical Society*, la part de marché des produits nationaux en question augmente sensiblement au détriment des produits importés). On ne peut pas non plus affirmer (comme dans les affaires *Warner Brothers* ou *Buet*) qu'une telle réglementation exclut une méthode de commercialisation essentielle pour pénétrer ou opérer sur le marché national. En effet, même si l'ouverture d'un point de vente le dimanche constitue une méthode efficace de vente d'articles de bricolage et de jardinage, son interdiction ne paraît pas être de nature à renforcer le cloisonnement du marché à

un point tel que l'accès au marché national devient beaucoup plus difficile (onéreux) ou beaucoup moins attrayant (non rentable) pour les producteurs ou commerçants des produits en provenance d'autres États membres.

Dans ces conditions, nous concluons que l'application d'une réglementation telle que celle dont il s'agit dans l'affaire au principal n'est pas de nature à restreindre le commerce intracommunautaire d'une manière qui donne lieu à l'application de l'article 30 du traité, bien qu'elle ait une certaine incidence (défavorable) sensible sur les importations des produits en cause.

II — *Subsidiairement: les deuxième et troisième questions*

26. Avant d'examiner les deuxième et troisième questions préjudicielles (relatives aux causes de justification au titre des articles 30 et 36), nous ferons encore une observation. La solution de rechange de l'approche susmentionnée (qui limite, dans une certaine mesure, la portée de la formule *Dassonville*), nous paraît consister dans une application « mécanique » de cette formule: toute mesure nationale, dont la suppression pourrait entraîner une augmentation (directe ou indirecte, actuelle ou potentielle) des importations, est alors incompatible avec le droit communautaire, sauf si elle est justifiée au titre d'« exigences impératives » ou en vertu de l'article 36. Cela signifie que selon cette conception seules les entraves « raisonnables » sont encore permises par le traité, « raisonnable » signifiant (dans la jurisprudence de la Cour): nécessaire, proportionné et aussi peu restrictif que possible.

Cette solution de rechange présente le grand désavantage (ainsi qu'il ressortira

aussi de l'examen ci-après des causes de justification) que la Cour devra inévitablement de plus en plus apprécier le caractère raisonnable des options politiques des États membres dans les très nombreux domaines où il n'est pas question d'une discrimination ou d'un désavantage, direct ou indirect, matériel ou juridique, des produits importés⁴⁵. On peut se demander s'il n'y a pas alors « Überforderung » du juge communautaire, qui sera en effet confronté à de nombreuses nouvelles « exigences impératives » et causes de justification. Des mesures nationales comportant des options politiques lui seront constamment soumises dans le cadre de l'article 30 et il lui sera demandé d'étendre la liste non limitative des exigences impératives. Il est à craindre que cette liste deviendra de plus en plus longue et finira par coïncider avec une sorte de compétence résiduelle des États membres⁴⁶. Il nous paraît dès lors préférable, comme nous le suggérons plus haut, de définir a priori la portée et les limites de l'article 30 sur la base des buts généraux de ces dispositions et du traité.

27. Dans le cas où vous estimeriez néanmoins qu'une interdiction de vendre le dimanche doit être considérée comme une entrave au commerce intracommunautaire au sens de l'article 30 du traité CEE, nous examinerons maintenant à titre subsidiaire si cette entrave est nécessaire pour satisfaire aux exigences impératives ou à une ou

45 — Outre une limitation du commerce dominical, on peut aussi penser aux restrictions au droit d'établissement dans le cadre d'une législation sur l'aménagement du territoire (voir l'arrêt Gauchard, déjà cité ci-dessus à la note 3), aux réglementations prévoyant une saisie des biens en cas de non-paiement de l'impôt (voir affaire 69/88, pendant de la Cour), à l'imposition des limitations de vitesse, etc.

46 — La Cour a toujours confirmé que l'article 36 du traité CEE n'avait pas pour but de réserver certaines matières à la compétence exclusive des États membres. Voir l'arrêt du 10 juillet 1984, Campus Oil Limited, point 32 des motifs (72/83, Rec. 1984, p. 2727) et l'arrêt du 12 juillet 1979, Commission/Allemagne, point 5 des motifs (153/78, Rec. 1979, p. 2555) et les précédents qui y sont cités. Selon nous, ce principe vaut également pour les exigences impératives.

plusieurs causes d'intérêt général, énumérées à l'article 36 du traité.

Le Borough Council estime qu'il existe différents moyens de justifier l'entrave. Selon lui, la protection du milieu de travail, et celle de la santé et de la prospérité (ou du bien-être) des travailleurs sont, en l'espèce, des exigences impératives qui rendent la réglementation litigieuse nécessaire. En ce qui concerne l'article 36, le Borough Council estime que la réglementation est justifiée au titre de la protection de la santé et de la vie des personnes, de l'ordre public et de la moralité publique.

Le gouvernement du Royaume-Uni adopte un point de vue plus simple: selon lui, le Shops Act répond à l'exigence impérative du maintien du caractère général du dimanche comme jour sans activités commerciales; subsidiairement, la réglementation serait justifiée en vertu de l'article 36 au titre de la protection de l'ordre public. Sur la base de l'arrêt Cinéthèque, le gouvernement du Royaume-Uni et le Borough Council pensent pouvoir conclure que, dès lors qu'une mesure peut être admise en tant qu'« exigence impérative », il n'est pas nécessaire qu'il y ait conformité parfaite entre les exigences impératives et la mesure litigieuse.

28. Quelles que soient, en l'espèce, les exigences impératives ou les causes de justification admissibles, il faut au préalable répondre à une autre question: une réglementation qu'un État membre ne fait appliquer que sporadiquement⁴⁷ peut-elle être

47 — Le Home Office Report (« The Shops Act — Late night and Sunday opening: Report of the Committee of inquiry into proposals to amend the Shops Acts », présenté au parlement du Royaume-Uni en novembre 1984 et joint en annexe 2 aux observations de B & Q) fait état de ce que l'application du Shops Act est confiée depuis 1974 aux autorités municipales. Or, certaines autorités ont décidé de ne pas du tout appliquer la loi; de nombreuses autres autorités municipales n'interviennent qu'en cas de plainte (paragraphe 25 du Report). Il est dit aussi que très peu d'autorités municipales adoptent une politique consistant à poursuivre tous ceux qui ouvrent un point de vente en dehors de la période autorisée (ibidem).

invoquée par cet État comme étant nécessaire pour satisfaire aux exigences impératives? Cette question est délicate. Une réponse négative équivaldrait à l'application d'une certaine forme du principe « estoppel », lorsqu'il s'agit d'apprécier si une exigence impérative peut être admise: selon ce principe, un État membre ne serait pas autorisé à s'écarter du droit communautaire sur la base d'une « nécessité » qu'il invoque, mais ne fait pas appliquer concrètement⁴⁸. Nous serions tenté d'exclure qu'une nécessité impérative puisse être invoquée lorsqu'il est établi qu'un État membre *néglige complètement* de la faire appliquer. On ne peut pas dire que tel est le cas de la réglementation britannique, actuellement en cause. S'il est vrai que, selon certaines indications, le Shops Act n'est appliqué que de manière sporadique ou incohérente (sur ce point, voir plus loin, paragraphe 32), toutefois, il n'est pas tombé *en désuétude* (ce que prouve, entre autres, le fait que le parlement britannique a rejeté en 1985 une proposition de loi tendant à abroger le Shops Act).

29. Examinons, tout d'abord, si les causes de justification invoquées en vertu de l'article 36 le sont à juste titre. En ce qui concerne la protection de la moralité publique, le Borough Council la présente dans ses observations comme le souci de ne pas heurter la sensibilité de certaines personnes en ouvrant les magasins le dimanche. Ce souci ne nous paraît pas relever du concept de « moralité publique ». S'il est vrai que vous avez admis dans votre arrêt Henn et Darby⁴⁹ qu'il appartient, en principe, à chaque État membre de définir les exigences de la moralité publique sur son territoire, selon sa propre échelle des valeurs

et dans la forme qu'il a choisie, toutefois, le principe selon lequel l'article 36 n'a pas pour but de réserver certaines matières à la compétence exclusive des États membres⁵⁰ a pour effet que la Cour doit exercer un certain contrôle sur ce qu'un État membre considère comme relevant du concept de moralité publique. Or, le souci de ne pas heurter la sensibilité religieuse ne nous paraît pas relever de ce concept.

La protection de l'ordre public ne nous paraît pas non plus entrer en considération. Pour invoquer cette cause de justification, dont la portée doit être entendue strictement⁵¹, il faut

« l'existence d'une menace réelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société »⁵².

On comprend aisément qu'il n'en est pas question en l'espèce.

30. Nous devons examiner, ensuite, si les exigences impératives invoquées sont admissibles en tant que telles. Il est indéniable que la catégorie des exigences impératives n'est pas limitative (alors que l'énumération figurant à l'article 36 du traité CEE l'est). La protection du milieu de travail (expressément citée à l'article 100 A du traité CEE) et de la santé et du bien-être des travailleurs salariés ou indépendants (une sous-catégorie de la « santé des personnes », dont il est question à l'article 36) peut incontestablement être considérée comme une exigence impérative. Le « maintien du dimanche

50 — Voir la jurisprudence citée à la note 46 ci-dessus.

51 — Arrêt du 27 octobre 1977, Bouchereau, point 33 des motifs (30/77, Rec. 1977, p. 1999), (avec renvoi à l'arrêt du 4 décembre 1974, Van Duyn, 41/74, Recueil 1974, p. 1337, 1350).

52 — Arrêt Bouchereau, déjà cité à la note 51, point 35 des motifs. Voir, aussi, les conclusions de l'avocat général M. Warner, p. 2016, 2024 à 2026.

48 — Le principe « estoppel » était cité dans l'arrêt du 10 février 1983, Luxembourg/Parlement, points 22 à 26 des motifs (230/81, Rec. 1983, p. 255). Voir aussi les conclusions de l'avocat général M. Mancini, p. 293, 295.

49 — Arrêt du 14 décembre 1979, 34/79, Rec. 1979, p. 3795. Voir aussi l'arrêt du 11 mars 1986, Conagate, en particulier les points 14 et 15 des motifs (121/85, Rec. 1986, p. 1007).

comme jour sans activités commerciales » nous paraît plus douteux. S'il s'agit d'une expression générique, couvrant les exigences impératives citées plus haut, il ne doit pas être considéré séparément. Toutefois, il sera alors difficile d'en démontrer le caractère proportionné (voir le paragraphe 31 ci-après). En revanche, s'il renvoie à une exigence impérative autonome et s'il est compris, par exemple, comme étant le souci de donner aux citoyens la possibilité de réserver le même jour à toutes sortes d'activités (non professionnelles, par exemple religieuses) et aux contacts sociaux, nous pouvons l'accepter, bien que ce ne soit pas sans une grande hésitation: en effet, cela prouve à quel point il est facile de faire valoir des exigences impératives nouvelles, à première vue justifiées, et à quel point il est difficile pour la Cour de les apprécier objectivement.

31. Or, même lorsqu'on admet une des exigences impératives précitées, il faut encore vérifier si la réglementation litigieuse est, dans sa forme actuelle, *nécessaire* pour la réalisation de l'exigence impérative invoquée et *proportionnée* à cette réalisation.

Prenons, tout d'abord, l'hypothèse où le dimanche est considéré comme jour de repos destiné à protéger la santé et le bien-être des travailleurs salariés et indépendants. La Commission a observé sur ce point que cet objectif pouvait être atteint d'une manière moins restrictive: à savoir en limitant le nombre d'heures de travail (pour les travailleurs salariés) ou en autorisant (ou obligeant) les travailleurs indépendants à choisir un jour de fermeture, quel qu'il soit, plutôt qu'en imposant le dimanche. Cette allévation doit être nuancée. Nul ne contestera que le choix d'un jour déterminé est plus restrictif pour la liberté humaine. Cependant, la question qui se pose est de savoir s'il restreint le commerce intracom-

munautaire au-delà de ce qui est nécessaire. Si l'on part de l'idée que le dimanche est un jour plus favorable pour la vente des produits en cause que les autres jours de la semaine⁵³, la possibilité de choisir un jour déterminé, quel qu'il soit, a effectivement des effets moins restrictifs sur le commerce intracommunautaire.

Il en va autrement si l'on admet (comme nous l'avons suggéré plus haut au paragraphe 30, avec beaucoup d'hésitation) qu'une interdiction de vente le dimanche vise à satisfaire le souci de promouvoir, le même jour, toutes sortes d'activités (non professionnelles) et les contacts sociaux. Dans ce cas, l'imposition d'un jour de fermeture généralisé, qui est déjà utilisé traditionnellement par une grande partie de la population pour de telles activités et contacts, est nécessaire pour atteindre l'objectif visé et est proportionné à cet objectif.

32. Jusqu'à présent, nous avons accordé dans notre analyse peu d'importance à la complexité et à l'incohérence (tant *ratione personae* que *ratione loci*) de la législation dont il s'agit dans la procédure au principal et que B & Q a critiquée en détail, et au contrôle sporadique du respect de cette législation. S'il est vrai que nous nous rallions au point de vue initial de B & Q, à savoir que la justification d'une réglementation doit être appréciée en tenant compte des éléments de fait de cette réglementation, toutefois, l'argumentation développée par B & Q concerne en premier lieu l'efficacité et la cohérence de cette réglementation. Or, le droit communautaire prévoit un autre type d'exigences: l'entrave que la réglementation engendre *in concreto* doit être proportionnée au but poursuivi, c'est-à-dire qu'elle

53 — C'est ce que la juridiction de renvoi avait constaté. Voir plus haut, au paragraphe 3, le point 4.

ne doit pas avoir d'effets restrictifs pour les échanges intracommunautaires des marchandises plus importants que ceux qui sont nécessaires pour atteindre le but poursuivi; à cet égard, la question de savoir si la réglementation atteint le but qui lui est assigné est sans importance⁵⁴. Le caractère « raisonnable » d'une mesure n'est pertinent en droit communautaire que pour autant que cette mesure ne constitue pas un moyen de discrimination arbitraire ou de restriction déguisée. Il s'agit évidemment en l'espèce d'une discrimination arbitraire des produits d'autres États membres ou d'une protection déguisée du marché intérieur. Le fait que la règle n'est pas applicable ou n'est pas appliquée ou exécutée de manière uniforme à l'intérieur d'un seul et même État membre peut constituer un motif de recours en droit national, mais pas en droit communautaire.

Pour étayer ce qui précède, nous renvoyons à l'arrêt Henn et Darby⁵⁵, qui concernait l'application d'une interdiction d'importer des « articles indécents ou obscènes » au Royaume-Uni. Cette affaire mettait aussi en cause la justification d'une disposition de droit britannique qui n'était pas applicable uniformément à l'ensemble du territoire du Royaume-Uni; en outre, il était apparu (contrairement à la présente affaire) que, dans la pratique, les règles les plus strictes étaient appliquées à l'égard des produits importés. Ici aussi, la question vous a été posée de savoir si l'interdiction en question constituait une discrimination arbitraire ou une restriction déguisée. A cet égard, vous avez considéré ce qui suit:

« ... Quelles que soient les différences des règles applicables à ce sujet dans les différentes parties constitutives du Royaume-Uni, et nonobstant certaines exceptions de portée limitée qu'elles comportent, ces législations ont dans leur ensemble pour but de prohiber ou, à tout le moins, de freiner la fabrication et la commercialisation de publications ou d'objets à caractère indécent ou obscène » (point 21 des motifs de l'arrêt).

Dans ces conditions, vous avez conclu que, bien que les produits importés soient soumis aux dispositions légales les plus rigoureuses, cette législation

« ... ne (pouvait pas) être considérée comme une mesure destinée à protéger indirectement une production nationale quelconque ni comme visant à établir une discrimination arbitraire entre les marchandises de ce genre particulier, selon qu'elles sont produites sur le territoire national ou dans un autre État membre » (ibidem).

33. En conclusion de cet examen des causes éventuelles de justification, nous tenons encore à souligner ce qui suit: selon nous, cet examen illustre à l'évidence qu'une mesure, présentée comme nécessaire par un État membre, ne peut souvent être appréciée que lorsque la Cour est disposée à se pencher sur des domaines où des options politiques ont été prises et pour lesquels le droit communautaire ne fournit pas ou ne fournit guère de critères d'appréciation. D'où notre proposition d'éluder, dans toute la mesure du possible, cette appréciation délicate des mesures nationales telles que celle dont il s'agit en l'espèce par une interprétation, conforme au traité, de l'article 30.

54 — Sur ce point, il existe de nombreux doutes: toutes les causes de justification invoquées présupposent que les magasins restent fermés le dimanche; or, le Shops Act permet en fait l'ouverture dominicale, du moins lorsque seuls des « produits exonérés » sont vendus. Dans la pratique, cette échappatoire est exploitée à fond. Voir le *Home Office Report*, paragraphe 22, cité plus haut à la note 47.

55 — Déjà cité à la note 49.

Proposition de réponse aux questions posées à titre préjudiciel

34. En résumé, nous vous proposons de répondre dans les termes suivants aux questions posées à titre préjudiciel par le Cwmbran Magistrates' Court:

« Une réglementation nationale qui interdit d'ouvrir les magasins au public le dimanche autrement qu'en vue de la vente de certains articles déterminés ne relève pas de l'interdiction visée à l'article 30 lorsque cette réglementation n'entraîne pas une discrimination de fait pour les produits importés par rapport aux produits nationaux, ni ne les désavantage, et n'a pas non plus pour effet de cloisonner le marché intérieur de l'État membre concerné ou d'en rendre l'accès nettement plus difficile ou moins attrayant pour les produits importés, auxquels ladite réglementation s'applique. »

Toutefois, dans le cas où vous seriez d'avis qu'une telle réglementation constitue, par principe, une mesure visée par l'article 30, nous vous proposons subsidiairement de répondre dans les termes suivants aux questions posées à titre préjudiciel:

« Les articles 30 et 36 du traité CEE ne s'opposent pas à une réglementation nationale qui prohibe l'ouverture dominicale des magasins au public, si ce n'est en vue de la vente de certains articles spécifiques, lorsque cette réglementation ne conduit pas à une discrimination de fait pour les produits importés par rapport aux produits nationaux et que les entraves au commerce intracommunautaire, éventuellement induites par l'application de cette interdiction, ne dépassent pas ce qui est nécessaire pour promouvoir les activités non professionnelles et les contacts sociaux un jour déterminé, qui est déjà utilisé à cet effet par une grande partie de la population. »