



## Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL  
M. PEDRO CRUZ VILLALÓN  
présentées le 19 décembre 2012<sup>1</sup>

**Affaire C-216/11**

**Commission européenne  
contre**

**République française**

«Manquement d'État — Directive 92/12/CEE — Articles 8 et 9 — Produits soumis à accise — Produits du tabac acquis dans un État membre et transportés vers un autre — Critères d'appréciation des limites au transport de produits soumis à accise — Libre circulation des marchandises — Article 34 TFUE — Relation entre liberté fondamentale et droit dérivé — Invocation successive du droit dérivé et d'une liberté fondamentale»

1. Dans le présent recours en constatation de manquement, la Commission européenne demande à la Cour de constater que la République française a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu, premièrement, des articles 8 et 9 de la directive 92/12/CEE<sup>2</sup> et, deuxièmement, en vertu de l'article 34 TFUE. La République française conclut au rejet du recours introduit par la Commission.

2. Cette affaire soulève une question intéressante qui touche, en général, les recours en manquement où des dispositions du droit dérivé et des libertés fondamentales sont invoquées successivement. Dans sa requête, la Commission reproche à la République française d'avoir enfreint tant les articles 8 et 9 de la directive 92/12 que la liberté de circulation des marchandises visée à l'article 34 TFUE. Conformément à une jurisprudence constante de la Cour, le droit dérivé pris en application des libertés de circulation *se substitue procéduralement* à celles-ci et, en principe, devient le seul paramètre d'appréciation. Le fait que le grief de la Commission soit formulé dans le cadre d'un recours en manquement pose un problème procédural, que j'aborderai dans les présentes conclusions, qui n'est pas dépourvu d'une certaine difficulté.

1 — Langue originale: l'espagnol.

2 — Directive du Conseil du 25 février 1992 relative au régime général, à la détention, à la circulation et aux contrôles des produits soumis à accise (JO L 76, p. 1), abrogée par la directive 2008/118/CE du Conseil, du 16 décembre 2008, relative au régime général d'accise (JO L 9, p. 12).

## I – Le cadre normatif

### A – Le droit de l'Union

3. Les articles 34 TFUE et 36 TFUE ont la teneur suivante:

#### «Article 34

Les restrictions quantitatives à l'importation, ainsi que toutes mesures d'effet équivalent, sont interdites entre les États membres.

[...]

#### Article 36

Les dispositions des articles 34 et 35 ne font pas obstacle aux interdictions ou restrictions d'importation, d'exportation ou de transit, justifiées par des raisons de moralité publique, d'ordre public, de sécurité publique, de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou de préservation des végétaux, de protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique ou de protection de la propriété industrielle et commerciale. Toutefois, ces interdictions ou restrictions ne doivent constituer ni un moyen de discrimination arbitraire ni une restriction déguisée dans le commerce entre les États membres.»

4. La directive 92/12 harmonise le régime de détention, de circulation et de contrôles des produits soumis à accise, notamment le tabac et les boissons alcooliques.

5. Au septième considérant de l'exposé des motifs de la directive 92/12, il est énoncé que, «pour établir que les produits soumis à accise ne sont pas détenus à des fins personnelles mais à des fins commerciales, les États membres doivent tenir compte d'un certain nombre de critères».

6. Les critères visés dans ce considérant se retrouvent aux articles 8 et 9 de ladite directive dont la teneur est la suivante:

#### «Article 8

Pour les produits acquis par les particuliers, pour leurs besoins propres et transportés par eux-mêmes, le principe régissant le marché intérieur dispose que les droits d'accises sont perçus dans l'État membre où les produits sont acquis.

#### Article 9

1. Sans préjudice des articles 6, 7 et 8, l'accise devient exigible lorsque les produits mis à la consommation dans un État membre sont détenus à des fins commerciales dans un autre État membre.

Dans ce cas, l'accise est due dans l'État membre sur le territoire duquel les produits se trouvent et devient exigible auprès du détenteur des produits.

2. Pour établir que les produits vis[é]s à l'article 8 sont destinés à des fins commerciales, les États membres doivent, entre autres, tenir compte des points suivants:

— le statut commercial et les motifs du détenteur des produits,

- le lieu où ces produits se trouvent ou, le cas échéant, le mode de transport utilisé,
- tout document relatif à ces produits,
- la nature de ces produits,
- la quantité de ces produits.

Pour l'application du cinquième tiret, les États membres peuvent, seulement comme élément de preuve, établir des niveaux indicatifs. Ces niveaux indicatifs ne peuvent pas être intérieurs à:

a) *Produits de tabac*

cigarettes 800 pièces

cigarillos (cigares d'un poids maximal de 3 grammes par pièce) 400 pièces

cigares 200 pièces

tabac à fumer 1,0 kilogramme

[...]»

7. La directive 92/12 a été abrogée et remplacée le 1<sup>er</sup> avril 2010 par la directive 2008/118. Or, le délai prévu dans l'avis motivé de la Commission arrivait à échéance le 23 janvier 2010. Par conséquent, aux fins de la présente procédure, la norme à interpréter est la directive 92/12, dont la teneur, soit dit en passant, n'est pas substantiellement différente en ce qui concerne les critères de détermination de la consommation personnelle.

B – *Le droit français*

8. Aux fins de la présente procédure, le code général des impôts (ci-après le «CGI») contient différentes dispositions concernant l'application des accises à certains produits, y compris le tabac, parmi lesquelles il convient de mettre en exergue les suivantes:

«Article 302 D

1. L'impôt est exigible: [...]

4° Sans que cela fasse obstacle aux dispositions du 9° de l'article 458 et des articles 575 G et 575 H, lors de la constatation de la détention, en France, d'alcools, de boissons alcooliques et de tabacs manufacturés à des fins commerciales pour lesquels le détenteur ne peut prouver, par la production d'un document d'accompagnement, d'une facture ou d'un ticket de caisse, selon le cas, qu'ils circulent en régime suspensif de l'impôt ou que l'impôt a été acquitté en France ou y a été garanti conformément à l'article 302 U.

Pour établir que ces produits sont détenus en France à des fins commerciales, l'administration tient compte des éléments suivants:

- a. l'activité professionnelle du détenteur des produits;
- b. le lieu où ces produits se trouvent, le mode de transport utilisé ou les documents relatifs à ces produits;

- c. la nature de ces produits;
- d. les quantités de ces produits, notamment lorsque celles-ci sont supérieures aux seuils indicatifs fixés par l'article 9, point 2, de la directive 92/12 [...]

[...]

#### Article 575 G

Les tabacs manufacturés ne peuvent circuler après leur vente au détail, par quantité supérieure à 1 kilogramme, sans un document mentionné au II de l'article 302 M.

#### Article 575 H

À l'exception des fournisseurs dans les entrepôts, des débitants dans les points de vente, des personnes désignées au 3 de l'article 565, des acheteurs-revendeurs mentionnés au quatrième alinéa de l'article 568 ou, dans des quantités fixées par arrêté du ministre chargé du budget, des revendeurs mentionnés au premier alinéa dudit article, nul ne peut détenir dans des entrepôts, des locaux commerciaux ou à bord des moyens de transport plus de 2 kilogrammes de tabacs manufacturés.»

9. À l'expiration du délai imparti dans l'avis motivé, le site Internet du ministère des Finances contenait diverses informations pratiques destinées aux acheteurs de produits soumis à accises qui exerçaient la libre circulation entre la République française et les autres États membres. Selon ce qui figure dans la requête de la Commission, les informations fournies par le ministère des Finances comprenaient ce qui suit:

#### «Généralités

Lors de vos déplacements au sein des pays membres de l'Union européenne, si vous effectuez des achats réservés à un usage personnel, vous n'aurez pas à remplir de déclaration ni à payer de droits et taxes à votre départ ou retour en France.

Vous payez la taxe sur la valeur ajoutée (TVA) directement dans le pays où vous effectuez vos achats et au taux en vigueur dans celui-ci. Si vous achetez des boissons alcoolisées et des tabacs, la réglementation communautaire a prévu des seuils indicatifs concernant les achats par les particuliers.

Au-delà des seuils des tabacs et alcools, repris ci-après, et en fonction d'autres critères, votre achat peut être considéré comme commercial par les services des douanes françaises. Vous devrez, alors, payer les divers droits et taxes applicables en France, pour chacun de ces produits. Ces seuils s'appliquent également lors de votre départ de France, vers un autre État de l'Union européenne.

#### Tabacs

En application des articles 575 G et 575 H du code général des impôts, modifiés par la loi sur le financement de la sécurité sociale pour 2006, les dispositions suivantes s'appliquent à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2006 pour les achats de tabacs, effectués par les particuliers, dans un autre État membre de l'Union européenne, excepté pour les dix nouveaux États membres.

- Vous pouvez ramener 5 cartouches de cigarettes (soit 1 kg de tabac) sans posséder de titres de mouvement.

Attention: Le seuil s'entend par moyen de transport individuel ou par personne âgée de plus de 17 ans en cas d'utilisation d'un transport collectif (au-delà de 9 personnes transportées, chauffeurs compris).

- De 6 à 10 cartouches, vous devez produire un document simplifié d'accompagnement (DSA). En l'absence de DSA, le voyageur contrôlé encourt la saisie des tabacs, ainsi qu'une pénalité. Le particulier peut abandonner ces quantités. Dans ce cas, aucune pénalité ne lui est infligée.
- Pour faire établir ce document, il suffit de se rendre dans le premier bureau de douane français, après la frontière.
- L'introduction de plus de 10 cartouches de cigarettes (ou 2 kg de tabac) est interdite dans tous les cas. La personne contrôlée encourt les sanctions (saisie de tabacs et pénalité) évoquées ci-dessus.

Pour les moyens de transport collectif (avion, bateau, car, train), elles s'appliquent par passager.»

## II – La procédure précontentieuse

10. Le 20 novembre 2006, la Commission a adressé à la République française une lettre de demande d'information sur les dispositions et les pratiques administratives en matière d'importation de tabac à partir d'autres États membres. Au regard des informations transmises par les autorités françaises, la Commission leur a adressé, le 23 octobre 2007, une lettre de mise en demeure reprochant à l'État membre concerné d'enfreindre les articles 8 et 9 de la directive 92/12, ainsi que l'article 28 CE d'alors (actuellement l'article 34 TFUE).

11. À la suite d'une demande d'informations complémentaires, envoyée aux autorités françaises le 4 juin 2008, la Commission a émis, le 23 novembre 2009, un avis motivé invitant la République française à prendre toutes les mesures nécessaires pour adapter sa législation et ses pratiques internes dans un délai de deux mois à compter de sa réception. Par la suite, la Commission et les autorités françaises ont organisé deux réunions afin de fixer un calendrier des modalités d'adaptation de la législation et des pratiques françaises au droit de l'Union. Par courrier daté du 15 juillet 2010, les autorités françaises ont transmis à la Commission le projet de dispositions modifiant le dispositif national afin de le rendre totalement conforme au droit de l'Union.

12. Au mois de novembre 2010, un projet de loi de finance rectificative concernant les dispositions que la Commission mettait en cause a été soumis à l'Assemblée nationale. Toutefois, le 21 décembre de cette même année, l'Assemblée nationale a rejeté le projet de loi, laissant les dispositions dont la Commission conteste la légalité en vigueur.

13. À la vue du rejet du projet de loi par l'Assemblée nationale, la Commission a décidé d'introduire le présent recours en manquement.

## III – Sur le recours

### A – Argumentation des parties

14. La Commission soutient, premièrement, que la République française enfreint les articles 8 et 9 de la directive 92/12. À l'appui de ses conclusions, la Commission soutient que:

- la législation française impose, erronément, des critères *objectifs et absolus* pour déterminer si le tabac acheté dans un autre État membre est à usage personnel ou commercial;
- selon la législation française, le critère objectif et absolu s'applique à *l'ensemble* des produits achetés et non pas à chaque type de produit considéré individuellement;

- selon la législation française, dans le cas où la personne concernée se déplace en voiture, le critère objectif et absolu s'applique *par véhicule* et non pas par personne considérée individuellement, et
- dès lors qu'il est satisfait au critère et que l'usage est considéré comme étant commercial, la législation française prévoit des *sanctions disproportionnées*, dans la mesure où il y a confiscation «systématique» lorsque la quantité de tabac dépasse les deux kilogrammes par véhicule. Le seul cas dans lequel cette mesure n'est pas appliquée c'est lorsqu'il y a «bonne foi», notion qui, selon la Commission, n'est pas mentionnée dans la législation interne et crée une insécurité juridique. Par ailleurs, la Commission critique également le régime d'«abandon» de la marchandise, dont la différence avec les pouvoirs de confiscation n'est, selon elle, absolument pas évidente.

15. La Commission soutient, deuxièmement, que la République française a enfreint l'article 34 TFUE, en prévoyant que les quantités supérieures à deux kilogrammes de tabac, ou à dix cartouches de cigarettes, sont automatiquement soumises à accise, qu'il soit ou non démontré qu'elles sont destinées à un usage personnel. À l'appui de ce grief, la Commission met principalement en exergue le fait que, bien qu'il fasse référence à la détention de tabac quel que soit son lieu d'achat, l'article 575 H du CGI a pour effet de rendre plus difficile l'achat de tabac dans d'autres États membres et, par conséquent, restreint la libre circulation des marchandises. Pour preuve, la Commission souligne que les contrôles relatifs au respect de cette disposition visent spécifiquement les achats transfrontaliers. De même, toujours selon la Commission, les autorités françaises n'ont même pas dissimulé le fait que ces dispositions visaient non pas l'achat de produits du tabac dans le territoire français, mais l'achat dans d'autres États membres, en vue de mettre un terme à ce qu'elles ont qualifié de «tourisme fiscal».

16. Selon le gouvernement français, et en réponse au premier grief soulevé par la Commission, le dispositif interne et la pratique administrative n'enfreignent nullement la directive 92/12, pour les raisons suivantes:

- les articles 575 G et 575 H du CGI régissent non pas les droits d'accise sur le tabac, mais la détention de tabac. Par conséquent, les dispositions critiquées par la Commission ne relèvent pas de la directive 92/12 et ne sauraient être interprétées à la lumière de celle-ci;
- si la directive 92/12 s'appliquait aux dispositions en cause, il conviendrait également de tenir compte d'autres facteurs tels que l'activité professionnelle de l'acheteur, le mode de transport utilisé ou la nature du produit. Le fait que la pratique administrative ne retienne qu'un seul critère ne porte pas atteinte à la compatibilité des articles 575 G et 575 H du CGI avec la directive 92/12;
- s'agissant du critère relatif à la prise en compte de l'ensemble des produits détenus par la personne et non pas de chaque type de produit individuellement considéré, l'article 9 de la directive 92/12 est muet à cet égard. En l'absence de disposition sur ce point, on ne saurait considérer que la législation française enfreint cet article, et
- s'agissant du caractère disproportionné de la législation, le gouvernement français affirme que les sanctions ne s'appliquent pas «systématiquement» et considère qu'elles ne sont pas disproportionnées.

17. Le gouvernement français conteste également le second grief, concernant le manquement à l'article 34 TFUE, et avance les arguments suivants à cet égard:

- si le gouvernement français reconnaît clairement que la limitation prévue à l'article 575 H du CGI est une restriction quantitative à l'importation, il fait néanmoins valoir qu'il s'agit d'une mesure justifiée, puisque son objectif est de protéger la santé et la vie des personnes, comme le prévoit l'article 36 TFUE, et

— la protection de la santé et de la vie des personnes, telle qu'elle est prévue par les dispositions nationales, n'engendre pas une différence de traitement arbitraire et n'est pas une mesure disproportionnée.

## B – Analyse

### 1. Sur le premier grief, tiré de la violation des articles 8 et 9 de la directive 92/12

18. Les articles 8 et 9 de la directive 92/12 mettent en place une exception visant à exonérer du paiement du droit d'accise les personnes qui achètent pour «leurs besoins propres» des produits soumis à ce droit. Ledit article 9 énumère plusieurs critères dont les États membres «doivent, entre autres, tenir compte», à savoir le statut commercial, le lieu où les produits se trouvent, le mode de transport utilisé, la nature des produits ou leur quantité.

19. S'agissant de ce dernier critère, relatif à la quantité, cet article prévoit que les États membres peuvent, «seulement comme élément de preuve, établir des niveaux indicatifs». Ensuite, sont énumérées, pour chaque type de tabac, les quantités minimales que les États membres doivent respecter s'ils utilisent un critère quantitatif comme élément de preuve.

20. En définitive, la directive 92/12 a harmonisé les critères d'appréciation que les États membres doivent utiliser pour déterminer si l'achat d'un bien soumis à accise est destiné à un usage personnel ou à un usage commercial. Donc, s'il est clair que ladite directive est un instrument d'harmonisation qui laisse un large pouvoir d'appréciation aux États membres, comme la Cour<sup>3</sup> a eu l'occasion de le souligner à plusieurs reprises, il est également certain que ces limites peuvent ponctuellement se transformer en impératifs<sup>4</sup>. Par conséquent, les États membres disposeraient d'une marge de manœuvre pour apprécier si un produit est destiné à l'une ou l'autre fin, mais cette appréciation devrait se faire dans un périmètre circonscrit par l'article 9 de la directive 92/12. Ce périmètre délimite le champ du pouvoir discrétionnaire de l'État membre, puisqu'il lui impose, catégoriquement et strictement, plusieurs limites à ne pas franchir.

21. La première limite catégorique et stricte est l'obligation de tenir compte de plusieurs critères afin de déterminer l'usage du produit. L'article 9, paragraphe 2, de la directive 92/12 est très clair à cet égard, dans la mesure où il dispose que les États membres «doivent, entre autres, tenir compte» des points susmentionnés<sup>5</sup>. Toute disposition ou pratique nationale qui, par exemple, ne tiendrait compte que d'un critère quantitatif sortirait du périmètre circonscrit par ledit article 9, paragraphe 2.

22. La deuxième limite catégorique et stricte apparaît à l'énoncé des niveaux indicatifs applicables au critère quantitatif. Sur ce point, l'article 9, paragraphe 2, deuxième alinéa, de la directive 92/12 autorise les États membres à établir des niveaux quantitatifs indicatifs, mais ajoute «seulement comme élément de preuve». Par conséquent, si un État membre empêche la personne concernée de présenter les éléments de preuve qui corroborent sa version, contre ce que peut indiquer le critère employé légalement, il méconnaît également ledit article 9, paragraphe 2.

23. Ensuite, un troisième critère catégorique et strict ressort d'une lecture systématique et téléologique des articles 8 et 9 de la directive 92/12, en ce qu'ils imposent aux États membres, s'ils utilisent un critère quantitatif, les seuils pour considérer que l'usage est commercial. Ces seuils sont énumérés à l'article 9, paragraphe 2, de cette directive et se divisent et subdivisent en fonction du bien (produits

3 — Voir, notamment, arrêts du 15 juin 2006, Heintz van Landewijck (C-494/04, Rec. p. I-5381, point 41), et du 13 décembre 2007, BATIG (C-374/06, Rec. p. I-11271, point 38).

4 — Voir, notamment, arrêts du 18 décembre 2008, Afton Chemical (C-517/07, Rec. p. I-10427, points 36 et 37), ainsi que du 17 juin 2010, British American Tobacco (Germany) (C-550/08, Rec. p. I-5515, point 38).

5 — C'est moi qui souligne.

du tabac et boissons alcooliques, et leurs sous-catégories respectives). Les seuils quantitatifs ne font pas expressément référence au détenteur des biens, mais il est clair que, en mentionnant, par exemple, un seuil de 800 cigarettes, ladite directive vise un nombre de cigarettes *par personne*. Cette interprétation est confirmée par la teneur de l'article 8 de la même directive qui fait référence aux produits achetés «par les particuliers». De même, l'article 9, paragraphe 1, de la directive 92/12 précise qui est l'assujetti à l'accise lorsque les biens sont à usage commercial, à savoir le «détenteur des produits». Par conséquent, les seuils énumérés dans cette disposition de ladite directive sont applicables à *chaque* détenteur, en d'autres termes, il s'agit de critères minimaux applicables à chaque personne individuellement.

24. Enfin, une quatrième et dernière limite catégorique et stricte ressort de l'énumération des catégories de produits et de la fixation des seuils quantitatifs. L'article 9, paragraphe 2, de la directive 92/12 fixe des seuils pour chaque catégorie de produits, et s'agissant des produits du tabac, ces limites concernent les cigarettes, les cigarillos, les cigares et le tabac à fumer. Chaque catégorie a son seuil quantitatif. Bien que la directive 92/12 ne le dise pas expressément, une interprétation systématique allant dans le même sens que celle réalisée au point précédent de ces conclusions doit nous conduire à appliquer ces limites à chaque catégorie de produits. Ainsi, une personne pourra être en possession de 799 cigarettes et de 399 cigarillos sans que le nombre total de produits n'amène à conclure qu'ils sont destinés à un usage commercial. Par conséquent, et pour récapituler, les seuils quantitatifs s'appliquent *par personne et par catégorie de produit*.

25. Eu égard à ce qui précède, il est clair que la législation et la pratique de la République française ne respectent pas les critères définis par la directive 92/12.

26. Premièrement, l'argument soulevé par la République française selon lequel les articles 575 G et 575 H du CGI sont non pas des dispositions régissant le droit d'accise sur le tabac, mais des règles relatives à la détention du tabac, ne résiste pas à une lecture de la directive 92/12. Quel que soit l'objectif formellement déclaré par la législation en cause, la Cour doit tenir compte de sa teneur et de ses effets, puisque, comme il a été exposé, elle est la base juridique d'une activité administrative mise en œuvre par l'exécutif français. De surcroît, l'article 575 H du CGI met en place non pas un nouveau critère, mais un seuil quantitatif, de deux kilogrammes de tabacs manufacturés par moyen de transport, à partir duquel l'accise est exigible. Par conséquent, le CGI contient clairement des dispositions essentielles régissant l'accise sur le tabac, taxe faisant l'objet d'une harmonisation par la directive 92/12.

27. La République française soutient, deuxièmement, qu'elle peut faire usage d'un seul critère pour déterminer la destination des produits achetés. Toutefois, comme je l'ai démontré au point 21 des présentes conclusions, l'article 9, paragraphe 2, de la directive 92/12, dont la teneur est très claire, prévoit que les États membres «doivent, entre autres, tenir compte» de différents éléments, dont le statut commercial du détenteur du produit, la nature de celui-ci ou sa quantité<sup>6</sup>. Un dispositif national, tel que le dispositif français, dont l'unique critère de détermination de la destination de l'achat est quantitatif ne respecte clairement pas les dispositions de l'article 9, paragraphe 2, de la directive 92/12. La République française a admis à plusieurs reprises que, dans la pratique, les autorités administratives françaises n'employaient qu'un seul critère, le critère quantitatif. Ainsi que la Cour l'a déjà admis dans sa jurisprudence consolidée, les pratiques administratives contraires au droit de l'Union, alors même qu'elles sont mises en œuvre dans un cadre juridique national formellement conforme au droit de l'Union, constituent un élément suffisant pour constater le manquement<sup>7</sup>. Dans la mesure où la République française a admis l'existence d'une pratique administrative incompatible avec l'article 9, paragraphe 2, de la directive 92/12, il y a lieu de rejeter le deuxième moyen soulevé par la partie défenderesse.

6 — C'est moi qui souligne.

7 — Voir, notamment, arrêts du 13 mars 1997, Commission/France (C-197/96, Rec. p. I-1489, point 14); du 9 mars 2000, Commission/Italie (C-358/98, Rec. p. I-1255, point 17), et du 10 mars 2005, Commission/Royaume-Uni (C-33/03, Rec. p. I-1865, point 25).

28. Troisièmement, la République française défend un système de calcul basé sur le mode de transport utilisé (et non sur le détenteur individuel du produit) et sur une quantité globale de produit au poids (et non au nombre d'unités de chaque type de produit). Aux points 23 et 24 des présentes conclusions, j'ai souligné, à la lumière d'une interprétation littérale et systématique de la directive 92/12, que celle-ci avait introduit des seuils par personne et par catégorie de produit, précisément pour empêcher l'application de critères nationaux qui auraient pour effet de restreindre excessivement la libre circulation des marchandises, en l'espèce du tabac et des boissons alcooliques. Le fait que tant la réglementation que la pratique administrative tiennent compte d'un critère fondé sur le nombre par véhicule et non sur celui par personnes, ainsi que sur le poids total du produit et non sur le nombre d'unités de chaque catégorie, est incompatible avec les articles 8 et 9 de la directive 92/12.

29. S'agissant du régime de sanction, il suffit de mettre en exergue l'illégalité des dispositions dont les sanctions visent à garantir l'application pour parvenir à la conclusion que, en adoptant le régime de sanction susmentionné, la République française a également enfreint les dispositions des articles 8 et 9 de la directive 92/12.

30. Eu égard à tout ce qui précède, je propose à la Cour de déclarer que le premier grief soulevé par la Commission est fondé.

## 2. Sur le second grief, tiré de la violation de l'article 34 TFUE

31. La Commission considère également que, en adoptant une disposition telle que l'article 575 H du CGI et en l'appliquant de telle sorte qu'elle restreint la libre circulation des marchandises, la République française a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 34 TFUE. Bien que la disposition française susmentionnée vise la détention de tabac quel que soit son lieu d'achat, la Commission considère qu'elle a pour effet de rendre plus difficile l'achat de tabac dans d'autres États membres et que, par conséquent, elle restreint la libre circulation des marchandises. Pour preuve, la Commission souligne que les contrôles réalisés par les autorités françaises relatifs au respect de cette disposition visent spécifiquement les achats transfrontaliers entre la République française et les États membres voisins.

32. Pour sa part, la République française ne nie pas que les mesures en cause soient restrictives, mais elle considère que l'article 36 TFUE est applicable et, en particulier, la justification fondée sur la protection de la santé publique. Selon l'État défendeur, les mesures seraient conformes à un objectif de protection de la santé publique, ne constitueraient pas une discrimination arbitraire et ne seraient pas davantage disproportionnées par rapport à l'objectif poursuivi.

33. Comme je viens de l'exposer, après le grief de manquement de la République française aux obligations qui lui incombent en vertu de la directive 92/12, dans ce second grief, la Commission soutient qu'il y a violation de l'article 34 TFUE. Si le premier grief touche un nombre plus élevé de dispositions et de pratiques administratives, le second ne touche que l'une de ces normes, l'article 575 H du CGI, et quelques-unes des pratiques administratives susmentionnées.

34. En tout état de cause, la Commission présume que les articles 8 et 9 de la directive 92/12 ainsi que l'article 34 TFUE peuvent être invoqués successivement, du moins concernant les éléments de l'objet du recours où les deux griefs de manquement se rencontrent. Toutefois, et comme je l'exposerai ci-après, une telle présentation soulève de nombreuses difficultés.

35. Selon une jurisprudence constante de la Cour, «lorsqu'un domaine a fait l'objet d'une harmonisation exhaustive au niveau communautaire, toute mesure nationale y relative doit être appréciée au regard des dispositions de cette mesure d'harmonisation et non pas de celles du droit primaire»<sup>8</sup>. En d'autres termes, la conséquence de l'adoption d'un acte normatif de l'Union est une sorte de substitution ou d'«attraction» procédurale. Ainsi, aux fins de la solution d'un litige, l'acte de droit dérivé de l'Union se substitue au TFUE comme paramètre nécessaire au jugement. Logiquement, cet effet ne se produit que lorsque l'acte normatif de l'Union régit exhaustivement un domaine, que ce soit d'une manière générale pour tout un secteur, ou spécifiquement et concernant des aspects ponctuels.

36. Ainsi, et pour les raisons que j'exposerai ci-après, il convient de souligner que l'effet de «substitution» est strictement *procédural*, puisque, s'agissant de la coexistence de dispositions, le traité et la directive conservent pleinement leur validité et applicabilité générales.

37. Toutefois, les termes dans lesquels la jurisprudence vise le rapport entre les libertés fondamentales et les actes normatifs de droit dérivé n'ont pas toujours été aussi clairs qu'il aurait été souhaitable. Une première approche tendrait à montrer qu'il s'agit d'une relation fondée sur l'applicabilité, de sorte que l'existence d'un acte normatif de droit dérivé imposerait de laisser inappliquée la liberté fondamentale prévue au traité. C'est ce que semble confirmer certaines expressions employées par la Cour dont l'énoncé laisse à penser qu'il existe un critère *substantif* qui détermine l'applicabilité des normes du droit de l'Union, en l'espèce des actes normatifs d'application des libertés et les normes du traité relatives à celles-ci<sup>9</sup>.

38. Ce n'est toutefois pas le cas, et ce ne pourrait l'être en aucun cas.

39. Selon moi, la situation procédurale dans une affaire telle que celle-ci ne peut pas s'envisager en termes d'«applicabilité», puisque, autrement, il y aurait une sorte de hiérarchie inversée dans le système de sources de l'Union. La réglementation dérivée de l'Union ne saurait avoir pour effet d'exclure l'«application» des libertés fondamentales garanties par le traité.

40. De même, l'exclusion de l'application du droit primaire, qui semble résulter de certaines formules, telles que celles susmentionnées, va complètement à l'encontre du contrôle de la validité des actes normatifs du droit dérivé à la lumière du droit de l'Union. Les actes d'application des libertés fondamentales, y compris les actes d'harmonisation exhaustive, supportent toujours, dans le contexte approprié, un examen de leur compatibilité formelle et matérielle avec les traités, y compris les libertés fondamentales. Ainsi que la Cour l'a énoncé à de nombreuses reprises, «l'interdiction des restrictions quantitatives ainsi que des mesures d'effet équivalent vaut non seulement pour les mesures nationales, mais également pour les mesures émanant des institutions [de l'Union]»<sup>10</sup>, y compris, à l'évidence, les directives d'harmonisation.

41. De même, ce prétendu effet d'exclusion de l'application se heurterait aussi au mandat qui exige d'interpréter le droit dérivé à la lumière du droit primaire. Cet impératif, fruit non seulement du caractère contraignant, mais aussi inspirateur des dispositions du traité et d'autres dispositions du droit primaire, en particulier de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, s'oppose à toute tentative de priver d'application les libertés de circulation.

8 — La formule, qui est déjà implicite dans la jurisprudence, apparaît explicitement dans l'arrêt du 12 octobre 1993, Vanacker et Lesage (C-37/92, Rec. p. I-4947, point 9), et est consolidée dans un grand nombre de décisions de la Cour, notamment dans les arrêts du 13 décembre 2001, DaimlerChrysler (C-324/99, Rec. p. I-9897, point 32); du 11 décembre 2003, Deutscher Apothekerverband (C-322/01, Rec. p. I-14887, point 64), et du 14 décembre 2004, Radlberger Getränkegesellschaft et S. Spitz (C-309/02, Rec. p. I-11763, point 53).

9 — Voir, notamment, arrêt du 15 novembre 2007, Commission/Allemagne (C-319/05, Rec. p. I-9811, point 35), dans lequel la Cour énonce que lorsqu'une mesure nationale entre dans le champ d'application d'une directive, celle-ci «ne saurait, en tout état de cause, constituer une restriction aux échanges intracommunautaires interdite par l'article 28 CE» (c'est moi qui souligne).

10 — Voir, notamment, arrêts du 17 mai 1984, Denkvit Nederland (15/83, Rec. p. 2171, point 15); du 9 août 1994, Meyhui (C-51/93, Rec. p. I-3879, point 11), ainsi que du 25 juin 1997, Kieffer et Thill (C-114/96, Rec. p. I-3629, point 27).

42. En somme, si la jurisprudence offre éventuellement des indices laissant supposer qu'il y a une sorte d'exclusion ou de suspension de l'application du droit primaire, il n'en demeure pas moins que, dans le cas qui nous occupe ici, le phénomène de substitution du droit dérivé aux dispositions du traité sur la libre circulation par le droit dérivé n'a qu'un sens strictement procédural.

43. En effet, lorsqu'il met en œuvre une liberté de circulation au moyen du droit dérivé, le législateur met en balance les intérêts des États membres, des individus concernés et les objectifs de l'intégration. Ainsi, la norme de droit dérivé circonscrit, réglementairement, le cadre juridique d'un marché spécifique de taille européenne. Il est question non pas qu'une norme de droit dérivé supplante la liberté, mais simplement qu'elle transpose dans le cadre juridique d'un marché spécifique les exigences qui découlent de la liberté garantie par le traité. Par conséquent, la norme de droit dérivé est présumée non seulement conforme au traité, mais aussi fidèle aux objectifs de l'intégration appliqués à un marché spécifique. Il ne saurait nullement y avoir inapplicabilité, puisque la norme de droit dérivé, comme je viens de l'expliquer, reste strictement soumise à la teneur des traités, y compris des libertés fondamentales.

44. L'effet que la norme de droit dérivé produit sur la liberté est donc une *substitution procédurale*, puisque la liberté ne cesse d'être pertinente qu'aux fins d'«apprécier» si une certaine mesure nationale est conforme au droit de l'Union. Ainsi le verbe «apprécier» apparaît régulièrement dans la jurisprudence de la Cour au sujet de cet effet<sup>11</sup>, et reflète clairement le fait que la substitution de l'acte normatif de droit dérivé à la liberté revêt un caractère procédural. La Cour n'énonce pas que la liberté ne s'applique pas au cas concret, mais constate au contraire qu'il n'est pas nécessaire de faire une appréciation au regard de celle-ci pour résoudre le litige, que ce soit, comme je le démontrerai, au cours d'une procédure préjudicielle ou d'un recours en manquement.

45. Dans l'affaire Eau de Cologne & Parfümerie-Fabrik 4711<sup>12</sup>, un organe juridictionnel national interrogeait la Cour sur la compatibilité d'une disposition nationale avec une directive d'harmonisation exhaustive et l'article 34 TFUE. Constatant que cette directive était applicable, la Cour a ajouté qu'«il n'[était] pas nécessaire de statuer sur l'interprétation de l'article [34 TFUE] sollicitée par la juridiction nationale»<sup>13</sup>. La Cour est parvenue au même constat dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt DaimlerChrysler<sup>14</sup>, qui est également une procédure préjudicielle, en énonçant, dans le dispositif de cet arrêt, après avoir confirmé que le règlement était applicable, qu'il «n'[était] pas nécessaire de vérifier en outre, de manière distincte, si [la] mesure nationale [était] conforme aux articles 34 [TFUE] et 36 [TFUE]»<sup>15</sup>.

46. En d'autres termes, dans le cadre d'une question préjudicielle, dès lors qu'il a été constaté que la mesure nationale en cause porte atteinte au droit dérivé de l'Union, il est inutile d'aller plus loin. S'agissant de sa compétence pour connaître d'un litige, la Cour peut et «doit se limiter» à l'interprétation de l'acte normatif d'exécution<sup>16</sup>. Il s'agit d'une limitation au plan procédural qui vise à circonscrire les pouvoirs d'appréciation de l'organe juridictionnel, en effet, comme nous l'avons souligné, dans un cas tel que celui de l'espèce, la liberté et l'acte normatif d'exécution coexistent de la même manière et le rapport hiérarchique entre eux ne change pas. La fonction interprétative de la Cour prend fin avec la constatation de la prétendue infraction de l'acte normatif d'exécution.

11 — Voir, notamment, arrêts DaimlerChrysler, précité (point 32); du 24 octobre 2002, Linhart et Biffl (C-99/01, Rec. p. I-9375, point 18); du 23 janvier 2003, Commission/Autriche (C-221/00, Rec. p. I-1007, point 42), ainsi que, Sterbenz et Haug (C-421/00, C-426/00 et C-16/01, Rec. p. I-1065, point 24).

12 — Arrêt du 23 novembre 1989 (150/88, Rec. p. 3891).

13 — Ibidem (point 28).

14 — Précité.

15 — Arrêt DaimlerChrysler, précité (point 46). En ce sens, faisant référence au fait qu'il n'est pas nécessaire de statuer, voir, également, arrêt du 14 décembre 2004, Swedish Match (C-210/03, Rec. p. I-11893, point 83).

16 — Expression utilisée, notamment, dans les arrêts Linhart et Biffl, précité (point 21); Sterbenz et Haug, précité (point 26); du 24 janvier 2008, Roby Profumi, (C-257/06, Rec. p. I-189, point 15), ainsi que du 1<sup>er</sup> octobre 2009, HSBC Holdings et Vidacos Nominees (C-569/07, Rec. p. I-9047, point 27).

47. Dans le contexte d'un recours en manquement, la Cour a adapté la formule afin de souligner davantage la nature procédurale de la substitution. Ainsi, dans l'affaire Commission/Allemagne<sup>17</sup>, la Cour énonce que l'existence d'une atteinte à un acte normatif d'exécution «*exclut l'examen* de la compatibilité de la réglementation nationale en cause avec l'article [34 TFUE]»<sup>18</sup>. Cette allusion à l'«examen» du moyen confirme donc qu'il s'agit d'une limitation qui concerne exclusivement le champ juridictionnel de l'affaire, mais non le fond.

48. En définitive, il appartient à celui qui invoque successivement une violation d'un acte de droit dérivé et d'une liberté fondamentale de démontrer que la mesure nationale attaquée ne relève pas exclusivement du champ d'application dudit acte, mais qu'elle relève également d'un autre domaine sur lequel se projette la liberté fondamentale. Sinon, l'organe juridictionnel «doit se limiter» à apprécier la mesure nationale, comme l'exige la Cour, «à la lumière des dispositions de la mesure d'harmonisation et non de celles du droit primaire».

49. Si nous nous concentrons maintenant sur les circonstances spécifiques de la présente affaire, il convient de souligner d'emblée que la directive 92/12 a réalisé une harmonisation minimale du domaine fiscal, en fixant, néanmoins, certaines limites infranchissables pour les États membres. Dans la mesure où ces limites circonscrivent un espace dans lequel les États membres ont interdiction d'agir, elles peuvent être considérées comme des aspects ponctuels d'une harmonisation exhaustive. C'est le cas des articles 8 et 9 de la directive 92/12 et, notamment, des éléments décrits aux points 21 et 24 des présentes conclusions, puisqu'ils imposent strictement les termes dans lesquels il y a lieu d'apprécier si la détention de tabac relève d'un usage commercial ou privé. Sur cette question, à la lumière de ces dispositions, il apparaît que les États membres ne peuvent pas mettre en œuvre des critères objectifs qui empêchent le particulier d'apporter la preuve contraire. De même, ces critères doivent s'appliquer par personne et au regard, s'agissant des critères quantitatifs, des seuils énumérés à l'article 9, paragraphe 2, deuxième alinéa, de la directive 92/12.

50. Par conséquent, et dès lors que la République française a enfreint, comme je l'ai suggéré aux points 26 à 29 des présentes conclusions, des dispositions d'harmonisation exhaustive de la directive 92/12, il n'est pas nécessaire d'examiner s'il y a eu aussi violation de l'article 34 TFUE, dans la mesure où il s'agit d'une disposition, eu égard aux faits et aux mesures spécifiquement analysées dans la présente procédure, à laquelle se sont substitués les articles 8 et 9 de la directive 92/12.

51. En effet, tout au long de ses écrits présentés dans la présente procédure, la Commission s'est bornée à souligner l'incompatibilité de l'article 575 H du CGI et des pratiques administratives nationales avec l'article 34 TFUE. L'objet de ce second grief coïncide avec celui du premier, mais à aucun moment la requérante n'a justifié dans quelle mesure la conduite reprochée sortait du champ d'application de la directive 92/12. Dans la mesure où les articles 8 et 9 de la directive 92/12 procèdent à une harmonisation exhaustive du domaine, la Cour ne pourrait examiner le second grief que s'il y avait un comportement français débordant du champ matériel de ladite directive. Or, la Commission n'a apporté aucun élément démontrant que la République française a eu une conduite ne relevant pas de la directive 92/12 et, par conséquent, soumise à l'article 34 TFUE.

52. Par conséquent, invoquer le traité dans un contexte dans lequel il y a ce que j'ai appelé une substitution procédurale de celui-ci ne peut conduire qu'au rejet du second grief de ce recours. En d'autres termes, le fait d'invoquer le traité en tant que motif autonome, mais successif, d'un manquement, ne saurait être considéré autrement que comme une cause de rejet. En définitive, par son second grief, la Commission a soulevé dans cette procédure une prétendue infraction redondante et insusceptible d'être un critère indépendant d'appréciation des mesures nationales constituant l'objet de la présente affaire.

17 — Arrêt du 14 décembre 2004 (C-463/01, Rec. p. I-11705).

18 — Point 36.

53. Par conséquent, et conformément à l'article 120, sous c), du règlement de procédure de la Cour, je propose à la Cour de rejeter le second grief.

#### **IV – Sur les dépens**

54. Conformément à l'article 138, paragraphe 3, du règlement de procédure, s'il est fait partiellement droit au recours, chacune des parties supporte ses propres dépens.

#### **V – Conclusion**

55. Je propose qu'il soit décidé comme suit:

- 1) Constaté que, en prenant les mesures visées aux articles 575 G et 575 H du code général des impôts, et établissant une pratique administrative consolidée selon laquelle les autorités nationales utilisent uniquement un critère quantitatif pour déterminer l'usage du tabac, fixé par véhicule et par catégories globales de produits et non par personne ou par catégories spécifiques de produits, la République française a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de la directive 92/12/CEE du Conseil, du 25 février 1992, relative au régime général, à la détention, à la circulation et aux contrôles des produits soumis à accise.
- 2) Rejeter le second grief.
- 3) Disposer que les parties supportent leurs propres dépens.