



## Recueil de la jurisprudence

### ORDONNANCE DU PRÉSIDENT DU TRIBUNAL

15 mai 2013\*

« Référé — Valeurs limites pour l'antimoine, l'arsenic, le baryum, le plomb et le mercure présents dans les jouets — Refus de la Commission d'approuver intégralement les dispositions nationales notifiées par les autorités allemandes maintenant des valeurs limites pour ces substances — Demande de mesures provisoires — Recevabilité — Urgence — Fumus boni juris — Mise en balance des intérêts »

Dans l'affaire T-198/12 R,

**République fédérale d'Allemagne**, représentée par M. T. Henze et M<sup>me</sup> A. Wiedmann, en qualité d'agents,

partie requérante,

contre

**Commission européenne**, représentée par M<sup>me</sup> M. Patakia et M. G. Wilms, en qualité d'agents,

partie défenderesse,

ayant pour objet une demande visant à obtenir, à titre provisoire, l'approbation du maintien des dispositions nationales notifiées par les autorités allemandes portant valeurs limites pour l'antimoine, l'arsenic, le baryum, le plomb et le mercure présents dans les jouets jusqu'à la décision du Tribunal au fond,

LE PRÉSIDENT DU TRIBUNAL

rend la présente

### Ordonnance

#### Objet de la procédure

- 1 La présente demande en référé porte sur la décision C (2012) 1348 final de la Commission, du 1<sup>er</sup> mars 2012, concernant les dispositions nationales notifiées par la République fédérale d'Allemagne maintenant les valeurs limites pour le plomb, le baryum, l'arsenic, l'antimoine, le mercure, les nitrosamines et les substances nitrosables qui sont présents dans les jouets au-delà de la date d'entrée en application de la directive 2009/48/CE du Parlement européen et du Conseil, du 18 juin 2009, relative à la sécurité des jouets (JO L 170, p. 1) (ci-après la « décision attaquée »).

\* Langue de procédure : l'allemand.

- 2 Par la décision attaquée, la Commission européenne a fait droit, pour les nitrosamines et les substances nitrosables, à la demande que le gouvernement allemand lui avait adressée en application de l'article 114, paragraphe 4, TFUE afin d'obtenir l'approbation du maintien des dispositions nationales portant valeurs limites pour les métaux lourds susmentionnés. En ce qui concerne les valeurs limites pour le plomb, le baryum, l'arsenic, l'antimoine et le mercure – qui correspondent aux valeurs qui avaient été fixées par la directive 88/378/CEE du Conseil, du 3 mai 1988, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à la sécurité des jouets (JO L 187, p. 1, ci-après l'« ancienne directive jouets ») –, la Commission a, en substance, rejeté la demande du gouvernement allemand et décidé que, à l'avenir, les valeurs limites fixées par la directive 2009/48 (ci-après la « nouvelle directive jouets »), seraient d'application.

## Cadre juridique

### *Droit primaire*

- 3 L'article 114, paragraphes 1 à 7, TFUE dispose ce qui suit :

« 1. Sauf si les traités en disposent autrement, les dispositions suivantes s'appliquent pour la réalisation des objectifs énoncés à l'article 26. Le Parlement européen et le Conseil ?...? arrêtent les mesures relatives au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur.

?...?

3. La Commission, dans ses propositions prévues au paragraphe 1 en matière de santé, de sécurité, de protection de l'environnement et de protection des consommateurs, prend pour base un niveau de protection élevé en tenant compte notamment de toute nouvelle évolution basée sur des faits scientifiques. Dans le cadre de leurs compétences respectives, le Parlement européen et le Conseil s'efforcent également d'atteindre cet objectif.

4. Si, après l'adoption d'une mesure d'harmonisation ?...?, un État membre estime nécessaire de maintenir des dispositions nationales justifiées par des exigences importantes visées à l'article 36 ?...?, il les notifie à la Commission, en indiquant les raisons de leur maintien.

?...?

6. Dans un délai de six mois après [la notification visée au paragraphe 4], la Commission approuve ou rejette les dispositions nationales en cause après avoir vérifié si elles sont ou non un moyen de discrimination arbitraire ou une restriction déguisée dans le commerce entre États membres et si elles constituent ou non une entrave au fonctionnement du marché intérieur.

En l'absence de décision de la Commission dans ce délai, les dispositions nationales visées [au paragraphe 4] sont réputées approuvées.

Lorsque cela est justifié par la complexité de la question et en l'absence de danger pour la santé humaine, la Commission peut notifier à l'État membre en question que la période visée dans le présent paragraphe peut être prorogée d'une nouvelle période pouvant aller jusqu'à six mois.

7. Lorsque, en application du paragraphe 6, un État membre est autorisé à maintenir ou à introduire des dispositions nationales dérogeant à une mesure d'harmonisation, la Commission examine immédiatement s'il est opportun de proposer une adaptation de cette mesure. »

## *Droit dérivé*

### Ancienne directive jouets

- 4 Aux termes de l'article 2 de l'ancienne directive jouets, les jouets ne peuvent être mis sur le marché que s'ils ne compromettent pas la sécurité ou la santé des utilisateurs ou des tiers lorsqu'ils sont utilisés conformément à leur destination ou qu'il en est fait un usage prévisible, compte tenu du comportement habituel des enfants. Le jouet doit remplir, dans l'état où il est mis sur le marché et compte tenu de la durée de son utilisation prévisible et normale, les conditions de sécurité et de santé établies par la directive.
- 5 L'annexe II (intitulée « Exigences essentielles pour les jouets »), partie II (intitulée « Risques particuliers »), point 3 (intitulé « Propriétés chimiques »), de l'ancienne directive jouets fixe comme objectif des valeurs limites de biodisponibilité maximale admissible par jour, notamment, pour l'antimoine, l'arsenic, le baryum, le plomb et le mercure. Les valeurs limites de biodisponibilité définissent la quantité maximale admissible d'une substance chimique qui peut, du fait de l'utilisation des jouets, être absorbée et être disponible pour des processus biologiques dans le corps humain. Ces valeurs limites de biodisponibilité n'opèrent pas de distinction en fonction de la consistance de la matière composant le jouet. L'annexe II, partie II, point 3, paragraphe 2, première phrase, de ladite directive fixe, en particulier, les valeurs limites suivantes, qui expriment la biodisponibilité maximale journalière admissible en µg : 0,2 pour l'antimoine ; 0,1 pour l'arsenic ; 25,0 pour le baryum ; 0,7 pour le plomb et 0,5 pour le mercure. Quant aux nitrosamines et aux substances nitrosables, l'ancienne directive jouets ne fixe aucune valeur limite.
- 6 C'est sur cette base que, en vertu d'un mandat de la Commission, le Comité européen de normalisation a élaboré la norme harmonisée européenne EN 71-3 « Sécurité des jouets » (ci-après « EN 71-3 »), qui déduit des valeurs limites de biodisponibilité des « valeurs limites de migration » pour les matières composant les jouets et décrit une procédure permettant de les déterminer. Les valeurs limites de migration indiquent la quantité maximale admissible d'une substance chimique qui peut migrer, c'est-à-dire passer d'un produit vers l'extérieur, par exemple pénétrer dans la peau ou dans le suc gastrique. Si les valeurs de l'EN 71-3 sont respectées, les valeurs limites de biodisponibilité définies par l'ancienne directive jouets sont réputées l'être également. L'EN 71-3 fixe, notamment, les valeurs limites de migration suivantes : 60 mg/kg pour l'antimoine ; 25 mg/kg pour l'arsenic ; 1 000 mg/kg pour le baryum ; 90 mg/kg pour le plomb et 60 mg/kg pour le mercure.

### Nouvelle directive jouets

- 7 En 2003, la Commission s'est résolue à revoir l'ancienne directive jouets. Au terme de nombreuses consultations d'experts sur plusieurs projets, elle a, au début de l'année 2008, présenté la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la sécurité des jouets, proposition qui a été acceptée par le Conseil le 11 mai 2009, malgré l'opposition du gouvernement allemand, et adoptée le 18 juin 2009 pour devenir la nouvelle directive jouets. L'annexe II (intitulée « Exigences de sécurité particulières »), partie III (intitulée « Propriétés chimiques »), point 13, de cette directive fixe directement des valeurs limites de migration. Elle opère désormais une distinction en fonction de trois types de consistances des matières composant les jouets selon que la matière est « sèche/friable/poudreuse/souple », qu'elle est « liquide ou collante » ou qu'elle est « grattée ».

- 8 L'annexe II, partie III, point 13, de la nouvelle directive jouets fixe ainsi les valeurs limites de migration suivantes :

Élément	mg/kg de matière de jouet sèche, friable, poudreuse ou souple	mg/kg de matière de jouet liquide ou collante	mg/kg de matière de jouet grattée
Antimoine	45	11,3	560
Arsenic	3,8	0,9	47
Baryum	4 500	1 125	56 000
Plomb	13,5	3,4	160
Mercur	7,5	1,9	94

- 9 L'article 54 de la nouvelle directive jouets impose aux États membres l'obligation de mettre en vigueur les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires à sa transposition dans leur ordre national au plus tard le 20 janvier 2011 et de les appliquer à partir du 20 juillet 2011. L'article 55 prévoit cependant une exception en ce que l'annexe II, partie II, point 3, de l'ancienne directive jouets n'est abrogée qu'avec effet au 20 juillet 2013. Les valeurs limites de biodisponibilité fixées par l'ancienne directive jouets, ainsi que les valeurs limites de migration qui en sont déduites pour les matières servant à la fabrication des jouets, demeurent donc en vigueur jusqu'au 20 juillet 2013, notamment en ce qui concerne l'antimoine, l'arsenic, le baryum, le plomb et le mercure.
- 10 Selon le gouvernement allemand, l'article 55 de la nouvelle directive jouets est une *lex specialis* dérogeant à l'article 54, de sorte que, selon lui, l'annexe II, partie III, point 13, de ladite directive, disposition en cause en l'espèce, ne doit être transposée que pour le 20 juillet 2013. La Commission estime, au contraire, que le délai de transposition prévu à l'article 54 de la nouvelle directive jouets s'applique également aux métaux lourds sur lesquels porte le présent litige. C'est uniquement dans l'intérêt de l'économie que l'article 55 prévoirait un délai transitoire expirant le 20 juillet 2013, délai durant lequel les jouets dont les propriétés chimiques sont conformes aux exigences de l'ancienne directive jouets peuvent continuer à être fabriqués et commercialisés. Cette disposition n'aurait pas pour but d'accorder un délai de transposition plus long aux États membres.

#### Droit national allemand

- 11 L'ancienne directive jouets a été transposée en droit national allemand par voie de règlement en 1989. Le règlement de transposition se réfère aux exigences de sécurité posées par l'annexe II de l'ancienne directive jouets, qui énonçait les valeurs limites de biodisponibilité applicables, notamment, aux cinq métaux lourds que sont l'antimoine, l'arsenic, le baryum, le plomb et le mercure.
- 12 Le droit national allemand a été adapté à la nouvelle situation juridique résultant de la publication de la nouvelle directive jouets en 2011. Aucune modification n'a cependant été introduite en ce qui concerne les valeurs limites des cinq métaux lourds susmentionnés, puisque l'annexe II, partie III, point 3, de l'ancienne directive jouets demeurait en vigueur. C'est la raison pour laquelle, par lettre de mise en demeure du 22 novembre 2012, la Commission a engagé contre la République fédérale

d'Allemagne, conformément à l'article 258 TFUE, une procédure en manquement pour non-transposition partielle de la nouvelle directive jouets. Par lettre du 21 mars 2013, le gouvernement allemand a répondu à la mise en demeure, se défendant de tout manquement, motif pris de ce que l'annexe II, partie III, de la nouvelle directive jouets ne produirait ses effets qu'à partir du 20 juillet 2013.

### Faits et procédure

- 13 Par lettre du 18 janvier 2011, le gouvernement allemand a demandé à la Commission, conformément à l'article 114, paragraphe 4, TFUE, lu en combinaison avec l'article 36 TFUE, d'approuver le maintien, au-delà de la date du 20 juillet 2013, de ses dispositions nationales portant valeurs limites pour l'antimoine, l'arsenic, le baryum, le plomb et le mercure, conformes à l'annexe II, partie II, point 3, de l'ancienne directive jouets, ainsi que pour les nitrosamines et les substances nitrosables, au motif que ces dispositions assuraient un niveau de protection de la santé des enfants supérieur à celui mis en place par la nouvelle directive jouets. Il s'est référé, notamment, aux valeurs limites de migration fixées par cette dernière pour les jouets pouvant être grattés. Selon le gouvernement allemand, pour l'antimoine, l'arsenic, le baryum, le plomb et le mercure, une comparaison avec les valeurs limites de l'EN 71-3 révèle que les valeurs limites de migration applicables à l'avenir sont plus élevées, ainsi que cela ressort du tableau suivant :

Élément	EN 71-3 en mg/kg, qui convertit les valeurs limites de biodisponibilité de l'ancienne directive jouets (reprises en droit national)	Nouvelle directive jouets en mg/kg
Plomb	90	160
Arsenic	25	47
Mercure	60	94
Baryum	1 000	56 000
Antimoine	60	560

- 14 Le gouvernement allemand a fait valoir que, même si la comparaison se limitait aux valeurs applicables à la catégorie « matière grattée du jouet », cette seule comparaison suffirait à démontrer, sans qu'il faille tenir compte des deux autres catégories, que l'application des dispositions de la nouvelle directive jouets conduit à une nette augmentation de la migration admissible des métaux lourds. Ladite directive ne préciserait pas clairement dans quelle proportion les valeurs limites de migration de chacune des trois catégories se situent les unes par rapport aux autres. Il faudrait donc partir du principe que la quantité indiquée peut migrer chaque jour à partir de chaque catégorie. Les valeurs limites de migration devraient donc être appréciées de façon cumulative et additionnées, afin de définir l'exposition totale dans le cas où un enfant se trouverait en contact avec des jouets relevant des trois catégories au cours d'une même journée.

- 15 Par la décision attaquée, notifiée le 2 mars 2012, la Commission a fait droit à la demande du gouvernement allemand sans restrictions pour les nitrosamines et les substances nitrosables. Pour le baryum et le plomb, elle y a fait droit « jusqu'à la date d'entrée en vigueur des règles de droit de l'Union portant nouvelles valeurs limites [...], mais pas au-delà du 21 juillet 2013 ». Pour l'antimoine, l'arsenic et le mercure, en revanche, la Commission a rejeté la demande.
- 16 Par requête déposée au greffe du Tribunal le 14 mai 2012, le gouvernement allemand a introduit un recours visant à l'annulation de la décision attaquée, dans la mesure où la Commission y a rejeté sa demande de maintien des dispositions nationales relatives aux valeurs limites pour l'antimoine, l'arsenic et le mercure et ne l'a approuvé que jusqu'au 21 juillet 2013 pour le baryum et le plomb.
- 17 Par acte séparé, déposé au greffe du Tribunal le 13 février 2013, le gouvernement allemand a introduit la présente demande en référé, dans laquelle il conclut, en substance, à ce qu'il plaise au président du Tribunal :
- à titre provisoire, approuver les dispositions nationales notifiées, maintenant des valeurs limites pour l'antimoine, l'arsenic, le baryum, le plomb et le mercure, jusqu'à ce que le Tribunal ait statué sur le recours principal ;
  - à titre subsidiaire, enjoindre à la Commission d'approuver, à titre provisoire, lesdites dispositions nationales, jusqu'à ce que le Tribunal ait statué sur le recours principal.
- 18 Dans ses observations sur la demande en référé, déposées au greffe du Tribunal le 28 février 2013, la Commission conclut à ce qu'il plaise au président du Tribunal :
- déclarer la demande irrecevable ou, à titre subsidiaire, la rejeter comme étant infondée ;
  - condamner la République fédérale d'Allemagne à acquitter le surcroît de dépens occasionné par la procédure de référé lorsqu'il sera statué sur les dépens dans l'affaire principale.
- 19 Le gouvernement allemand a répliqué aux observations de la Commission par mémoire du 14 mars 2013. La Commission a pris définitivement position sur celui-ci par mémoire du 27 mars 2013.

## **En droit**

- 20 Il ressort d'une lecture combinée des articles 278 TFUE et 279 TFUE, d'une part, et de l'article 256, paragraphe 1, TFUE, d'autre part, que le juge des référés peut, s'il estime que les circonstances l'exigent, ordonner le sursis à l'exécution d'un acte attaqué ou prescrire les mesures provisoires nécessaires.
- 21 L'article 104, paragraphe 2, du règlement de procédure du Tribunal dispose que les demandes en référé doivent spécifier l'objet du litige, les circonstances établissant l'urgence ainsi que les moyens de fait et de droit justifiant à première vue l'octroi de la mesure provisoire à laquelle elles concluent. Ainsi, le juge des référés peut ordonner le sursis à exécution et d'autres mesures provisoires s'il est établi que leur octroi est justifié à première vue en fait et en droit (*fumus boni juris*) et qu'ils sont urgents en ce sens qu'il est nécessaire, pour éviter un préjudice grave et irréparable aux intérêts de la partie qui les sollicite, qu'ils soient prononcés et produisent leurs effets dès avant la décision sur le recours principal. Le juge des référés procède également, le cas échéant, à la mise en balance des intérêts en présence (voir ordonnance du président du Tribunal du 13 avril 2011, *Westfälische Drahtindustrie e. a./Commission*, T-393/10 R, Rec. p. II-1697, point 12, et la jurisprudence citée).

- 22 Dans le cadre de cet examen d'ensemble, le juge des référés dispose d'un large pouvoir d'appréciation et reste libre de déterminer, au regard des particularités de l'espèce, la manière dont ces différentes conditions doivent être vérifiées ainsi que l'ordre de cet examen, dès lors qu'aucune règle de droit ne lui impose un schéma d'analyse préétabli pour apprécier la nécessité de statuer provisoirement (voir ordonnance *Westfälische Drahtindustrie e. a./Commission*, précitée, point 13, et la jurisprudence citée).
- 23 Le juge des référés estime qu'il dispose de toutes les informations nécessaires pour statuer sur la présente demande en référé, sans qu'il soit utile d'entendre, au préalable, les parties en leurs explications orales.

*Sur la recevabilité de la demande de référé*

- 24 La Commission considère que la demande de mesures provisoires est irrecevable, parce que la République fédérale d'Allemagne n'a pas d'intérêt à agir. Si la demande dans l'affaire principale, qui vise à obtenir l'annulation d'une décision négative, devait prospérer, la Commission devrait adopter une nouvelle décision concernant l'octroi d'une dérogation, en vertu de l'article 114, paragraphe 4, TFUE, en tenant compte de l'arrêt d'annulation et en exerçant le vaste pouvoir d'appréciation qui lui revient en pareilles circonstances. Par sa demande en référé, la République fédérale d'Allemagne chercherait, en réalité, à obtenir le sursis à l'exécution d'une décision négative. Or, une telle prétention serait en principe inconcevable dans le cadre d'une procédure de référé (voir ordonnance du président du Tribunal du 17 décembre 2009, *Vereniging Milieudefensie et Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht/Commission*, T-396/09 R, non publiée au Recueil, ci-après l'« ordonnance *Milieudefensie* », point 34, et la jurisprudence citée). Selon la Commission, la République fédérale d'Allemagne s'emploierait à contourner cette règle de recevabilité limitant l'objet des demandes de mesures provisoires et, pour y parvenir, présenterait, en référé, des chefs de conclusions qui vont bien au-delà des conclusions qu'elle a présentées dans l'affaire principale, ce qui menacerait l'équilibre institutionnel.
- 25 En ce qui concerne la demande principale, visant à ce que le juge des référés procède lui-même à l'approbation provisoire du maintien des dispositions nationales litigieuses, la Commission fait observer que, dans le cadre du contrôle de légalité, le juge de l'Union européenne ne peut pas se comporter comme une autorité administrative ni procéder à des appréciations complexes de questions techniques à sa place. Quant au chef de conclusions subsidiaire, s'il devait être accueilli dans le cadre de la procédure de référé, cela reviendrait à enjoindre à la Commission de tirer des conséquences déterminées de l'arrêt d'annulation. Le droit de l'Union ne connaîtrait pas ce type d'action en injonction, qui équivaudrait à ordonner une mesure excédant les compétences du juge du fond (ordonnance *Milieudefensie*, point 42). Par ailleurs, la recevabilité d'une demande de mesures provisoires serait subordonnée à l'existence d'un lien étroit entre la mesure provisoire sollicitée et les conclusions du recours principal. Le juge des référés ne pourrait assumer des compétences que ne possède pas le juge du fond (ordonnance *Milieudefensie*, points 39 et suivants). Or, c'est précisément ce que la requérante chercherait à obtenir.
- 26 Le gouvernement allemand estime, en revanche, qu'il existe bel et bien un lien de connexité entre la demande de mesures provisoires et la demande au fond. Les dispositions régissant l'action en référé seraient une expression du droit à obtenir justice, qui est consacré à l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (JO 2010, C 83, p. 389) (ci-après la « charte »). Elles garantiraient au requérant le droit d'obtenir une protection juridictionnelle provisoire dans la mesure où celle-ci est nécessaire pour assurer la pleine efficacité de la décision qui sera rendue au fond. Lorsque, comme en l'espèce, le recours principal porte, en réalité, sur une demande d'injonction, mais que le demandeur en est réduit à former un recours en annulation, une protection juridictionnelle provisoire devrait être accordée soit en vertu de l'article 278 TFUE, soit en vertu de l'article 279 TFUE.

- 27 À cet égard, il y a lieu de rappeler que la finalité de la procédure de référé est de garantir la pleine efficacité de la future décision au fond [voir, en ce sens, ordonnance du président de la Cour du 27 septembre 2004, *Commission/Akzo et Akcros*, C-7/04 P(R), Rec. p. I-8739, point 36]. Par conséquent, cette procédure a un caractère accessoire par rapport à la procédure principale sur laquelle elle se greffe (ordonnance du président du Tribunal du 12 février 1996, *Lehrfreund/Conseil et Commission*, T-228/95 R, Rec. p. II-111, point 61), de sorte que la décision du juge des référés doit présenter un caractère provisoire en ce sens qu'elle ne saurait ni préjuger le sens de la future décision au fond ni la priver d'effet utile (ordonnances du président de la Cour du 17 mai 1991, *CIRFS e. a./Commission*, C-313/90 R, Rec. p. I-2557, point 24, et du président du Tribunal du 12 décembre 1995, *Connolly/Commission*, T-203/95 R, Rec. p. II-2919, point 16). De surcroît, la mesure conservatoire demandée doit présenter un lien suffisamment étroit avec l'objet du recours principal et elle ne peut pas se situer hors du cadre de la décision au fond susceptible d'être prise par le Tribunal (ordonnances du président du Tribunal du 29 mars 2001, *Goldstein/Commission*, T-18/01 R, Rec. p. II-1147, point 14, et du 2 juillet 2004, *Sumitomo Chemical/Commission*, T -78/04 R, Rec. p. II-2049, point 43).
- 28 Ainsi que la Commission l'a relevé à juste titre, une demande en référé qui ne vise qu'à obtenir le sursis à l'exécution d'une décision négative est en principe irrecevable, en ce que le sursis sollicité n'est pas susceptible en soi de modifier la situation juridique du demandeur. Cependant, ce n'est précisément pas une demande de sursis à exécution au sens de l'article 278 TFUE qu'a formée le gouvernement allemand. Il demande plutôt l'adoption d'une mesure provisoire au sens de l'article 279 TFUE. Or, ni l'article 279 TFUE, ni l'article 104 du règlement de procédure, ni à plus forte raison l'article 47 de la charte ne permettent de déclarer une telle demande irrecevable au seul motif que le recours sur lequel elle se greffe vise à l'annulation d'une décision négative [voir, à cet égard, également ordonnance du vice-président de la Cour du 7 mars 2013, *EDF/Commission*, C-551/12 P(R), point 41].
- 29 C'est la raison pour laquelle la jurisprudence contient de nombreux exemples de mesures provisoires qui ont été adoptées dans le cadre de recours en annulation de décisions négatives. Dans ces circonstances, le juge des référés a, en effet, estimé nécessaire d'accorder la protection juridique provisoire sollicitée jusqu'à la clôture de la procédure principale (voir, notamment, le dispositif des ordonnances du président du Tribunal du 28 avril 2009, *United Phosphorus/Commission*, T-95/09 R, non publiée au Recueil ; du 16 novembre 2012, *Evonik Degussa/Commission*, T-341/12 R, et *Akzo Nobel e. a./Commission*, T-345/12 R, ainsi que du 11 mars 2013, *Pilkington Group/Commission*, T-462/12 R).
- 30 Force est de constater que les modalités du cas d'espèce plaident tout particulièrement en faveur de la recevabilité de la mesure provisoire sollicitée par le gouvernement allemand.
- 31 En effet, l'article 55 de la nouvelle directive jouets prévoit que l'annexe II, partie II, point 3, de l'ancienne directive jouets – qui contient les valeurs limites de l'antimoine, de l'arsenic, du baryum, du plomb et du mercure que le gouvernement allemand souhaite maintenir telles qu'elles figurent dans le droit national – ne sera abrogée qu'avec effet au 20 juillet 2013. Cela signifie que les valeurs limites litigieuses demeurent en vigueur jusqu'au 20 juillet 2013. Dans la mesure où la Commission, dans la décision attaquée, a rejeté la demande de maintien pour l'antimoine, l'arsenic et le mercure et ne l'a accueillie pour le baryum et le plomb que jusqu'au 21 juillet 2013, l'interdiction de maintien qui en résulte ne prendra effet qu'à la date du 21 juillet 2013. Par conséquent, le gouvernement allemand peut, en tout état de cause, continuer à appliquer les précédentes valeurs limites concernées jusqu'au 20 juillet 2013, avec ou sans l'autorisation de la Commission, sans préjudice de son éventuelle obligation de transposer, dès avant cette date, l'annexe II, partie III, point 13, de la nouvelle directive jouets en droit national (voir point 12 ci-dessus).

- 32 Dans ces conditions, le gouvernement allemand devait engager un recours en annulation de la décision attaquée dans le délai fixé à l'article 263, paragraphe 6, TFUE, c'est-à-dire avant la mi-mai 2012, alors que la protection juridictionnelle provisoire prévue à l'article 278 TFUE lui est refusée jusqu'au 20 juillet 2013 parce que, jusqu'à cette date, la situation juridique dont elle souhaite la mise en place – dans le sens de l'applicabilité continue des précédentes valeurs limites – lui est déjà assurée par l'article 55 de la nouvelle directive jouets. Le gouvernement allemand ne peut donc, logiquement, demander le maintien de ces valeurs limites au-delà du 20 juillet 2013 que par la voie d'une mesure provisoire ordonnée conformément à l'article 279 TFUE. La Commission ne saurait, dès lors, lui faire grief de chercher à contourner de manière illicite la procédure prévue par l'article 278 TFUE.
- 33 Dans la mesure où la Commission prétend que la mesure provisoire sollicitée menace l'équilibre institutionnel et dépasse le cadre des compétences du juge du fond, il convient de rappeler que, en matière de mesures provisoires, le juge des référés dispose de compétences dont l'impact à l'égard des institutions de l'Union concernées va au-delà des effets qui s'attachent à un arrêt d'annulation (voir, en ce sens, ordonnance du président de la Cour du 5 août 1983, CMC/Commission, 118/83 R, Rec. p. 2583, point 53, et dispositif de l'ordonnance du président du Tribunal du 19 février 1993, Langnese-Iglo et Schöller/Commission, T-7/93 R et T-9/93 R, Rec. p. II-131), à condition que ces mesures provisoires ne s'appliquent que pour la durée de la procédure principale, ne préjugent pas la décision au fond et n'entravent pas l'effet utile de celle-ci.
- 34 Ainsi que le gouvernement allemand l'a fait observer à bon droit, l'octroi de la mesure provisoire qu'il sollicite ne préjugerait pas la décision au fond. Le maintien des dispositions nationales notifiées ne serait approuvé que pour un laps de temps limité, c'est-à-dire jusqu'à l'adoption de la décision au fond. Cette approbation purement provisoire ne comporterait aucune appréciation du bien-fondé de la décision attaquée, appréciation qui fera l'objet de la décision au fond. Au demeurant, la demande en référé, par laquelle le gouvernement allemand vise, en substance, à pouvoir appliquer les précédentes valeurs limites au-delà du 20 juillet 2013, présente un lien suffisamment étroit avec le recours tendant à l'annulation de la décision attaquée, dans la mesure où celle-ci lui interdit de facto de les maintenir en vigueur au-delà de cette date.
- 35 Quant à l'effet utile de la décision devant intervenir au fond, il est évident que l'octroi de la mesure provisoire sollicitée n'entamerait pas l'effet d'un arrêt rejetant le recours en annulation formé par le gouvernement allemand, dès lors que, conformément à l'article 107, paragraphe 3, du règlement de procédure, cette mesure deviendrait automatiquement caduque dès le prononcé de l'arrêt. Si le Tribunal devait annuler la décision attaquée, la Commission serait tenue, conformément à l'article 266 TFUE, de prendre les mesures qu'implique cette annulation, en respectant les motifs de l'arrêt. À supposer que la Commission rejette à nouveau la demande de maintien formée par le gouvernement allemand, en se fondant, par exemple, sur de nouveaux motifs, la mesure devenue caduque par l'effet de l'article 107, paragraphe 3, du règlement de procédure ne ferait pas obstacle à cette conséquence de l'arrêt. En revanche, si la Commission devait accéder à la demande de maintien pour se conformer aux motifs de l'arrêt, la mesure provisoire sollicitée serait tout particulièrement propre à garantir, dès à présent, le plein effet d'un futur arrêt d'annulation qui ferait l'objet d'une telle exécution.
- 36 Dans ces conditions, la Commission ne saurait non plus utilement prétendre que la mesure provisoire sollicitée irait au-delà de ce que le Tribunal serait à même d'accorder dans un futur arrêt d'annulation. À cet égard, il suffit de constater, aux fins du présent examen de la recevabilité de la demande de référé, que le gouvernement allemand a indiqué de façon pertinente (voir arrêt de la Cour du 28 janvier 1986, Cofaz e. a./Commission, 169/84, Rec. p. 391, point 28) que les valeurs limites nationales notifiées à la Commission en vue de leur maintien garantissaient un niveau de protection de la santé des enfants plus élevé que celui résultant de la mise en œuvre des valeurs limites de la nouvelle directive jouets, que lui refuser la mesure provisoire qu'il demande pour la période comprise

entre le 21 juillet 2013 et le prononcé de l'arrêt au fond ferait peser sur la santé des enfants la menace d'un préjudice grave et irréparable et que l'intérêt dont la protection est réclamée, à savoir la santé publique, revêt une importance cruciale.

- 37 Cet exposé concluant du gouvernement allemand permet au juge des référés, pour les besoins de l'examen de la recevabilité de la demande présentée devant lui, de gager avec une certitude suffisante que, pour s'acquitter des obligations que comporterait un arrêt d'annulation, la Commission ferait droit à la demande de maintien litigieuse. La mesure provisoire sollicitée demeurerait ainsi dans la limite des mesures que la Commission serait, selon toute vraisemblance, tenue d'adopter en exécution d'un tel arrêt.
- 38 Sur ce point, il convient de distinguer le cas d'espèce de celui qui était en cause dans l'affaire ayant donné lieu à l'ordonnance *Milieudefensie*, qui avait pour objet une autorisation de dérogation par laquelle la Commission avait exonéré un État membre du respect de certaines valeurs limites en matière de qualité de l'air. La Commission avait rejeté comme étant irrecevable la demande que lui avait adressée une organisation de protection de l'environnement, afin qu'elle effectue un « réexamen interne » de cette autorisation. C'est contre cette décision de rejet, et non contre l'autorisation de dérogation elle-même, que l'organisation requérante avait formé un recours en annulation. Elle avait, en outre, introduit une demande en référé visant, notamment, à enjoindre à la Commission d'ordonner à l'État membre concerné de respecter les valeurs limites sans délai. Aux points 37 à 41 de l'ordonnance *Milieudefensie*, la demande en référé a été déclarée irrecevable au motif que l'octroi de la mesure provisoire sollicitée serait revenu, en fait, à contraindre la Commission à retirer la dérogation, alors qu'un arrêt annulant la décision de rejet l'aurait obligé uniquement à agir et à effectuer, sans préjudice de son résultat, le réexamen initialement refusé, d'autant plus que le débat entre les parties, loin de viser ce résultat, ne portait que sur des questions de recevabilité. Ainsi, le retrait de la dérogation n'aurait été en aucune manière la conséquence nécessaire de cet arrêt, de sorte que la mesure provisoire sollicitée serait allée bien au-delà des mesures que la Commission aurait dû adopter pour se conformer à l'arrêt d'annulation en vertu de l'article 266 TFUE (voir, à propos d'une configuration similaire concernant le droit de l'Union en matière d'aides d'État, ordonnance *CIRFS e. a./Commission*, précitée, points 20 à 23).
- 39 Il résulte de tout ce qui précède que la demande de mesures provisoires doit être déclarée recevable, mais uniquement en ce qui concerne le chef de conclusions présenté à titre subsidiaire. Il ressort, en effet, des dispositions combinées de l'article 114, paragraphes 4 et 6, TFUE, que seule la Commission est compétente pour autoriser les demandes de maintien que lui adressent les États membres, alors que le juge des référés n'est, en principe, habilité qu'à enjoindre à l'institution concernée de prendre des mesures déterminées ou de s'abstenir de le faire.

*Sur le fumus boni juris*

- 40 Il résulte de la jurisprudence que la condition relative au *fumus boni juris* est remplie lorsqu'au moins un des moyens invoqués par la partie requérante à l'appui du recours principal apparaît, à première vue, pertinent et, en tout cas, non dépourvu de fondement. Il suffit pour cela que ce moyen soulève des questions complexes et délicates, qui, à première vue, ne peuvent pas être écartées comme étant dénuées de pertinence, mais nécessitent un examen approfondi, lequel est réservé à la juridiction compétente pour statuer au fond, ou bien qu'il ressorte des arguments articulés par les parties qu'il existe, dans le cadre de la procédure principale, une controverse juridique significative, dont la solution ne s'impose pas d'emblée (voir, en ce sens, ordonnance *Westfälische Drahtindustrie e.a./Commission*, précitée, point 54, et ordonnance du président du Tribunal du 19 septembre 2012, *Grèce/Commission*, T-52/12 R, point 13, et la jurisprudence citée).

Sur l'autorisation temporaire des valeurs limites du plomb et du baryum

- 41 Selon le gouvernement allemand, la décision attaquée viole l'article 114 TFUE en ce que la Commission a assorti son approbation des dispositions nationales notifiées relatives aux valeurs limites pour le plomb et le baryum d'un délai expirant le 21 juillet 2013 au plus tard. L'article 114, paragraphe 6, premier alinéa, TFUE ne prévoirait pas une telle restriction chronologique, de sorte que la Commission n'aurait le choix qu'entre l'approbation et le rejet. Le délai dans lequel elle doit adopter sa décision serait expressément limité à six mois. Le libellé de cette disposition ne lui permettrait pas d'imposer de restriction temporelle, a fortiori une restriction abrupte comme celle qu'elle a imposée en l'espèce, qui laisserait à ses services le loisir d'examiner ensuite d'éventuelles adaptations de la mesure d'harmonisation.
- 42 Le gouvernement allemand ajoute que l'économie de l'article 114, paragraphe 6, premier alinéa, TFUE plaide, elle aussi, contre la possibilité pour la Commission d'assortir une décision adoptée sur cette base d'une limitation dans le temps. Premièrement, ce paragraphe 6, deuxième alinéa, créerait une présomption d'approbation lorsque la Commission ne statue pas dans le délai de six mois prévu à l'alinéa précédent. Deuxièmement, conformément audit paragraphe 6, troisième alinéa, la Commission ne pourrait prolonger de six mois le délai initial qu'à titre exceptionnel. Troisièmement, l'article 114, paragraphe 7, TFUE imposerait à la Commission, lorsqu'elle approuve des dispositions nationales notifiées, d'examiner immédiatement s'il est opportun de proposer une adaptation de la mesure d'harmonisation. Cette règle aurait pour objet d'assurer que la lenteur d'une procédure de maintien des dispositions nationales ne porte pas préjudice à l'État membre demandeur. La Commission serait donc expressément tenue d'examiner l'opportunité et la portée d'une éventuelle adaptation immédiatement après avoir octroyé son approbation.
- 43 La Commission rétorque que l'argumentation du gouvernement allemand méconnaît le système mis en place par l'article 114 TFUE. En effet, l'autorisation accordée à des dispositions nationales plus strictes constituerait précisément une dérogation aux mesures d'harmonisation. Loin de se prévaloir d'une exception, elle n'assortirait son approbation d'une restriction dans le temps que pour créer une situation compatible avec la mesure d'harmonisation, tout en approuvant, pour une période limitée, un niveau de protection supérieur. La limitation dans le temps permettrait de clore rapidement la procédure et d'éviter une éventuelle seconde procédure fondée sur l'article 114, paragraphe 4, TFUE. La Commission aurait retenu cette solution, parce que la République fédérale d'Allemagne avait très tôt manifesté sa désapprobation à l'égard de l'approche choisie par elle, malgré le fait qu'elle ait déjà entamé des démarches en vue d'une adaptation des valeurs limites aux connaissances scientifiques les plus récentes. Il aurait donc paru logique de limiter l'autorisation dans le temps, car c'était la seule manière de garantir le fait que des règles uniformes s'appliquent à tout moment aux substances en cause présentes dans les jouets commercialisés dans le marché intérieur.
- 44 La Commission prétend que bloquer toute mesure visant à introduire des dispositions plus strictes à l'échelle de l'Union jusqu'à la clôture de la procédure prévue à l'article 114, paragraphe 6, TFUE serait contraire à l'objectif de protection que poursuit la nouvelle directive jouets et à l'importance que le droit de l'Union accorde à la protection de la santé. Un tel résultat serait manifestement absurde. Limiter ses autorisations dans le temps donnerait, au contraire, à la Commission la possibilité de trouver, au besoin, des solutions plus souples entravant le moins possible le fonctionnement du marché intérieur et l'application uniforme du droit de l'Union. Cela lui permettrait, dans le même temps, de tenir compte des préoccupations légitimes des États membres.
- 45 À cet égard, d'abord, le juge des référés constate que, au point 54 de la décision attaquée, la Commission a expressément reconnu que les limites de migration fixées par la nouvelle directive jouets pour le plomb n'offraient pas un niveau de protection approprié pour les enfants, ce qui l'aurait amenée à engager une procédure de révision des valeurs limites en question. C'est pourquoi la Commission a considéré, au point 55 de la décision attaquée, que les dispositions nationales notifiées relatives au plomb étaient justifiées par d'importants impératifs de protection de la santé humaine.

Ensuite, il en va de même en ce qui concerne le baryum : au point 48 de la décision attaquée, la Commission a tout aussi expressément reconnu que les valeurs préconisées par le gouvernement allemand garantissaient vraisemblablement un niveau de protection de la santé des enfants plus élevé. C'est la raison pour laquelle, au point 51 de la décision attaquée, elle a déclaré que les dispositions nationales notifiées relatives au baryum étaient justifiées par d'importants impératifs de protection de la santé humaine.

- 46 Enfin, il convient d'ajouter que, au point 94 de la décision attaquée, la Commission a fait observer que les mesures nationales notifiées par la République fédérale d'Allemagne pour le plomb et le baryum n'étaient ni un moyen de discrimination arbitraire, ni une entrave déguisée aux échanges entre les États membres, ni un obstacle disproportionné au fonctionnement du marché intérieur. La Commission en a conclu qu'elle avait des motifs d'admettre que ces mesures puissent être autorisées « sous réserve d'une limitation dans le temps ».
- 47 Il apparaît ainsi que la Commission a confirmé que toutes les conditions d'application de l'article 114, paragraphes 4 et 6, TFUE étaient réunies en ce qui concerne le plomb et le baryum. De plus, elle a reconnu être d'accord avec la République fédérale d'Allemagne sur le fait que l'approbation devait être donnée lorsque les conditions fixées à l'article 114, paragraphes 4 et 6, TFUE étaient remplies. Elle a néanmoins indiqué que, parmi ces conditions, figurait également celle du caractère nécessaire des dispositions nationales, ce qui serait le cas en l'espèce jusqu'à l'adoption des valeurs limites résultant de la nouvelle directive jouets. Au-delà de cette limite temporelle, les dispositions nationales cesseraient d'être nécessaires. Cette situation militerait en faveur de la limitation dans le temps dont elle a assorti son approbation.
- 48 S'agissant de la révision des valeurs limites fixées par la nouvelle directive jouets, la Commission a précisé, dans ses observations sur la demande de référé, qu'elle avait notifié à l'Organisation mondiale du commerce, le 3 janvier 2013, un projet de règlement modifiant ladite directive et adaptant les valeurs limites applicables au baryum. Une fois ce projet notifié, elle devrait respecter un délai de 60 jours, c'est-à-dire jusqu'au 4 mars 2013, avant de pouvoir l'adopter. À l'expiration du délai et après avoir tenu compte d'éventuelles observations, elle pourrait soumettre le projet en question au comité de réglementation, ce qu'elle aurait « prévu de faire » en mars 2013 suivant la procédure écrite. « Si le comité de réglementation approuve le projet à la majorité qualifiée », un délai de trois mois commencera à courir, durant lequel le Parlement européen et le Conseil de l'Union européenne pourront émettre des objections. « S'ils n'en présentent pas », la Commission pourrait adopter le projet. Les nouvelles limites de migration pour le baryum pourraient alors entrer en vigueur en juillet 2013.
- 49 Ainsi que cet exposé permet de le comprendre aisément, l'entrée en vigueur des nouvelles valeurs de migration pour le baryum envisagées par la Commission dépend de plusieurs éléments impondérables. En assortissant son approbation d'un délai de rigueur « [n'allant] pas au-delà du 21 juillet 2013 », comme elle l'a fait à l'article 1<sup>er</sup> de la décision attaquée, la Commission a donc, à première vue, créé le risque pour la République fédérale d'Allemagne de devoir renoncer à ses règles nationales avant l'entrée en vigueur d'éventuelles nouvelles valeurs de migration, alors que ces règles garantissent incontestablement un niveau de protection plus élevé que celui qu'offrent les valeurs actuelles de la nouvelle directive jouets et que le maintien desdites règles est donc justifié par d'importants impératifs de protection de la santé. Par conséquent, l'argumentation du gouvernement allemand – selon laquelle l'imposition d'un tel délai ne correspond pas à un « maintien » au sens de l'article 114, paragraphe 4, TFUE et revient à contourner le système des délais et de la présomption d'approbation mis en place à l'article 114, paragraphes 4 à 7, TFUE – semble *prima facie* ne pas être dénuée de fondement.
- 50 Cela vaut a fortiori pour l'adaptation des valeurs limites applicables au plomb qu'envisage la Commission. En effet, celle-ci part, elle-même, du principe que les nouvelles valeurs ne pourront être adoptées qu'en janvier 2014 au plus tôt, c'est-à-dire, en tout état de cause, après l'expiration du délai de rigueur dont elle a assorti son approbation, lequel prend fin le 21 juillet 2013.

- 51 Force est donc de constater que les arguments que le gouvernement allemand a présentés à propos de l'approbation limitée dans le temps des valeurs limites applicables au plomb et au baryum présentent un caractère très sérieux et soulèvent des questions qui, à première vue, nécessitent un examen approfondi, relevant de la compétence du juge du fond. À cet égard, la demande en référé présente donc un *fumus boni juris*.
- 52 Il convient d'observer, d'ores et déjà, que la Commission, dans l'hypothèse où la demande en référé serait retenue sur ce point, pourrait à tout moment introduire une demande au titre de l'article 108 du règlement de procédure, si elle estimait que les circonstances avaient changé d'une manière susceptible de justifier une modification ou une abrogation de la mesure provisoire, ce qui serait le cas, par exemple, si une adaptation des valeurs limites applicables au plomb ou au baryum, ou à ces deux éléments, devait intervenir entre-temps.

Sur le rejet de la demande d'approbation des valeurs limites applicables à l'antimoine, à l'arsenic et au mercure

- 53 Selon le gouvernement allemand, la décision attaquée enfreint l'article 114, paragraphes 4 et 6, TFUE, en ce que la Commission a méconnu le critère d'appréciation pertinent, lorsque, pour justifier son refus du maintien des dispositions nationales applicables à l'antimoine, à l'arsenic et au mercure, elle lui a reproché d'avoir omis de démontrer que les limites de migration prévues par la nouvelle directive jouets n'offraient pas un niveau approprié de protection ou qu'elles auraient vraisemblablement des effets néfastes sur la santé. En effet, ainsi qu'il résulterait de l'arrêt de la Cour du 20 mars 2003, Danemark/Commission (C-3/00, Rec. p. I-2643, points 63 et 64), un État membre pourrait, pour justifier le maintien de ses dispositions nationales, invoquer le fait qu'il évalue le risque pour la santé publique autrement que le législateur de l'Union ne l'a fait dans la mesure d'harmonisation en cause. L'État membre demandeur devrait uniquement établir, à cette occasion, que ses règles nationales assurent un niveau de protection de la santé publique plus élevé que celui assuré par la mesure d'harmonisation du droit de l'Union et qu'elles ne dépassent pas ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif.
- 54 Contrairement à ce qu'affirme la Commission, le gouvernement allemand se serait acquitté de toutes ses obligations en matière de preuve. Les valeurs limites nationales, qui sont identiques à celles énoncées à l'annexe II, partie II, point 3, de l'ancienne directive jouets, et les valeurs limites prévues à l'annexe II, partie III, point 13, de la nouvelle directive jouets ne pourraient être comparées qu'après conversion, parce que les premières sont exprimées en termes de biodisponibilité, tandis que les secondes le sont en termes de valeurs limites de migration. Le gouvernement allemand aurait effectué la conversion en valeurs limites de migration sur la base de la norme EN 71-3 (voir point 6 ci-dessus), puis il aurait comparé les valeurs limites de biodisponibilité après épuisement des valeurs limites de migration maximales autorisées par la nouvelle directive jouets pour les trois types de consistance des matières composant les jouets avec celles de l'ancienne directive jouets, indépendamment de la consistance de la matière composant le jouet. Après cette conversion, les valeurs limites de migration prévues par les dispositions nationales notifiées se seraient révélées inférieures à celles qui sont prévues par la nouvelle directive jouets. Pour les éléments en question, cette dernière autoriserait donc une migration supérieure à celle qui est permise par lesdites dispositions nationales, ce qui

entraînerait une exposition plus forte des enfants aux substances nocives. Cela démontrerait que ces mêmes dispositions nationales garantissent un niveau de protection plus élevé que celui résultant de l'application de la nouvelle directive jouets, comme le confirmerait le tableau suivant :

Élément	Valeur limite de biodisponibilité en vertu de la nouvelle directive jouets			
	Valeur limite de biodisponibilité en vertu du droit national allemand (correspond à l'ancienne directive jouets)	µg/jour de matière de jouet sèche, friable, poudreuse ou souple	µg/jour de matière de jouet liquide ou collante	µg/jour de matière grattée du jouet
Antimoine	0,2	4,5	4,5	4,5
Arsenic	0,1	0,38	0,36	0,38
Mercure	0,5	0,75	0,76	0,76

- 55 Pour le gouvernement allemand, cela démontre que, pour chaque élément et chaque consistance, les valeurs limites de biodisponibilité prévues par l'ancienne directive jouets sont inférieures à celles prévues par la nouvelle directive jouets. Par conséquent, il ressortirait déjà d'un examen distinct de chaque consistance que les dispositions nationales notifiées assurent un niveau plus élevé de protection de la santé des enfants que le niveau prescrit par la nouvelle directive jouets. Or, cette constatation serait encore renforcée si l'on effectuait, pour chaque élément, un examen global en additionnant les valeurs limites de biodisponibilité prévues par la nouvelle directive jouets, après conversion, pour les trois types de consistances des matières composant les jouets.
- 56 La Commission estime, en revanche, que les dispositions nationales notifiées, et les valeurs limites prévues par l'ancienne directive jouets sur lesquelles ces dispositions sont fondées, ne protègent pas la santé de manière plus efficace que ne le font les dispositions de la nouvelle directive jouets et que, au contraire, dans la majorité des cas, les normes allemandes assurent une protection nettement plus faible contre l'antimoine, l'arsenic et le mercure, comme le démontrerait le tableau suivant, dans lequel les valeurs limites de migration prévues par la nouvelle directive jouets sont comparées aux

mesures notifiées par le gouvernement allemand, les chiffres renvoyant à la quantité maximale acceptable en milligramme de chaque élément qui peut être libérée (qui peut « migrer ») à partir d'un kg de matière composant le jouet :

Élément	Nouvelle directive jouets Migration à partir des matières de jouet, en mg/kg			Mesures notifiées, exprimées sous forme de migration en mg/kg EN 71-3
	Matière liquide ou collante	Matière sèche, friable, poudreuse ou souple	Matière grattée	
Antimoine	11,3	45	560	60
Arsenic	0,9	3,8	47	25
Mercure	1,9	7,5	94	60

57 Selon la Commission, il apparaît clairement de ce tableau que, pour les matières liquides et sèches, les valeurs notifiées par le gouvernement allemand sont nettement supérieures à celles de la nouvelle directive jouets. Les valeurs limites notifiées ne seraient inférieures que pour les matières grattées, lesquelles seraient pourtant, en règle générale, plus difficilement disponibles, précisément parce qu'elles devraient d'abord être grattées.

58 La Commission conteste la comparaison que le gouvernement allemand a faite dans le tableau qu'il lui a soumis (voir point 54 ci-dessus). En effet, la deuxième colonne indiquerait la biodisponibilité recherchée comme objectif par les dispositions nationales allemandes, et par l'ancienne directive jouets, alors que les trois colonnes plus à droite montreraient la biodisponibilité atteinte dans la pratique grâce à la nouvelle directive jouets, c'est-à-dire en tenant compte de la quantité de matière composant le jouet absorbée. Pour que la comparaison soit correcte, il faudrait, pour l'ancienne directive jouets également, calculer la biodisponibilité susceptible d'être atteinte dans la pratique, et ce pour les trois types de consistances des matières composant les jouets. À cette fin, il conviendrait de multiplier la valeur limite de migration pour un élément donné, c'est-à-dire la quantité maximale de cet élément dont il est accepté qu'elle soit libérée par kilogramme de matière composant le jouet, par la quantité de matière composant le jouet avalée par l'enfant qui joue : 100 mg pour la matière sèche (et autre), 400 mg pour l'argile à modeler et les peintures au doigt ou la matière liquide (et autre) et 8 mg pour la matière grattée. Le tableau suivant illustrerait ce résultat :

Élément	Ancienne directive jouets				Nouvelle directive jouets		
	Biodisponibilité en µg/jour, comme objectif	Biodisponibilité en µg/jour atteinte dans la pratique par le biais de la norme EN 71-3 pour ...			Biodisponibilité en µg/jour atteinte dans la pratique par le biais de la nouvelle directive jouets pour ...		
		Matière sèche	Argile à modeler et peinture au doigt	Matière grattée	Matière sèche	Matière liquide	Matière grattée
		100 mg	400 mg	8 mg	100 mg	400 mg	8 mg
Antimoine	0,2	6	24	0,5	4,5	4,5	4,5
Arsenic	0,1	2,5	10	0,2	0,4	0,36	0,38
Mercure	0,5	2,5	10	0,5	0,75	0,76	0,76

59 Cette comparaison montrerait que, pour l'antimoine, l'arsenic et le mercure, la nouvelle directive jouets est, sauf pour la matière grattée, globalement plus sévère que la réglementation que la République

fédérale d'Allemagne souhaite être autorisée à maintenir. Les dispositions notifiées ne serviraient donc pas à la protection de la santé, de sorte que l'élément décisif requis par l'article 114, paragraphe 4, TFUE, à savoir le caractère adéquat de la mesure, ferait défaut dans la procédure principale.

- 60 À cet égard, force est au juge des référés de constater que la controverse qui oppose le gouvernement allemand à la Commission à propos des valeurs limites « correctes » pour l'antimoine, l'arsenic et le mercure présents dans les jouets soulève des questions d'une haute technicité. Cela vaut, en particulier, pour la conversion des valeurs limites de migration et de biodisponibilité.
- 61 S'agissant de cette conversion, le gouvernement allemand conteste la pertinence des « valeurs limites de biodisponibilité susceptibles d'être atteintes dans la pratique » que la Commission a obtenues en multipliant les valeurs limites de migration correspondant à la norme EN 71-3 par les estimations de quantités absorbées, à savoir 100 mg, 400 mg et 8 mg. Cette objection n'est pas dépourvue de tout fondement à première vue, dans la mesure où le gouvernement allemand fait observer que les valeurs limites de migration de la norme EN 71-3 ont été élaborées sur la base de l'hypothèse selon laquelle la quantité journalière de matière composant un jouet absorbée est seulement de 8 mg et que l'ancienne directive jouets, ainsi que les dispositions nationales fondées sur elle, d'une part, impose déjà les valeurs limites de biodisponibilité applicables et, d'autre part, définit la biodisponibilité maximale journalière due à l'utilisation des jouets et en interdit le dépassement. Dans la mesure où le gouvernement allemand ajoute que les « valeurs limites de biodisponibilité susceptibles d'être atteintes dans la pratique » fixées par la Commission ne sont pas correctes, parce que les valeurs ainsi calculées sont bien plus élevées que celles qui sont permises, dans l'absolu, par l'ancienne directive jouets, de sorte que la prémisse sur laquelle la Commission a fondé sa conversion est incompatible avec les dispositions mêmes de ladite directive, cette thèse ne paraît pas, elle non plus, dénuée de toute pertinence à première vue.
- 62 Par ailleurs, la Commission reconnaît elle-même que, même selon sa propre méthode de conversion, les valeurs limites nationales notifiées sont, pour la matière grattée, inférieures à celles que fixe la nouvelle directive jouets, la matière grattée étant toutefois plus difficilement accessible à l'enfant, parce qu'elle doit d'abord être grattée. Interrogée à ce sujet, la Commission a cité, à titre d'exemple de matière grattée, les revêtements de surface (peintures, vernis), les matières plastiques et d'autres matières, telles que le cuir, le carton, le bois et les textiles comme les peluches, mais aussi le verre ou l'acier. Elle a précisé que c'était l'enfant lui-même qui, en jouant, mordait le jouet, le grattait avec ses dents, le suçait ou le léchait et pouvait ainsi avaler la matière grattée. Or, ces explications ne permettent pas de déterminer à première vue pourquoi des jouets grattés – c'est-à-dire des jouets fortement usés, comme on peut souvent les trouver dans les jardins d'enfants, dans les crèches et les familles nombreuses – seraient plus difficilement disponibles que d'autres consistances de matière ni pourquoi le risque sanitaire qui en résulte devrait être négligeable. En tout état de cause, la Commission n'a produit aucun chiffre qui illustrerait le degré de rareté de pareils jouets. Dès lors, il ne saurait guère être affirmé que, s'agissant de la matière grattée du jouet, les dispositions nationales notifiées ne seraient pas de nature à assurer la protection de la santé, au sens de l'article 114, paragraphe 4, TFUE.
- 63 Si la Commission prétend encore que les dispositions dont le gouvernement allemand demande l'approbation sont fondées sur des méthodes datant de près de 30 ans, il suffit de faire observer que, dans la nouvelle directive jouets, le législateur lui-même permet expressément que les valeurs limites fondées sur ces méthodes demeurent en vigueur jusqu'au 20 juillet 2013. Les valeurs limites nationales que, dans la décision attaquée, la Commission a autorisées à terme pour le baryum et le plomb reposit, elles aussi, sur ces méthodes. La Commission n'est donc pas fondée, *prima facie*, à prétendre que le régime de valeurs limites institué par l'ancienne directive jouets est totalement suranné, scientifiquement dépassé et donc manifestement inapproprié.

- 64 Ne saurait davantage être retenu l'argument de la Commission tiré du fait qu'aucun autre État membre n'a émis la moindre réserve au sujet des nouvelles valeurs limites. En effet, il est parfaitement loisible à un État membre, en particulier dans le secteur de la santé, d'évaluer le risque que certaines substances font peser sur la population autrement que le législateur de l'Union lorsqu'il élabore une mesure d'harmonisation, ce qui autorise cet État à maintenir ses dispositions nationales en vigueur dans la mesure où il peut démontrer qu'elles protègent la santé publique (nationale) mieux que la mesure d'harmonisation en cause et qu'elles ne dépassent pas ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif (voir, en ce sens, arrêt Danemark/Commission, précité, points 63 et 64).
- 65 Il y a donc lieu de conclure que les arguments que le gouvernement allemand a exposés à propos du refus d'approbation des valeurs limites applicables à l'antimoine, à l'arsenic et au mercure soulèvent des questions complexes, qui, à première vue, ne peuvent être écartées comme dénuées de pertinence, mais nécessitent un examen approfondi, qu'il y aura lieu de pratiquer dans le cadre de la procédure principale, le cas échéant après consultation d'un expert conformément à l'article 65, sous d), du règlement de procédure.
- 66 Enfin, il importe de souligner que, dans la décision attaquée, la Commission s'est dispensée d'examiner l'existence d'une éventuelle discrimination arbitraire, d'une éventuelle restriction déguisée du commerce entre États membres ou d'une éventuelle entrave au fonctionnement du marché intérieur. Toutefois, ainsi que le gouvernement allemand le relève à bon droit, la Commission a elle-même admis, dans cette décision, que les dispositions nationales allemandes relatives au plomb, au baryum, aux nitrosamines et aux substances nitrosables s'appliquaient indistinctement à tous les produits et n'entraînaient ni discrimination arbitraire, ni restriction du commerce entre États membres, ni entrave au fonctionnement du marché intérieur. Il n'y a aucune raison qu'il en aille autrement pour l'antimoine, l'arsenic et le mercure, alors que les dispositions nationales notifiées sont identiques à cet égard.
- 67 La condition relative au *fumus boni juris* est donc remplie également en ce qui concerne le refus d'approbation des valeurs limites applicables à l'antimoine, à l'arsenic et au mercure.

#### *Sur l'urgence*

- 68 Il y a lieu de rappeler que la finalité de la procédure de référé est de garantir la pleine efficacité de la future décision au fond, afin d'éviter une lacune dans la protection juridique assurée par le juge de l'Union (ordonnance du président de la Cour du 3 mai 1996, Allemagne/Commission, C-399/95 R, Rec. p. I-2441, point 46). Pour atteindre cet objectif, le caractère urgent d'une demande en référé doit s'apprécier par rapport à la nécessité qu'il y a de statuer provisoirement afin d'éviter qu'un dommage grave et irréparable ne soit occasionné à la partie qui sollicite la mesure provisoire [ordonnance du président de la Cour du 18 novembre 1999, Pfizer Animal Health/Conseil, C-329/99 P(R), Rec. p. I-8343, point 94]. C'est à la partie qui se prévaut de la menace d'un tel dommage de démontrer que sa survenance est prévisible avec un degré de probabilité suffisant (voir, en ce sens, ordonnances de la Cour du 29 juin 1993, Allemagne/Conseil, C-280/93 R, Rec. p. I-3667, point 34, et du président de la Cour du 17 juillet 2001, Commission/NALOO, C-180/01 P-R, Rec. p. I-5737, point 53).
- 69 En l'espèce, la République fédérale d'Allemagne soutient que, en l'absence des mesures provisoires demandées, elle risque de subir un préjudice grave et irréparable dans le laps de temps compris entre le 20 juillet 2013 et la décision du Tribunal au fond. L'intérêt juridique menacé serait la santé des enfants, qui risqueraient d'entrer en contact avec des jouets qui n'ont pas été produits dans le respect des valeurs limites prévues par les dispositions nationales notifiées, lesquelles offriraient un niveau de protection plus élevé que celui assuré par la nouvelle directive jouets. Le préjudice serait grave, parce que la santé est, en soi, une valeur particulièrement importante et que les enfants, qui sont les

consommateurs les plus sensibles, ne peuvent décider eux-mêmes des dangers auxquels ils s'exposent. Une fois survenu, le dommage serait irréversible, car, en raison de leur nature, les atteintes à la santé ne sauraient être éliminées rétroactivement.

- 70 La Commission rétorque, en substance, que, même si les valeurs limites de l'ancienne directive jouets conduisaient à un niveau de protection plus élevé, cela ne signifierait pas que les dispositions de la nouvelle directive jouets entraîneraient des dommages graves et irréparables à compter du 20 juillet 2013. Par ailleurs, en l'absence de *fumus boni juris*, la République fédérale d'Allemagne ne saurait invoquer l'urgence.
- 71 À cet égard, il y a lieu de constater que la présente affaire concerne la protection de la santé des enfants qui risquent d'entrer en contact avec des jouets contenant certains métaux lourds. S'agissant de la fixation de valeurs limites pour la présence de ceux-ci dans les jouets, l'article 114, paragraphe 4, TFUE prévoit la possibilité de maintenir des dispositions nationales justifiées par des impératifs sérieux, énumérés à l'article 36 TFUE, c'est-à-dire par des exigences liées, notamment, à la protection de la santé des personnes. Conformément à l'article 191, paragraphes 1 et 2, TFUE, qui vise, lui aussi, la protection de la santé humaine, la politique devant être menée dans ce domaine est fondée, notamment, sur le principe de précaution.
- 72 Le principe de précaution, qui constitue un principe général du droit de l'Union, permet aux institutions de cette dernière de prendre des mesures de protection, lorsque des incertitudes subsistent quant à l'existence ou à la portée de risques pour la santé des personnes, sans avoir à attendre que la réalité et la gravité de ces risques soient pleinement démontrées (voir ordonnance du juge des référés du Tribunal du 28 septembre 2007, France/Commission, T-257/07 R, Rec. p. I-4153, points 60 et 61, et la jurisprudence citée). Elles sont même tenues de prendre des mesures appropriées, afin de prévenir certains risques potentiels pour la santé publique émanant d'un produit déterminé, tout en pouvant se limiter à fournir des indices sérieux et concluants, qui, sans écarter l'incertitude scientifique, permettent raisonnablement de douter de l'innocuité de ce produit (arrêt du Tribunal du 7 mars 2013, Acino/Commission, T-539/10, points 63 et 66).
- 73 Or, le juge des référés doit, lui aussi, tenir compte de ces considérations fondées sur le principe de précaution et relatives à l'existence et à la gravité de risques potentiels pour la santé, lorsqu'il est appelé à trancher la question de savoir si l'acte juridique en cause est, avec un degré de probabilité suffisant, susceptible de causer des dommages graves et irréparables pour la santé. En particulier, il ne saurait écarter de tels dommages comme étant purement hypothétiques au seul motif que des incertitudes scientifiques demeurent quant aux éventuels risques pour la santé.
- 74 En l'espèce, en vue d'examiner l'urgence, d'abord, il convient de tenir compte du fait que le gouvernement allemand a établi l'existence d'un *fumus boni juris*.
- 75 Ensuite, en ce qui concerne les valeurs limites applicables au baryum et au plomb, la Commission a elle-même reconnu, dans la décision attaquée, que les dispositions nationales notifiées étaient justifiées par des impératifs sérieux de protection de la santé ; elle a donc autorisé leur maintien. Il s'ensuit que le gouvernement allemand, qui avait le droit d'apprécier l'existence d'un risque pour la santé publique, en principe, autrement que ne l'a fait le législateur de l'Union dans le cadre de la nouvelle directive jouets (voir, en ce sens, arrêt Danemark/Commission, précité, points 63 et 64), a démontré, à suffisance de droit, que ses dispositions nationales assuraient, à première vue, une meilleure protection de la santé publique que les prescriptions de la nouvelle directive jouets et qu'elles ne dépassaient pas ce qui était nécessaire pour atteindre cet objectif.
- 76 Étant donné que les dispositions nationales notifiées assurent, *prima facie*, pour le baryum et le plomb, un niveau de protection plus élevé que celui assuré par la nouvelle directive jouets, il est permis de conclure que les enfants qu'il s'agit de protéger seraient exposés à des risques susceptibles d'affecter leur santé de manière grave et irréparable, si ce niveau de protection leur était refusé. Dans la mesure

où la Commission objecte que la nouvelle directive jouets assure déjà un niveau de protection élevé, de sorte que le préjudice causé par la différence entre ces deux niveaux ne serait ni grave ni irréparable, elle remet en question la nature et la portée du niveau de protection national, bien qu'elle ait, elle-même, attesté que les dispositions nationales en cause étaient justifiées par des « impératifs sérieux de protection de la santé ». Quoi qu'il en soit, cette argumentation, contradictoire en soi, intervient bien mal à propos au vu de la « renationalisation » de la politique de la santé, dont le principe est reconnu à l'article 114, paragraphe 4, TFUE.

- 77 Au demeurant, eu égard au principe de précaution, il apparaît impératif de qualifier de graves et irréparables les dommages à la santé que le contact avec des métaux lourds, tels que le baryum et le plomb, serait susceptible de causer, a fortiori lorsque le groupe à risque qu'il s'agit de protéger est celui des enfants, qui manipulent des jouets. L'argumentation présentée par le gouvernement allemand pour établir l'urgence (voir point 69 ci-dessus) doit, dès lors, être accueillie.
- 78 Cela vaut également pour les valeurs limites applicables à l'antimoine, à l'arsenic et au mercure, bien que la Commission n'ait pas reconnu que les dispositions nationales les concernant étaient justifiées par des impératifs sérieux de protection de la santé. En effet, rien ne permet d'exclure que, après un examen approfondi, le juge du fond réponde aux questions complexes que le gouvernement allemand a soulevées à ce sujet (voir point 65 ci-dessus) en ce sens que les dispositions nationales en cause applicables à l'antimoine, à l'arsenic et au mercure assurent, elles aussi, un niveau de protection supérieur à celui que la nouvelle directive jouets a mis en place, de sorte que les enfants qu'il s'agit de protéger seraient exposés à des risques d'atteintes graves et irréparables à leur santé, si ce niveau de protection leur était refusé. S'il n'est pas sûr que le juge du fond statue effectivement en ce sens, cette incertitude ne permet pas au juge des référés, eu égard au principe de précaution, de nier l'existence d'un risque de dommages graves et irréparables pour la santé, d'autant moins que le gouvernement allemand a présenté des arguments sérieux et convaincants, qui jettent le doute sur le niveau de protection assuré par la nouvelle directive jouets (voir point 61 ci-dessus) et que la Commission a elle-même admis, en ce qui concerne la matière grattée du jouet, que les valeurs limites nationales notifiées étaient inférieures à celles qu'impose ladite directive.
- 79 Il résulte de tout ce qui précède que le gouvernement allemand a démontré, à suffisance de droit, l'urgence qu'il y avait à accorder la mesure provisoire sollicitée.

*Sur la mise en balance des intérêts*

- 80 Selon une jurisprudence bien établie, la mise en balance des différents intérêts en présence consiste pour le juge des référés à déterminer si l'intérêt de la partie qui sollicite les mesures provisoires à en obtenir l'octroi prévaut ou non sur l'intérêt que présente l'application immédiate de l'acte litigieux en examinant également si l'annulation éventuelle de cet acte par le juge du fond permettrait le renversement de la situation qui aurait été provoquée par son exécution immédiate et, inversement, si l'octroi des mesures provisoires demandées serait de nature à faire obstacle au plein effet de l'acte litigieux, au cas où le recours principal serait rejeté (voir, en ce sens, ordonnances du président du Tribunal du 18 mars 2011, Westfälisch-Lippischer Sparkassen- und Giroverband/Commission, T-457/09 R, non publiée au Recueil, point 69, et du 16 novembre 2012, Akzo Nobel e.a./Commission, T-345/12 R, point 24, et la jurisprudence citée).
- 81 En l'espèce, le gouvernement allemand ayant démontré aussi bien l'urgence de sa demande en référé que l'existence d'un *fumus boni juris*, il y a lieu de lui reconnaître un intérêt légitime à obtenir la mesure provisoire qu'il sollicite.
- 82 De plus, ledit gouvernement fait observer, à juste titre, que l'octroi d'une mesure provisoire suivi du rejet du recours principal porterait, certes, atteinte à l'intérêt s'attachant au rapprochement des législations dans le marché intérieur, au sens des dispositions combinées de l'article 114, paragraphe 1,

TFUE et de l'article 26 TFUE, mais que l'inconvénient qui en résulterait pour le marché intérieur doit être considéré comme étant relativement mineur. En effet, les valeurs limites prévues par les dispositions nationales notifiées, identiques à celles de l'ancienne directive jouets, sont déjà connues et établies depuis des décennies dans le secteur du jouet, de sorte qu'elles peuvent y être appliquées et respectées sans difficulté. En tout état de cause et surtout, cet inconvénient pour le marché intérieur ne serait pas irréversible, mais seulement temporaire, du fait que, après la décision au fond, les jouets pourraient à nouveau être importés et distribués. En revanche, si la demande en référé devait être rejetée, mais si le juge du fond devait faire droit au recours, la santé des enfants aurait entre-temps été susceptible de subir un dommage grave et irréversible.

- 83 C'est la raison pour laquelle l'intérêt de la Commission à voir rejeter la demande en référé doit s'effacer devant l'intérêt du gouvernement allemand à ce que soit autorisé le maintien des dispositions nationales notifiées, d'autant plus que la mesure provisoire sollicitée ne ferait que maintenir une situation juridique qui perdure depuis 1988, ce maintien n'étant accordé que pour une période restreinte. En effet, la procédure écrite dans l'affaire T-198/12 est close depuis le 14 décembre 2012, de sorte que l'on peut s'attendre à ce que le Tribunal statue dans l'affaire principale dans les prochains mois.
- 84 Toutes les conditions permettant d'octroyer la mesure provisoire sollicitée à titre subsidiaire étant remplies, il y a lieu de faire droit au chef de conclusions correspondant.

Par ces motifs,

LE PRÉSIDENT DU TRIBUNAL

ordonne :

- 1) **La Commission européenne autorisera le maintien des dispositions nationales notifiées par la République fédérale d'Allemagne portant valeurs limites pour l'antimoine, l'arsenic, le baryum, le plomb et le mercure présents dans les jouets jusqu'à ce que le Tribunal ait statué dans l'affaire principale.**
- 2) **La demande en référé est rejetée pour le surplus.**
- 3) **Les dépens sont réservés.**

Fait à Luxembourg, le 15 mai 2013.

Le greffier  
E. Coulon

Le président  
M. Jaeger