



Jean Monnet Working Paper Series

-

Environment and Internal Market

Vol. 2013/3

**LES DEROGATIONS NATIONALES A L'HARMONISATION DU MARCHÉ
INTERIEUR :
EXAMEN AU REGARD DE L'ARTICLE 114, §§ 4-7 TFUE**

by

Nicolas de Sadeleer

**Professeur à l'Université Saint-Louis, chaire Jean Monnet, Professeur invité à
l'Université catholique de Louvain**

Published on <http://www.desadeleer.eu>

© Nicolas de Sadeleer, 2012

desadeleer@fusl.ac.be

RESUME

La Commission, dans l'exercice de son pouvoir de proposition, ainsi que les deux autres branches du pouvoir législatif ordinaire sont tenus de garantir en vertu du paragraphe 3 de l'article 114 TFUE un niveau élevé de protection, s'agissant de mesures en matière de santé, de sécurité, de protection de l'environnement et de protection des consommateurs. Or, en ce qui concerne les organismes génétiquement modifiés et les substances chimiques, le niveau de protection retenu ne fait pas toujours l'unanimité dans le chef de tous les Etats membres. Aussi, dès que l'harmonisation des dispositions qui ont trait à l'établissement et au fonctionnement du marché intérieur est intervenue, les paragraphes 4 et 5 de l'article 114 TFUE permettent aux États membres de solliciter une dérogation, justifiée par un nombre limité de motifs, parmi lesquels on retrouve la santé, le milieu de travail, et l'environnement. Cette dérogation leur permet d'obtenir soit le maintien, soit l'adoption de dispositions nationales divergentes. La mise en œuvre de telles dérogations débouche alors sur une confrontation : d'une part, elles sont susceptibles de porter atteinte à l'unité du marché intérieur et à l'application uniforme du droit de l'Union alors que, d'autre part, elles répondent aux attentes légitimes des Etats membres, ainsi qu'à la volonté des auteurs des Traités de trouver un meilleur équilibre entre l'intégration économique et les valeurs non-mercantiles. La recherche de cet équilibre est d'autant plus justifiée que le Traité de Lisbonne a multiplié les clauses d'intégration de même que les obligations en termes de recherche d'un niveau élevé de protection.

Introduction

Les distorsions de concurrence résultant de politiques nationales divergentes peuvent être plus facilement combattues par l'adoption de règles harmonisées pour l'ensemble de l'Union que par l'application directe des dispositions du TFUE consacrées aux libertés économiques. En effet, en restreignant le pouvoir des Etats d'adopter des mesures de police autonomes, les règles uniformes, adoptées sur la base de l'article 114 TFUE, garantissent mieux la circulation sans entraves des produits que le seul jeu des dispositions de droit primaire. Au demeurant, dès que la règle de droit dérivé a harmonisé de manière exhaustive la matière, elle se substitue au droit national¹. Ainsi l'Etat membre se trouve-t-il empêché de se prévaloir ultérieurement de l'article 36 TFUE ou de la jurisprudence *Cassis de Dijon* pour échapper à ses obligations de droit secondaire².

Différents régimes dérogatoires prévus par le droit primaire permettent néanmoins aux Etats membres de conserver, par rapport à l'harmonisation des dispositions afférentes à l'établissement et au fonctionnement du marché intérieur, une certaine sphère d'autonomie. Parmi ces mécanismes, on retrouve les paragraphes 4 à 6 de l'article 114 TFUE, qui se sont substitués à l'article 95 CE, lequel avait remplacé l'ancien article 100 A TCEE.

¹ CJ, 11 mai 1999, *Monsees*, C-350/97, *Rec.*, p. I-2921, point 27.

² La directive 76/769/CEE du Conseil, du 27 juillet 1976, concernant la limitation de la mise sur le marché et de l'emploi de certaines substances et préparations dangereuses a été interprétée en ce sens qu'elle ne permettait pas à un État membre de soumettre à des conditions autres que celles qu'elle prévoyait la mise sur le marché et l'emploi d'un produit biocide dont la substance active figure à son annexe I. CJ, 15 septembre 2005, *Chemicals*, C-281/03 et C-282/03, *Rec.* I-8069 point 47. Par conséquent, seul le recours aux paragraphes 4 et 5 de l'article 114 TFUE permettait aux Etats membres de restreindre l'utilisation du créosote et de l'arsenic.

Cette procédure présente en tout cas des différences notables par rapport à d'autres formes de contrôle afférentes au bon fonctionnement du marché intérieur.

Lorsque la matière n'a pas fait l'objet d'une harmonisation complète, les mesures nationales affectant la libre circulation des marchandises peuvent être qualifiées de mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives au sens des articles 34 et 35 TFUE. Or, de telles mesures sont toujours susceptibles d'être justifiées par l'Etat membre au titre de l'article 36 TFUE ou d'une exigence impérative d'intérêt général, sous réserve d'être proportionnées. Moyennant ces réserves, l'Etat membre est libre de fixer son objectif de protection de manière souveraine. En revanche, l'Etat membre sollicitant au titre des paragraphes 4 ou 5 de l'article 114 TFUE l'adoption, voire le maintien d'une mesure de protection renforcée ne peut pas déterminer librement l'objectif qu'il souhaite atteindre. Sa liberté est conditionnée par l'appréciation de la Commission européenne.

La procédure prévue aux paragraphes 4 à 6 de l'article 114 TFUE se distingue aussi du régime de notification prévue par la directive 98/34/CE prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques³, laquelle complète l'interdiction des mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives, inscrite aux articles 34 à 36 TFUE. L'objectif de cette procédure consiste à prévenir la résurgence d'obstacles techniques au commerce intracommunautaire⁴ en imposant la notification⁵ et le *stand-still*⁶ de tout « *projet de règle technique* ». Trois traits distincts peuvent être mis en exergue. En premier lieu, le contrôle opéré au titre paragraphe 4 de l'article 114, par la Commission, ne couvre que des mesures nationales s'écartant des mesures d'harmonisation alors, qu'en revanche, les articles 8 (obligation de notification) et 9 (obligation de *standstill*) de la directive 98/34/CE sont inapplicables en cas de conformité à « *des acte communautaires contraignants qui ont pour effet l'adoption de spécifications techniques* »⁷. En second lieu, le contrôle opéré par la Commission au titre de la directive 98/34/CE vise des projets de normes nationales et non pas, comme prévu au paragraphe 4 de l'article 114, des normes déjà en vigueur. En troisième lieu, la procédure prévue par la directive 98/34/CE se distingue singulièrement de la procédure d'autorisation prévue à l'article 114, par. 6, TFUE, dans la mesure où l'Etat membre conserve, à l'issue de la procédure, la possibilité d'adopter son projet de règle technique alors même qu'elle aurait fait l'objet d'un avis circonstancié.

³ JO, n° L 204, 21 juillet 1998, p. 37. Abrogeant la directive 83/189/CEE du 28 mars 1983, la directive 98/34/CE a été modifiée, peu après son adoption, par la directive 98/48/CE du 20 juillet 199 (JO, n° L 207, 5 août 1998, p. 18). Voy. S. LECRENIER, « Le contrôle des règles techniques des Etats et la sauvegarde des droits des particuliers », *JTDE*, janvier 1997, n° 35, p. 1 ; W. VOGEL, « L'obligation de marquage des produits soumis à écotaxe au regard du droit communautaire », *Amén.-Envt.*, 1988/1, p. 38 ; P. DEBANDT et K. BAEKELANDT, « Le contrôle préventif, au regard du droit communautaire, des règles techniques introduites par les autorités nationales », *JDE*, 2008, n° 147, p. 69-76 ; F. HERLITZ, « La politique de prévention des obstacles aux échanges de marchandises et de services de la société de l'information », *RDUE*, 2008/3, p. 403-460 ; D. VOINOT, « Le droit communautaire et l'inopposabilité aux particuliers des règles techniques nationales », *RTDE*, janvier-mars 2003, vol. 39, n° 1, p. 91-112.

⁴ CJ, 30 avril 1996, *CIA Security International*, C-194/94, Rec. I-2201 point 40.

⁵ Article 8.

⁶ Article 9.

⁷ Article 10, par. 1, 1^{er} tiret. Selon la jurisprudence, dès que la mesure d'harmonisation offre une marge d'appréciation suffisamment substantielle aux autorités nationales, la norme de transposition ne pourrait la reproduire intégralement. Par conséquent, la mesure nationale ne pourrait bénéficier de ce régime d'exemption. CJ, 17 septembre 1996, *Commission c. Italie*, C-298/94, Rec. I-4405, points 36, 43 et 44.

Même si les modifications apportées par le Traité d'Amsterdam à la procédure initiale ont permis d'éclaircir la portée d'un certain nombre de conditions, il n'en demeure pas moins que cette réforme d'envergure n'a pas pour autant mis fin aux controverses soulevées par ce régime. Qui plus est, l'évolution de la pratique décisionnelle de la Commission européenne ainsi que différents arrêts rendus par la Cour de justice et le Tribunal offrent un nouvel éclairage quant à la portée de certaines des conditions énoncées par le Traité.

1. De l'article 100 A TCEE à l'article 95 CE

Au cours des négociations de l'AUE, certains Etats membres exprimèrent leur réserve à l'égard du futur article 100A TCEE (devenu par la suite l'article 95 TCE, désormais remplacé par l'article 114 TFUE), disposition qui ne devait souffrir aucune dérogation. Une harmonisation aussi poussée aurait non seulement réduit leur marge de manœuvre, mais les aurait également contraints à assouplir le niveau de protection qu'ils avaient accordé à leurs travailleurs, leurs consommateurs ainsi qu'à l'environnement. Pour calmer leurs inquiétudes, les auteurs de l'AUE ont prévu des contreparties au processus de décision majoritaire en insérant un paragraphe 4 à l'ancien article 100A TCEE⁸. Ces contre-parties peuvent dès lors apparaître comme l'expression d'un «compromis politique», tendant précisément à servir de contre-poids aux Etats membres mis en minorité, en raison du recours à la majorité qualifiée, et qui désirent conserver la liberté de retenir un niveau de protection différent de celui retenu dans le cadre de l'harmonisation⁹.

Malgré les appréhensions que cette clause de sauvegarde avait pu susciter à l'époque¹⁰, peu d'Etats membres s'en prévalurent. Avant le 1^{er} mai 1999, date de l'entrée en vigueur du Traité d'Amsterdam, il est rapidement apparu que le paragraphe 4 n'avait été invoqué qu'à quelques reprises, généralement dans le dessein de maintenir des réglementations nationales concernant les substances chimiques. A défaut de délais d'ordre, peu de décisions furent prises par la Commission européenne. Aussi la pratique avait-elle démontré que la brèche ouverte au principe de l'application uniforme du droit communautaire n'était pas aussi profonde qu'on avait pu le craindre¹¹. Du fait que la clause dérogatoire soulevait de nombreuses difficultés d'interprétation, l'article 100A, par. 4, TCEE, a dû être réformé.

Non seulement, la montée en puissance de nouveaux concepts comme le développement

⁸ Dans les conclusions rendues dans l'affaire *Kortas*, l'avocat général SAGGIO avait mis en exergue le conflit intrinsèque que comportait l'ancien article 100A, par. 4, dans la mesure où cette disposition « représente, en substance, une sorte de compensation au quorum de la majorité qualifiée qui, tout en constituant d'une part, une amélioration considérable de l'efficacité du processus décisionnel tendant à la réalisation du marché intérieur, pouvait, d'autre part, entraîner le sacrifice d'intérêts nationaux dignes de protection » (conclusions de l'avocat général Saggio sous CJ, 1^{er} juin 1999, *Antoine Kortas*, C-319/97, *Rec.*, p. I-2223, point 17).

⁹ Conclusions de l'avocat général TIZZANO sous CJ, 20 mars 2003, *Danemark c. Commission*, C-3/00, *Rec.*, p. I-2643, point 61.

¹⁰ Plusieurs commentateurs estimèrent que le paragraphe 4 de l'ancien article 100A TCEE allait provoquer une brèche majeure dans la politique du marché intérieur. Cf. P. PESCATORE, « Some Critical Remarks on the European Single Act », *CMLR*, vol. 24, 1987, p. 9.

¹¹ PH. LEGER (éd.), *Commentaire article par article des Traités UE et CE*, Hebing & Lichtenhahn, Dalloz, Bruylant, 2000, p. 931.

durable¹² et les clauses d'intégration environnementale et de protection des consommateurs appelaient à ce que le rapport de force entre le marché intérieur et les intérêts non-mercantiles soit rééquilibré ; en outre, la recherche d'un meilleur équilibre se justifiait d'autant plus que des pans entiers du droit de la santé¹³ et du droit de l'environnement¹⁴ étaient susceptibles de relever du fonctionnement du marché intérieur. En vue d'asseoir les valeurs non mercantiles dans la construction du marché intérieur, deux axes furent privilégiés par les auteurs du traité d'Amsterdam.

Tout d'abord, en obligeant en vertu de l'article 114, par. 3, TFUE les institutions à poursuivre un niveau élevé de protection « *en matière de santé, de sécurité, de protection de l'environnement et de protection des consommateurs* »¹⁵, les auteurs du traité ont veillé à mieux garantir l'intégration d'un certain nombre d'exigences non-mercantiles dans le cadre de l'élaboration des normes d'harmonisation du marché intérieur. Au demeurant, cette obligation reflète le contenu de différentes clauses d'intégration que l'on retrouve éparpillées dans le TFUE. Etant donné que la protection de l'environnement a souvent cédé le pas devant des impératifs socio-économiques, les auteurs des Traités ont inséré dans le titre consacré aux dispositions d'application générale du TFUE un article 11 TFUE qui prévoit que « *les exigences de la protection de l'environnement doivent être intégrées dans la définition et la mise en œuvre des politiques et actions de l'Union visées à l'article 3, en particulier afin de promouvoir le développement durable* »¹⁶. Cette clause d'intégration côtoie désormais d'autres clauses du genre, mieux affirmées depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, notamment en ce qui concerne la protection des consommateurs (article 12 TFUE, article 38 de la Charte des droits fondamentaux), la culture (article 167, par. 4, TFUE), et la santé (article 168, par. 1, TFUE, article 35 de la Charte des droits fondamentaux)¹⁷. L'article 9

¹² L'article 3, par. 3, du TUE, consacre parmi les objectifs de l'UE le « *développement durable de l'Europe* », lequel est présenté comme étant « *fondé* » à la fois sur des préoccupations économiques (« *une croissance économique équilibrée [...]* »), sociales (« *une économie sociale de marché [...] qui tend au plein emploi et au progrès social* ») et environnementales (« *un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement* »). Qui plus est, « *dans ses relations avec le reste du monde* », l'Union contribue notamment « *au développement durable de la planète* » (article 3, par. 5, du TUE). En outre, il est également fait état de développement durable tant à l'article 11 TFUE (clause d'intégration) qu'à l'article 37 de la charte (droit à l'environnement).

¹³ CJ, 10 décembre 2002, *British American Tobacco (Investments) et Imperial Tobacco*, C-491/01, Rec. p. I-11453, point 62 ; 14 décembre 2004, *Swedish Match AB*, C-218/03, Rec., p. I-11893, point 37 à 39 et 46 ; 14 décembre 2004, *Arnold André*, aff. C-434/02, Rec., p. I-11825, points 33 à 56.

¹⁴ Dans un arrêt remarqué, rendu le 11 juin 1990, la Cour de justice jugea que la base adéquate pour la modification d'une directive portant sur l'harmonisation des programmes d'élimination de la pollution causée par les déchets de l'industrie de dioxyde de titane était l'article 100 A TCEE, malgré le fait que la directive concourait « *d'une façon indissociable à la protection de l'environnement et à l'élimination des disparités dans les conditions de concurrence* » (CJ, 11 juin 1991, *Commission c. Conseil*, C-300/89, Rec., p. I-2867).

¹⁵ Figurant parmi les missions assignées à l'Union européenne (article 3, par. 3, TUE), l'obligation d'atteindre « *un niveau élevé de la protection et de l'amélioration de la qualité de l'environnement* » est consacrée dans les procédures d'adoption des actes de droit dérivé poursuivant à titre principal (article 191, par. 2, TFUE) ou accessoire (article 114, par. 3, TFUE) la protection de l'environnement. D'aucuns la qualifient de principe. Voy. D. MISONNE, *Droit européen de l'environnement et de la santé. L'ambition d'un niveau élevé*, Anthémis, LGDJ, 2011.

¹⁶ L'article 37 de la Charte des droits fondamentaux consacre la même obligation.

¹⁷ En ce qui concerne les articles 35, 37 et 38 de la Charte des droits fondamentaux, voy. N. de SADELEER, « *Enforcing EUCHR Principles and Fundamental Rights in Environmental Cases* », *Nordic Journal of International Law*, 2012, n° 81, p. 39-74.

TFUE prévoit, dans le même ordre d'idées que « *dans la définition et la mise en œuvre de ses politiques et actions, l'Union prend en compte les exigences liées ..à un niveau élevé ... de protection de la santé humaine* ». Qui plus est, en exigeant la poursuite d'un tel niveau de protection, cette exigence devait permettre d'éviter que la Commission, gardienne des traités, se retrouve submergée par une pléthore de demandes de dérogations¹⁸.

Ensuite, en raison de l'imprécision du libellé l'article 100A, par. 4, TCEE, des modifications substantielles durent être apportées à la procédure de dérogation lors du Traité d'Amsterdam. Le nouvel article 95, par. 4 et 5, TCE, remplacé désormais par les paragraphes 4 et 5 de l'article 114 TFUE, autorisa les Etats membres à mettre en œuvre, moyennant le respect de certaines conditions, des mesures plus strictes que celles prévues par la norme d'harmonisation quant bien même celle-ci ne leur reconnaît pas expressément cette faculté. Aussi les Etats furent-ils expressément autorisés en vertu des paragraphes 4 et 5 soit à maintenir, soit à adopter des mesures plus strictes que les normes d'harmonisation¹⁹. Ces deux paragraphes sont libellés comme suit :

« 4. Si, après l'adoption par le Conseil ou par la Commission 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 ou relatives à la protection de l'environnement ou du milieu de travail, il les notifie à la Commission, en indiquant les raisons de leur maintien.

5. En outre, sans préjudice du paragraphe 4, si, après l'adoption par le Conseil ou par la Commission d'une mesure d'harmonisation, un État membre estime nécessaire d'introduire des dispositions nationales basées sur des preuves scientifiques nouvelles relatives à la protection de l'environnement ou du milieu de travail en raison d'un problème spécifique de cet État membre, qui surgit après l'adoption de la mesure d'harmonisation, il notifie à la Commission les mesures envisagées ainsi que les raisons de leur adoption. »

En outre, en raison de l'absence de délai imparti à la Commission européenne pour statuer sur

¹⁸ Vu le peu de sollicitations de la part des Etats membres à recourir à ces mécanismes dérogatoires, cette préoccupation paraît avoir été rencontrée.

¹⁹ S. ALBIN et S. BÄR, « Nationale Alleingänge nach Amsterdam – Der neue Art. 95 EGV: Fortschritt oder Rückschritt für den Umweltschutz? », *Natur und Recht*, 1999, p. 185 ; M. DOUGAN, « Minimum Harmonization and the Internal Market », *CMLR*, 2000, vol. 37, p. 853-885 ; N. de SADELEER, « Les clauses de sauvegarde prévues à l'article 95 CE : l'efficacité du marché intérieur en porte-à-faux avec les intérêts nationaux dignes de protection », *RTDE*, janv.-mars 2002, p. 53-73 ; *Id.*, « Procedures for Derogations from the Principle of Approximation of Laws under Article 95 of the EC Treaty », *CMLR*, 2003, vol. 40, p. 889-915 ; H.G. SEVENSTER, « The Environmental Guarantee after Amsterdam: Does the Emperor Have New Clothes? », *Yb. Eur. Env. L.*, 2000, vol. 1, p. 291-310 ; R. VERHEYEN, « The Environmental Guarantee in European Law and the New Article 95 EC Treaty in Practice a Critique », *RECIEL*, 2000/1, p. 180-187 ; P. WENNERAS, « Fog and Acid Rain Drifting from Luxembourg over Art. 95(4) », *European Environmental Law Review*, 2003, p. 169-178 ; M. ONIDA, « The Practical Application of Article 95(4) and 95(5) EC Treaty », in M. PALLEMAERTS (éd.), *EU and WTO Law : How tight is the Legal Straitjacket for Environmental Product Regulation ?*, Bruxelles, VUB Press, 2006, p. 83-117 ; C. VIAL, « Une nouvelle intensité dans la prise en compte des exigences de la protection de l'environnement », *RAE-LEA*, 2003-2004/4, p. 617-627 ; L. DEFALQUE et al., *Commentaire J. Mégret. Libre circulation des personnes et des capitaux. Rapprochement des législations*, Bruxelles, IEE, 2006, p. 233-237 ; M. DOHERTY, « The Application of Article 95(4)-(6) of the EC Treaty : Is the Emperor Still Unclthed », *Yb. European Env't Law*, vol. 8, 2008, p. 48-79.

les demandes introduites par les Etats membres – l’instruction durait en moyenne 41 mois²⁰ - il parut nécessaire d’imposer à cette dernière des délais de rigueur.

Ces procédures ont été régulièrement invoquées pour justifier le maintien ou l’adoption de règles plus strictes en matière de produits chimiques (PCP, TBT, créosote, cadmium, plomb, mercure, arsenic, antimoine, sulfites, nitrites), et plus récemment à propos d’OGM et de véhicules diesel. Eu égard au caractère polémique de ces requêtes, un examen approfondi de ces clauses s’impose²¹.

2. Champ d'application

A la différence de l’article 169, par. 4, TFUE²² et de l’article 193 TFUE²³, qui consacrent le principe d’une harmonisation minimale pour les domaines ayant trait à la protection des consommateurs et de l’environnement, les conditions de mise en œuvre des paragraphes 4 et 5 de l’article 114 TFUE sont strictement circonscrites *ratione materiae, personae* et *temporis*.

A. Champ d'application personnel

Ni le texte du paragraphe 4 de l’ancien article 100A TCEE ni celui du nouvel article 114 TFUE ne précisent si le droit de se prévaloir des clauses de sauvegarde revenait aux seuls Etats minoritaires pourrait être étendu aux Etats qui auraient voté en faveur de la mesure d’harmonisation.

Conçu comme un mécanisme dérogatoire au processus de décision majoritaire des normes d’harmonisation destinées à contribuer au fonctionnement du marché intérieur, le paragraphe 4 de l’ancien article 100A semblait *a priori* exclure que les Etats ayant voté en faveur de la norme d’harmonisation puissent se prévaloir ultérieurement du mécanisme. Or, l’impossibilité

²⁰ M. ONIDA, « The Practical Application of Article 95(4) and 95(5) EC Treaty », *op.cit.*, p. 91. On observera que la Commission prit sept années pour rendre sa décision sur les mesures néerlandaises relatives au cadmium.

²¹ Trente quatre décisions furent prises du 2 août 1991 au 13 avril 2007 par la Commission en vertu des articles 100A, par. 4, et 95, par. 4 et 5, TCE. La moitié d’entre elles avaient trait à des mesures relatives aux substances chimiques.

²² Les mesures arrêtées par l’UE en ce qui concerne la protection des consommateurs “*ne peuvent empêcher un Etat membre de maintenir ou d’établir des mesures de protection plus strictes*” tant que ces dernières s’avèrent “*compatibles avec les traités*”.

²³ En vertu de l’article 193 TFUE, « *les mesures de protection arrêtées en vertu de l’article [192] ne font pas obstacle au maintien et à l’établissement, par chaque Etat membre, de mesures de protection renforcées. Ces mesures doivent être compatibles avec le présent traité. Elles sont notifiées à la Commission* ». De nature minimale, la norme d’harmonisation est donc perfectible. Par conséquent, tout Etat membre peut, à tout moment, décider de son propre chef de maintenir ou d’adopter des dispositions plus rigoureuses que celles prévues par l’acte adopté sur la base de l’article 192 TFUE. La définition de l’étendue de la protection à atteindre est conférée aux Etats membres. Voy. CJ, 14 avril 2005, *Deponiezweckverband Eiterköpfe*, C-6/03, *Rec.*, p. I-2753, point 61. Le recours à l’article 193 TFUE connaît, cependant, des limites tenant à la fois au respect du droit dérivé lorsque ce dernier débouche sur une harmonisation complète et le respect du droit primaire. Voy. J. JANS, « Minimum Harmonisation and the Role of the Principle of Proportionality », in M. FÜHR, R. WAHL et P. VON WILMOWSKY (éd.), *Umweltrecht und Umweltwissenschaft. Festschrift für E. Rehbinder*, Erich Schmidt Verlag, 2007, p. 705-717; N. DE SADELEER, *Commentaire Mégret. Environnement et marché intérieur*, Bruxelles, ULB, 2010, p. 422-428.

théorique de se prévaloir ultérieurement du paragraphe 4 dans le cas d'un vote favorable n'avait pas manqué d'engendrer des effets pervers²⁴.

En supprimant l'expression « *majorité qualifiée* » qui figurait au paragraphe 4 de l'ancien article 100A TCEE, le traité d'Amsterdam a mis un terme à cette controverse stérile. Tout Etat membre peut désormais solliciter l'adoption de mesures nationales plus strictes, indépendamment de sa prise de position au sein du Conseil. Au demeurant, la faculté pour tout Etat membre d'adopter des normes nationales plus strictes en vertu du paragraphe 5 de l'article 114 TFUE, à la suite de l'entrée en vigueur de la norme d'harmonisation, corrobore le bien-fondé de cette interprétation. Enfin, l'exercice du droit d'ester en justice de l'Etat membre n'est pas tributaire des positions adoptées par ses représentants au sein du Conseil²⁵.

B. Champ d'application matériel

Les paragraphes 4 et 5 de l'article 114 TFUE s'appliquent uniquement dans l'hypothèse d'un acte de droit dérivé adopté sur la base du paragraphe 1er de cette disposition²⁶. Si elles ne relèvent pas du champ d'application d'un acte adopté sur la base de l'article 114 TFUE, les mesures nationales constituent des restrictions quantitatives au sens des articles 34 et 35 TFUE, et doivent être prohibées à ce titre, sous réserve éventuelle de leur justification au titre d'un objectif légitime et de leur caractère proportionné²⁷.

Autorisant des dérogations pouvant restreindre la liberté des échanges, l'avocat général M.G. Tesaurò a jugé que l'ancien article 100A, par. 4, devait faire l'objet d'une interprétation *ratione materiae* stricte, « *ce qui exclut d'en étendre la portée au-delà des cas qu'elle prévoit formellement* »²⁸.

Par ailleurs, il est désormais possible pour l'Etat membre de déroger non seulement à une mesure d'harmonisation adoptée par le Conseil, mais aussi à une mesure d'harmonisation prise par la Commission conformément à une procédure de comitologie²⁹. Ceci n'est pas sans importance vu les pouvoirs réglementaires considérables qui ont été attribués à certains comités, notamment dans la détermination des seuils de protection en matière de santé publique et d'environnement.

²⁴ Pour conserver leurs acquis, plusieurs Etats membres crurent bon de s'opposer systématiquement à l'adoption de la norme d'harmonisation alors qu'ils ne contestaient pas le caractère raisonnable du degré de protection retenu par la Commission. Ainsi, en vue de conserver leur éco-fiscalité sur les emballages, la Belgique et le Grand-Duché de Luxembourg ont dû s'opposer, à un moment donné des négociations, à l'adoption de la directive 94/62/CE relative aux emballages et aux déchets d'emballages.

²⁵ CJ, 12 juillet 1977, *Commission c. Italie*, C-166/78, *Rec.*, p. 2575.

²⁶ CJ, 1^{er} octobre 1998, *Burstein*, C-127/97, *Rec.*, p. I-6005.

²⁷ CJ, 25 mars 1999, *Commission c. Italie*, C-112/97, *Rec.*, p. I-1821, points 62 et 63.

²⁸ Conclusions de l'avocat général TESAURÒ sous CJ, 17 mai 1994, *Commission c. France*, C-41/93, *Rec.*, p. I-1841, point 4.

²⁹ Règlement (UE) n° 182/2011 du Parlement Européen et du Conseil du 16 février 2011 établissant les règles et principes généraux relatifs aux modalités de contrôle par les Etats membres de l'exercice des compétences d'exécution par la Commission, JO L 55 du 28.2.2011, p. 13. Voy. P. Craig, "Delegated Acts, Implementing Acts and the New Comitology Regulation", *European Law Review*, 2011, n°5, p. 672.

C. Champ d'application temporel

Deux hypothèses sont clairement distinguées depuis le traité d'Amsterdam: d'une part, les Etats membres ont la possibilité de « *maintenir* » leurs mesures nationales suite à l'adoption d'une mesure d'harmonisation (paragraphe 4) ; d'autre part, ils peuvent à tout moment « *introduire* » de nouvelles mesures moyennant l'accord de la Commission (paragraphe 5).

3. Justification des demandes de dérogation

Les conditions de fond applicables au maintien d'une mesure nationale préexistant à l'acte d'harmonisation (paragraphe 4) diffèrent substantiellement de celles relatives à l'adoption à posteriori d'une mesure nationale (paragraphe 5). L'adoption d'une réglementation nationale à la suite de celle de l'acte de droit dérivé est soumise au régime le plus strict. Le fait que les conditions afférentes au maintien d'une norme de protection renforcée (paragraphe 4) soient moins strictes que les conditions justifiant l'adoption de nouvelles mesures (paragraphe 5) est justifié, notamment, par le fait que le régime national préexistait à l'harmonisation communautaire³⁰. En effet, la mesure nationale préexistante était connue des institutions, même si ces dernières n'ont pas jugé opportun de la prendre en considération lors de l'élaboration de la norme d'harmonisation.

A. Maintien de mesures nationales

1°. Etat de la question

L'Etat membre est tenu de notifier à la Commission son souhait de maintenir des mesures nationales à l'aune « *des exigences importantes visées à l'article 36 ou relatives à la protection de l'environnement ou du milieu de travail* ».

L'article 36 TFUE énonce de manière limitative un certain nombre de justifications, lesquelles ne sont pas pour autant qualifiées d' « *importantes* ». On a pu dès lors s'interroger sur la portée de cette expression. Est-ce à dire que la moralité publique, la vie et la santé des personnes, la sécurité publique, l'ordre public ne peuvent être admis que si ces justifications revêtent une certaine importance ? Le traité fixerait alors un seuil de gravité quant à l'atteinte potentielle à l'intérêt national³¹. Le recours au paragraphe 4 ne serait dès lors qu'exceptionnel, en tout cas plus exceptionnel que le recours à l'article 36. Sans doute ne faut-il pas attacher une importance excessive au choix des termes, lesquels semblent plutôt renvoyer aux notions d'« *exigences impératives* » ou de « *raisons impérieuses* » d'intérêt général auxquelles la Cour de justice se réfère pour admettre des mesures d'effet équivalant dans le sillage de la jurisprudence *Cassis de Dijon*³².

Cela dit, force est de constater qu'elles sont moins nombreuses que les exigences impératives

³⁰ CJ, 1^{er} janvier 2003, *Allemagne c. Commission*, C-512/99, *Rec.*, p. I-845, points 40 et 41 ; 20 mars 2003, *Danemark c. Commission*, C-3/00, *Rec.*, p. I-2643, point 37.

³¹ PH. LEGER, *op. cit.*, p. 937.

³² D. SIMON, « Commentaire de l'article 100A », *Traité instituant la CEE. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1992, p. 569 ; PH. LEGER, *op. cit.*, p. 937.

d'intérêt général³³. Qui plus est, comme les « *raisons* » énumérées à l'article 36 TFUE font l'objet d'une interprétation restrictive, les auteurs du traité d'Amsterdam ont estimé utile d'y ajouter « *la protection de l'environnement ou du milieu de travail* », lesquelles n'ont pas été énoncées dans cette disposition. L'ajout de ces nouvelles justifications appellent certains éclaircissements.

Repris dans plusieurs dispositions de droit primaire (article 3, par. 3 TUE et articles 4, 11, 114, 191 à 193 TFUE), le concept d'environnement fait l'objet d'une interprétation large et ne peut être circonscrite à un nombre limité de matières. En effet, il convient de l'appréhender de manière souple au regard des quatre objectifs énoncés à l'article 191 TFUE, à savoir « *la préservation, la protection et l'amélioration de la qualité de l'environnement, la protection de la santé des personnes, l'utilisation prudente et rationnelle des ressources naturelles, la promotion, sur le plan international, de mesures destinées à faire face aux problèmes régionaux ou planétaires de l'environnement, et en particulier la lutte contre le réchauffement climatique* »³⁴.

La protection du milieu du travail ne couvre, par contre, que des motifs extra-économiques relatifs à la sécurité, à la santé et à l'hygiène des travailleurs. Ces motifs peuvent, au demeurant, rencontrer les objectifs souscrits par les directives adoptées en vertu de l'article 153, par. 1^{er}, a) TFUE, disposition qui prévoit une base juridique spécifique pour « *l'amélioration du milieu de travail pour protéger la santé et la sécurité des travailleurs* »³⁵. En vertu de l'article 153, par. 2, b) les directives en question prévoient des « *prescriptions minimales* », ce qui souligne que l'harmonisation n'est pas de nature exhaustive. La prise en considération de ces exigences découle d'ailleurs de l'article 9 TFUE, lequel prévoit que « *dans la définition et la mise en œuvre de ses politiques et actions, l'Union prend en compte les exigences liées ... à un niveau élevé ... de protection de la santé humaine* ».

Comme on le verra, les Etats membres éprouveront moins de difficultés à maintenir leurs mesures de protection en invoquant une des raisons énoncées à l'article 36 TFUE qu'à en adopter de nouvelles, car ces dernières ne peuvent se rapporter qu'à « *la protection de l'environnement ou du milieu de travail* ».

Le libellé du quatrième paragraphe appelle plusieurs observations.

2°. Bien fondé des justifications

Tout d'abord, l'évocation de considérations liées à la santé des personnes (renvoi à l'article 36 TFUE) ainsi qu'à « *l'environnement ou au milieu de travail* » semble exclure la prise en compte de considérations qui seraient étrangères aux risques suspectés. Lorsqu'un risque pour

³³ Conclusions de l'avocat général TESAURO sous CJ, 17 mai 1994, précité, *Commission c. France*, point 5.

³⁴ Voy. N. DE SADELEER, *Commentaire Mégret. Environnement et marché intérieur*, Bruxelles, ULB, 2010, p. 39-46.

³⁵ Voy. la directive 80/1107/CEE du Conseil, du 27 novembre 1980, concernant la protection des travailleurs contre les risques liés à une exposition à des agents chimiques, physiques et biologiques pendant le travail, JO no L 327 du 3. 12. 1980, p. 8 et ses nombreux amendements. Voy. aussi la directive 2009/148/CE du Parlement européen et du Conseil du 30 novembre 2009 concernant la protection des travailleurs contre les risques liés à une exposition à l'amiante pendant le travail, JO L 330, p. 28.

la santé est suspecté, seuls des motifs sanitaires sont susceptibles de conduire à l'écartement de la norme d'harmonisation.

Cela dit, rien n'empêche que des données extra-scientifiques puissent être invoquées par l'Etat membre dans le but de corroborer la pertinence d'une mesure nationale justifiée de prime abord au regard de preuves scientifiques. Lorsque la plausibilité du risque est démontrée, de tels motifs pourraient justifier le maintien d'une mesure plus stricte.

3°. Spécificité du risque

Au regard du libellé du paragraphe 4, la condition de « spécificité » du risque – que l'on retrouve au paragraphe 5 – ne doit pas être remplie pour que les mesures nationales puissent être maintenues. Ainsi la Commission ne peut exiger que les autorités nationales, comme ce fut le cas dans le passé, lui apportent la preuve de la spécificité des risques invoqués. Il n'en demeure pas moins que « *cette circonstance peut être hautement pertinente pour éclairer la Commission dans son choix d'approuver ou de rejeter les dispositions nationales notifiées* »³⁶.

4°. Caractère distinctement applicable des mesures

Enfin, en plaçant sur le même pied, au paragraphe 4 de l'article 114 TFUE, « *la protection de l'environnement ou du milieu du travail* » et les « *exigences importantes visées à l'article 36* », les auteurs du traité semblent avoir exclu de manière implicite la condition supplémentaire découlant de la jurisprudence *Cassis de Dijon* selon laquelle la mesure nationale devrait être « *indistinctement applicable* ». En effet, les exigences impératives d'intérêt général ne peuvent être invoquées qu'en l'absence d'une réglementation commune et que dans la mesure où la réglementation nationale litigieuse s'applique indistinctement aux produits nationaux comme aux produits importés. Toute disposition ou pratique discriminatoire exclut automatiquement la référence aux exigences impératives d'intérêt général³⁷.

Cette interprétation n'est pas dépourvue d'intérêt pratique pour les Etats membres. La doctrine a mis en cause l'impossibilité pour les Etats membres d'évoquer des exigences impératives en vue de justifier des mesures environnementales distinctement applicables. Comme la jurisprudence l'a mis en évidence, les mesures environnementales ont tendance à discriminer *de facto* des produits étrangers. Des discriminations *de facto* peuvent en effet résulter de l'avantage naturel dont les opérateurs économiques locaux disposent à l'égard de leurs concurrents étrangers, notamment en ce qui concerne la réutilisation de produits dans le dessein d'éviter qu'ils ne deviennent des déchets³⁸.

Si l'on suit le raisonnement selon lequel des mesures distinctement applicables pourraient être appréciée au titre du paragraphe 4, la situation serait paradoxale. D'une part, une mesure environnementale distinctement applicable dérogeant à un acte adopté sur la base de l'article 114 TFUE pourrait être maintenue moyennant l'accord de la Commission. Par contre, dans

³⁶ CJ, 20 mars 2003, *Danemark c. Commission*, C-3/00, *Rec.*, p. I-2643, points 60 et 61.

³⁷ Voy. en ce sens CJ, 13 mars 1979, *Grande distillerie Peureux*, C-119/78, *Rec.*, p. 985 ; CJ, 17 juin 1981, *Commission c. Irlande*, C-113/80, *Rec.*, p. 1625 ; CJ, 2 mars 1982, *Industrie Diensten Groep*, C-6/81, *Rec.*, p. 707 et sp. 716 ; CJ, 25 avril 1985, *Commission c. Royaume-Uni*, C-207/83, *Rec.*, p. 1201.

³⁸ Voy. CJ, 14 décembre 2004, *Commission c. Allemagne*, C- 463/01, *Rec.*, p. I-11705, point 77 ; CJ, 14 décembre 2004, *Radlberger et Spitz*, C-309/02, *Rec.*, p. I-11763.

l'hypothèse où la matière ne serait pas harmonisée, une telle mesure ne pourrait, à cause de son caractère « *distinctement applicable* », être justifiée au titre d'une exigence impérative. Vu les infléchissements jurisprudentiels dans les affaires environnementales, ces observations demeurent sans doute fort théoriques³⁹.

B. Adoption de nouvelles mesures nationales

Depuis l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam, les Etats membres se sont vus reconnaître, en vertu du paragraphe 5 de l'article 114 TFUE (article 95 TCE), la faculté d'adopter, suite à l'entrée en vigueur de la norme d'harmonisation, des mesures plus sévères.

1°. Exclusion de la santé des personnes

Les motifs justifiant le recours à cette seconde dérogation sont moins nombreux que ceux qui ont trait au maintien des normes nationales préexistantes. Seule « *la protection de l'environnement* » et celle du « *milieu de travail* »⁴⁰ peuvent être invoquées. Ceci exclut qu'une exigence, telle « *la protection de la santé des personnes* » visée à l'article 36 TFUE, puisse fonder la dérogation⁴¹.

Or, toute tentative de préciser la portée exacte de ces facettes de l'intérêt général paraît vouée à l'échec⁴², tant la ligne de démarcation entre la justification environnementale reprise au paragraphe 5 de l'article 114 TFUE et « *la protection de la santé des personnes* » énoncée à l'article 36 TFUE est sinueuse. En effet, le concept d'« *environnement* » non seulement fait l'objet d'une interprétation large, mais inclut expressément, en vertu de l'article 191, par. 2, TFUE, la protection de la santé publique. On le sait, l'augmentation de la pollution contribue à l'aggravation des problèmes de santé⁴³. En effet, en raison de l'augmentation des maladies respiratoires liées à la pollution atmosphérique et de l'impact des perturbateurs endocriniens sur l'équilibre hormonal, la rencontre des préoccupations sanitaires avec les exigences environnementales est devenue inéluctable. Aussi, à l'exception des mesures d'harmonisation adoptées dans le dessein de protéger la nature, la majorité des règlements et des directives,

³⁹ Depuis l'arrêt « *Bouteilles danoises* » (CJ, 20 septembre 1988, *Commission c. Danemark*, C-302/88, *Rec.*, p. 46), la ligne de démarcation entre des mesures indistinctement applicables relevant de *Cassis de Dijon* et des mesures discriminatoires pouvant relever de l'article 36 TFUE a été quelque peu malmenée. Voy. notamment les arrêts suivants : CJ, 25 juin 1998, *Düsseldorp*, C-203/96, *Rec.*, p. I-4075, points 44 et 49 ; CJ, 14 juillet 1998, *Aher-Waggon*, C-389/96, *Rec.*, p. I-4473, point 19 ; CJ, 13 mars 2001, *Preussen Elektra*, C-379/98, *Rec.*, p. I-2099, points 73 et 75 ; CJ, 15 novembre 2005, *Commission c. Autriche*, C-320/03, *Rec.*, p. I-9871, points 84 et 85 ; CJ, 11 décembre 2008, *Commission c. Autriche*, C-524/07, *Rec.*, p. I-187, point 56 ; CJ, 4 juin 2009, *Percy Mickelsson et Joakim Roos*, *Rec.* I-4273, point 33. Par ailleurs, la Cour AELE a reconnu que la protection de l'environnement pouvait justifier des mesures indirectement discriminatoires. Cf. Cour AELE, *Autorité AELE c. Norvège*, E-2/06, point 66.

⁴⁰ La référence à la protection du milieu du travail est plus problématique car l'article 114 TFUE, par. 2 exclut expressément l'adoption de mesures relatives « *aux droits et intérêts des salariés* ». L'on notera toutefois que plusieurs réglementations relatives aux substances chimiques, fondées sur l'article 114 TFUE, concernent la protection des travailleurs.

⁴¹ CJ, 1^{er} janvier 2003, *Allemagne c. Commission*, C-512/99, *Rec.*, p. I-845, point 41.

⁴² PH. LEGER, *op. cit.*, p. 940.

⁴³ Eugloreh, *The Report on the Status of Health in the European Union. Towards a Healthier Europe* (2009); Agence européenne de l'environnement, *The European Environment 2010*, Copenhague, EEA, 2011, p. 91.

adoptés sur la base de l'article 192 TFUE, concernant la qualité de l'air⁴⁴, de l'eau⁴⁵, et la gestion des déchets⁴⁶ affirment parmi leurs objectifs la protection de la santé publique.

La pratique décisionnelle de la Commission montre que cette dernière prend en considération l'impact du cadmium non seulement sur l'environnement aquatique mais aussi sur la santé de la population suédoise⁴⁷.

Cela dit, l'absence de justification relative à la santé pour adopter de nouvelles normes nationales est tempérée par l'obligation faite, en vertu de l'article 114, par. 8, TFUE, à la Commission d'examiner immédiatement l'opportunité de modifier les normes de droit dérivé « *lorsqu'un Etat membre soulève un problème particulier de santé publique dans un domaine qui a fait préalablement l'objet de mesures d'harmonisation* ».

2°. Conditions afférentes aux risques environnementaux et du travail

A la différence du paragraphe 4, les conditions justifiant la protection renforcée sont plus sévères du fait que la norme nationale n'a pas pu être prise en compte « *lors de l'élaboration de la mesure d'harmonisation* »; son introduction accentue en effet le risque d'effritement du marché intérieur⁴⁸. La mesure nationale doit répondre à trois exigences :

- le risque qu'elle est censée contrer doit être « *spécifique* » à l'Etat membre sollicitant la dérogation,
- il doit surgir après l'adoption de la mesure d'harmonisation,
- et être étayé par des « *preuves scientifiques nouvelles* ».

Etant cumulatives⁴⁹, chacune de ces conditions appelle un certain nombre d'éclaircissements.

a. Preuves scientifiques nouvelles relatives à la protection de l'environnement ou du milieu du travail

La faculté d'introduire une mesure nationale plus sévère que la norme de droit dérivé doit être justifiée au regard de « *preuves scientifiques nouvelles* », lesquelles doivent figurer dans la

⁴⁴ Ainsi, la prescription d'objectifs de qualité de l'air, qui ne doivent pas être dépassés « *en vue notamment de protéger la santé de l'homme* », engendre-t-elle des droits subjectifs que les particuliers doivent être en mesure d'invoquer devant leurs juridictions nationales. Voy. CJ, 30 mai 1991, *Commission c. Allemagne*, C-361/88, *Rec.*, p. I-2567 ; CJ, 25 juillet 2008, *Dieter Janecek*, C-237/07, *Rec.*, p. I-6221, point 37.

⁴⁵ A titre d'exemple, la directive 2006/7/CE concernant la gestion de la qualité des eaux de baignade (*JO*, n° L 64 du 4 mars 2006, p. 37) prévoit la surveillance et l'évaluation de la qualité des eaux de surface susceptibles d'être des lieux de baignade. La mauvaise application de cette directive demeure sanctionnée. Voy. CJ, 30 septembre 2009, *Commission c. Tchéquie*, C-481/09, *Rec.*, p. I-119.

⁴⁶ CEDH, 10 janvier 2012, *Di Sarno & al. c/ Italie*.

⁴⁷ Décision 2012/230/UE de la Commission du 18 avril 2012 prorogeant la période mentionnée à l'article 114, paragraphe 6, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne en ce qui concerne les dispositions nationales relatives à la teneur maximale admissible en cadmium des engrais notifiées par le Royaume de Suède au titre de l'article 114, paragraphe 5, du TFUE, *JO* L 116, 28 avril 2012, point 31.

⁴⁸ CJ, 20 mars 2003, *Danemark c. Commission*, C-3/00, *Rec.*, p. I-2643, point 58.

⁴⁹ CJ, 21 janvier 2003, précité, *Allemagne c. Commission*, point 81 ; CJ, 13 septembre 2007, *Land Oberösterreich*, C-439 et 454/06 P, *Rec.*, p. I-7441, point 58.

demande de dérogation⁵⁰. Cette exigence appelle plusieurs observations.

En premier lieu, la dérogation ne pouvant être accordée que pour des motifs non-économiques, il va de soi que seules des preuves scientifiques peuvent être retenues⁵¹. Il en résulte que des considérations de nature sociale, éthique, voire religieuse sont exclues⁵². On observera toutefois que l'annexe II de la communication de la Commission de 2002 sur cette procédure prévoit la possibilité pour les Etats de faire référence à des considérations non-scientifiques⁵³.

L'on notera l'absence de concordance entre les termes « *faits scientifiques* » du paragraphe 3 de la disposition et les termes de « *preuves scientifiques* » du paragraphe 5. Dans la version allemande, ces termes correspondent aux « *Wissenschaftliche Ergebnisse* » et aux « *Wissenschaftliche Erkenntnisse* ». Dans la version anglaise les termes « *scientific facts* » du paragraphe 3 sont employés par opposition au terme « *evidence* » du paragraphe 5. D'un point de vue sémantique, le terme anglais « *evidence* » - à la différence du terme « *proof* » - n'implique pas nécessairement qu'il faille prouver la cause d'un dommage à l'environnement ou à la santé des travailleurs ; une « *evidence* » peut fort bien consister dans une indication d'un lien possible entre le phénomène étudié et le dommage qui surviendrait⁵⁴. Plutôt que de devoir apporter des preuves irréfutables, les Etats sollicitant la dérogation devraient mettre en relief, au moyen d'un minimum de données scientifiques, la relation de cause à effet entre l'activité réglementée et le dommage suspecté.

En second lieu, ne sont admissibles que les preuves qualifiées de « *nouvelles* ». Dans la mesure où le projet d'acte communautaire doit déjà tenir compte, en vertu du paragraphe 3 de l'article 114 TFUE, de « *toute nouvelle évolution basée sur des faits scientifiques* », la nouveauté des preuves scientifiques doit être appréciée en fonction des découvertes scientifiques qui ont suivi l'adoption de la norme d'harmonisation. Ceci n'a rien d'exceptionnel : les études scientifiques en cours peuvent mettre en évidence, quelques

⁵⁰ CJ, 21 janvier 2003, précité, *Allemagne c. Commission*, point 86.

⁵¹ Au demeurant, le droit primaire exige que les institutions de l'Union prennent la science au sérieux. A l'instar de l'article 191, par. 3, TFUE qui exige que l'Union prenne en compte dans l'élaboration de sa politique environnementale « *les données scientifiques* », l'article 114, par. 3, TFUE, oblige la Commission de prendre pour base un niveau de protection élevé en tenant compte notamment de toute nouvelle évolution basée sur des faits scientifiques.

⁵² La Cour de justice a jugé que les mesures d'interdiction des semences d'OGM en Pologne justifiées en raison de l'opposition du public polonais à l'égard des OGM et à l'importance attachée par la société polonaise aux valeurs chrétiennes poursuivaient des finalités étrangères aux objectifs écologiques et sanitaires et aux objectifs de libre circulation qui fondent la directive 2001/18. La Cour estima que la Pologne n'était pas parvenue à établir que son régime aurait effectivement poursuivi les finalités religieuses et éthiques alléguées. Elle considéra notamment que la moralité publique n'était en réalité pas invoquée à titre autonome mais se confondait avec la justification écologique et sanitaire (CJ, 16 juillet 2009, *Commission c. Pologne*, aff. C-165/08, points 51 à 55) et qu'un État membre ne saurait se fonder sur le point de vue d'une partie de l'opinion pour remettre en cause unilatéralement une mesure d'harmonisation communautaire. Dès lors, la mesure polonaise méconnaissait les articles 22 et 23 de la directive 2001/18/CE qui font obligation aux États membres de ne pas interdire, restreindre ou empêcher la mise sur le marché d'OGM, sauf à se prévaloir de mesures de sauvegarde, dans le respect des conditions précises de l'article 23 (points 51 à 64).

⁵³ Annexe II de la communication de la Commission concernant l'article 95 (paragraphe 4, 5 et 6 du TCE), COM (2002) 760 final.

⁵⁴ S. BÄR et A.-G. MAZUREK, *op. cit.*, p. 22.

années après l'adoption de la norme d'harmonisation, des risques qui n'avaient pas été bien identifiés⁵⁵.

Au demeurant, on observera que si l'autorité adoptant des mesures de précaution peut, en principe, s'appuyer sur les données scientifiques disponibles au moment de la prise de cette mesure⁵⁶, il est souhaitable que cette dernière prenne en considération les dernières recherches⁵⁷, voire les résultats les plus récents⁵⁸ ainsi que toute nouvelle preuve scientifique⁵⁹.

Cependant, l'exigence d'apporter des preuves nouvelles ne doit pas faire l'objet d'une interprétation littérale, dans la mesure où elle ne requiert pas pour autant « l'obligation de tenir compte des dernières connaissances scientifiques »⁶⁰. Ainsi, des preuves scientifiques qui existaient à l'époque de l'adoption de la norme d'harmonisation, mais qui n'étaient pas entièrement validées en raison de leur caractère controversé à ce moment-là par la communauté scientifique, peuvent corroborer la poursuite d'un degré de protection plus élevé⁶¹.

A cet égard, il convient de tenir compte du fait que, d'une part, la science n'a rien de statique et que, d'autre part, le processus législatif au sein de l'UE est particulièrement alambiqué. La détermination d'un seuil de protection fait l'objet d'un véritable parcours du combattant. Dans un premier temps, comme le requiert notamment l'article 114, par. 3, TFUE, la Commission est tenue d'exposer le fondement de son analyse à la lumière des informations scientifiques disponibles en basant sa proposition sur des recherches approfondies, connues sous le nom d'évaluation d'impact⁶². Cette étude ne lie ni le Parlement ni le Conseil⁶³. Elle consulte également en fonction des procédures différentes agences et comités scientifiques, tels l'Agence européenne de sécurité alimentaire⁶⁴, voire le Comité scientifique des risques

⁵⁵ Décision 2001/599 du 13 juillet 2001 relative à un projet de dispositions nationales notifié par le Royaume des Pays-Bas concernant la limitation de la mise sur le marché et de l'emploi de la créosote, JO C 210/46.

⁵⁶ Trib., 11 septembre 2002, *Pfizer*, aff. T-13/99, *Rec.*, p. II-3305, point 144.

⁵⁷ CJ, 11 juillet 2000, *Toolex*, C-473/98, *Rec.*, p. I-5681, point 45.

⁵⁸ CJ, 9 septembre 2003, *Monsanto*, C-236/01, *Rec.*, p. I-8105, point 113; CJ, 23 septembre 2001, *Commission c. Danemark*, C-192/01, *Rec.*, p. I-9693, point 51; 12 juillet 2005, aff. jtes. C-154/04 et C-155/04, *Alliance for Natural Health*, *Rec.*, p. I-6451, point 53.

⁵⁹ Trib., 26 novembre 2002, *Artedogan*, T-74/00, T-76/00, T-83/00 à T-85/00, T-132/00, T-137/00 et T-141/00, *Rec.*, p. II-4945, point 194.

⁶⁰ Concl. av. gén. Julianne KOKOTT dans CJ, 8 juillet 2010, *Afton Chemical*, C-343/09, point 34.

⁶¹ Le rythme d'adoption des mesures réglementaires destinées à protéger l'ozone stratosphérique montre à quel point la décision politique est tributaire du résultat des recherches scientifiques, lesquelles réclament de nombreuses années d'effort. L'on assiste donc à un décalage constant entre les découvertes scientifiques et la prise de décision.

⁶² Commission européenne, *Impact Assessment Guidelines*, 15 janvier 2009.

⁶³ CJ, 8 juillet 2010, *Afton Chemical*, C-343/09, *Rec.*, p. I-7027, point 51.

⁶⁴ Mise en place par le règlement du Conseil 178/2002/CE du 28 janvier 2002 établissant les principes généraux et les prescriptions générales de la législation alimentaire (JO, n° L 31, 1 février 2002, p. 1), l'Agence européenne de sécurité des aliments (AESA) contribue à l'amélioration de la sécurité des denrées alimentaires et des aliments pour animaux. A ce titre, elle remplit « le rôle de référence scientifique indépendante en matière d'évaluation des risques ». Considérant 34 du préambule du règlement 178/2002/CE. Voy. A. ALEMANO, *Trade in Food*, Londres, Cameron & May, 2000, p. 161-223 ; IBID., « L'AESA souffle ces cinq premières bougies : un premier bilan d'activité », *RDUE*, 2007/3, p. 585-632. Les avis rendus par l'AESA ne peuvent être assimilés à des actes tombant sous le

sanitaires et environnementaux, dont les avis ne la lient pas pour autant⁶⁵. En effet, « *alors que l'exercice de l'autorité publique par la Commission est légitimé,...*, par le contrôle politique du Parlement européen », les experts scientifiques, « *s'ils disposent d'une légitimité scientifique, n'ont pas de légitimité démocratique ni de responsabilité politique. Or, une légitimité scientifique ne suffit pas pour justifier l'exercice de l'autorité publique* »⁶⁶. Par ailleurs, parce qu'ils sont « *d'une importance primordiale* », les avis de ces experts scientifiques sont soumis aux principes d'excellence, d'indépendance et de transparence⁶⁷.

Par la suite, dans le cadre de la procédure législative, le Parlement ou le Conseil sont appelés à s'appuyer sur l'analyse de la Commission qui ne les lie pas pour autant. Outre le laps de temps significatif qui peut s'écouler entre ces différentes étapes, de nouvelles considérations scientifiques peuvent émerger dans le courant du processus législatif. Consacré à l'article 192, par. 2 TFUE, le principe de précaution ainsi que le principe de bonne administration devraient conduire le Conseil et le Parlement européen à prendre en compte toute nouvelle donnée scientifique, éventuellement au détriment de l'analyse scientifique initiale.

L'affaire *Afton* constitue un excellent exemple de la prise en compte de nouvelles données scientifiques aux étapes finales de la procédure législative. S'agissant de la limitation de l'utilisation d'additifs métalliques dans les carburants de bateaux de navigation intérieure, notamment le MMT, une société productrice arguait devant la Cour de justice que le législateur avait imposé de manière erronée des teneurs limites de cette substance dans certains carburants. À cette fin, la société requérante faisait observer que ces limites n'étaient pas justifiées à la lumière de l'étude d'impact jointe par la Commission à sa proposition de directive. La Cour de justice a considéré que tant le Parlement européen que le Conseil s'étaient appuyés sur des études intervenues postérieurement, lesquelles ne pouvaient pas être prises en compte par la Commission lors de la publication de son étude d'impact⁶⁸. Aussi, au cours du processus législatif, tant le Parlement européen que le Conseil avaient « *pris en compte les données scientifiques disponibles, y compris celles parues au cours de cette procédure, pour exercer effectivement leur pouvoir d'appréciation* »⁶⁹. Confronté à des doutes sérieux, le législateur de l'Union pouvait donc, en raison de ces nouvelles données, réglementer la substance.

En troisième lieu, à l'instar des autres institutions, la Commission européenne est tenue de prendre en considération le principe de précaution lorsqu'elle examine le caractère scientifique des preuves avancées par l'Etat membre⁷⁰.

coup de l'article 263 TFUE. Il s'agit là d'actes préparatoires n'ayant pas pour effet de produire des effets juridiques obligatoires à l'égard des tiers. Voy. TPI, 17 juin 2008, *FMC Chemical et Arysta Lifesciences c. EFSA*, T-311/06, *Rec.*, p. II-88, points 67 et 68 ; TPI, 17 juin 2008, *Dow AgroSciences c. EFSA*, T-397/06, *Rec.*, p. II-90, points 59 et 60.

⁶⁵ CJ, 24 novembre 1993, *Armand Mondiet*, C-405/92, *Rec.*, p. II-6133, points 31 et 32.

⁶⁶ Trib., 11 septembre 2002, *Pfizer*, T-13/99, *Rec.*, p. II-3305, point 201.

⁶⁷ *Ibid.*, point 158.

⁶⁸ CJ, 8 juillet 2010, *Afton Chemical*, C-343/09, *Rec.* I-7027, points 36 à 40.

⁶⁹ *Ibid.*, point 50.

⁷⁰ Communication de la Commission européenne de février 2000 sur le principe de précaution (COM(2000)1 final) ; résolution du Conseil des ministres de Nice du 9 décembre 2000 sur le principe de précaution. Dans sa communication sur le marché unique et l'environnement (COM(99) 263), la Commission européenne a souligné que les principes inscrits à l'article 175 TCE (article 192 TFUE), seront appliqués rigoureusement lors de l'évaluation des dispositions nationales invoquées au titre des paragraphes 4 et 5 de l'article 95 TCE (article 114 TFUE). Selon la Commission, les justifications

A défaut de définition dans le TFUE, les juridictions de l'Union ont précisé les contours de ce principe. La définition retenue par la Cour de justice est incontestablement la plus favorable aux pouvoirs publics. Dans son arrêt *National Farmers' Union*, cette dernière a en effet considéré que « lorsque des incertitudes subsistent quant à l'existence ou à la portée de risques pour la santé des personnes, des mesures de protection peuvent être prises sans avoir à attendre que la réalité et la gravité de ces risques soient pleinement démontrées »⁷¹. Cette définition paraît favorable aux pouvoirs publics car elle n'exige pas la démonstration d'un dommage grave, significatif, ou irréversible, ne limite pas la durée des mesures, n'exige pas une analyse coûts-bénéfices, n'interdit pas l'adoption de moratoires ou d'autres mesures restrictives, et n'impose pas le recours à une forme spécifique d'évaluation.

Par conséquent, rien n'empêche que les preuves scientifiques soient avancées par une minorité de chercheurs, ou d'instituts de recherche : leur caractère scientifique est attesté davantage par la rigueur méthodologique que par le consensus scientifique. Au demeurant, dans son arrêt *Commission c. Danemark*, la Cour de justice a admis qu'en raison de « l'incertitude inhérente à l'évaluation des risques posés à la santé publique des évaluations divergentes peuvent être légitimement effectuées » sans nécessairement être fondées sur les mêmes données⁷².

Le principe de précaution peut-il gommer l'obligation dans le chef de l'Etat sollicitant l'adoption d'une mesure plus sévère de s'appuyer sur des preuves « nouvelles » ? La Cour de justice fut appelée à contrôler la validité d'une interdiction adoptée par une province autrichienne de cultiver sur son territoire des OGM. Selon la Commission européenne, les données avancées par les autorités autrichiennes au titre du principe de précaution ne pouvaient être assimilées à « des preuves scientifiques nouvelles » au sens du paragraphe 5. L'avocat général Sharpston indiqua dans ses conclusions que « Quant à l'insistance avec laquelle les requérants invoquent le principe de précaution, j'ajouterais que, quelle que soit l'utilité de ce principe lors de l'appréciation de nouvelles preuves relatives à une nouvelle situation, la précaution en soi n'est pas de nature à rendre nouvelle telle preuve ou telle situation. La nouveauté tant de la situation que de la preuve est un critère double qui doit être rempli avant l'entrée en jeu du principe de précaution »⁷³. Soulignant que « le Tribunal n'apparaît pas avoir commis une erreur de droit en rappelant que les conclusions de l'EFSA relatives à l'absence de preuves scientifiques démontrant l'existence d'un problème spécifique avaient été prises en considération par la Commission », la Cour de justice rejeta les pourvois⁷⁴. Il en résulte que le principe consacré à l'article 191 TFUE ne prévaut pas sur l'obligation dans le chef de l'Etat membre d'apporter des preuves nouvelles conformément au paragraphe 5 de l'article 114 TFUE.

avancées par les Etats membres devront être vérifiées, non seulement du point de vue juridique mais également dans une perspective scientifique.

⁷¹ CJ, 5 mai 1998, *National Farmers' Union*, C-157/96, *Rec.*, p. I-2211, point 63 ; CJ, *Royaume Uni c. Commission*, C-180/96, *Rec.*, p. I-2265, point 99 ; CJ, 9 septembre 2003, *Monsanto Agricoltura Italia*, C-236/01, *Rec.*, p. I-8105, point 111 ; CJ, 22 décembre 2010, *Gowan*, C-77/09, point 73 ; CJ, 28 janvier 2010, *Commission v France*, C-333/08, point 91 ; CJ, 8 juillet 2010, *Afton Chemical*, C-343/09, point 62. Voy. aussi Trib., 11 septembre 2002, *Pfizer*, aff. T-13/99, *Rec.*, p. II-3305, point 139.

⁷² CJ, 20 mars 2003, précité, *Danemark c. Commission*, point 64.

⁷³ Conclusions de l'avocat général Sharpston du 15 mai 2007, aff. jtes. C-439/05 P et C-454/05 P *Land Oberösterreich et Autriche c. Commission*, *Rec.*, p. I-7441, point 134.

⁷⁴ CJ, 13 septembre 2007, aff. jtes. C-439/05 P et C-454/05 P *Land Oberösterreich et Autriche c. Commission*, *Rec.*, p. I-7441, point 64.

En appréciant le bien-fondé d'une demande de dérogation au titre de l'article 114, par. 5 TFUE, la Commission peut consulter des experts extérieurs⁷⁵ pour recueillir leur avis à propos des preuves scientifiques nouvelles apportées au soutien d'une telle demande⁷⁶.

b. Spécificité du problème

En vue d'éviter l'adoption de toute réglementation à caractère général⁷⁷, le paragraphe 5 requiert que les preuves scientifiques apportées par l'Etat membre mettent en évidence que le « *problème* » ou le risque justifiant l'intervention de l'Etat membre lui est « *spécifique* ». A l'instar du droit de la consommation⁷⁸, des particularités démographiques, géographiques et épidémiologiques propres à l'Etat membre sont susceptibles d'accentuer la spécificité du problème. L'on songe, par exemple, à la densité et la moyenne d'âge de la population, au niveau d'industrialisation, à la vulnérabilité des nappes aquifères, et à la présence de pollutions historiques⁷⁹. On observera que dans sa jurisprudence à propos des mesures nationales de précaution, la Cour de justice a souligné que la spécificité du risque devait être appréciée à la lumière des contraintes géographiques, écologiques, nutritionnelles et sociales⁸⁰. Qui plus est, elle a admis que l'autorité nationale pouvait tenir compte, en outre, de la gravité de l'impact d'une survenance de ce risque sur la santé humaine, y compris l'étendue des effets adverses possibles, de la persistance, de la réversibilité ou des effets tardifs possibles de ces dégâts⁸¹.

A contrario, la condition relative à la spécificité du risque interdit l'adoption d'une mesure nationale destinée à résoudre un problème commun à l'ensemble de l'Union européenne.

Cela dit, le terme « *spécifique* » ne doit pas être interprété de manière trop stricte. Le problème ne doit en tout cas pas être unique, notion plus restrictive que le terme « *spécifique* »⁸². En d'autres mots, il n'est pas indispensable que le problème se pose

⁷⁵ En ce qui concerne les mesures nationales réglementant les OGM, la Commission consulte l'Autorité européenne de sécurité des aliments (EFSA). Voy. TPI, 5 octobre 2005, *Land Oberösterreich*, T-366/03 et T-235/04, *Rec.*, p. II-4005, point 12.

⁷⁶ CJ, 13 septembre 2007, précité, *Land Oberösterreich*, point 32.

⁷⁷ Selon l'avocat général TIZZANO, c'est « *parce que la survenance de nouvelles preuves pourrait, éventuellement, concerner l'ensemble des pays ou un grand nombre d'entre eux* », que « *la nécessité s'est fait sentir d'énoncer dans le corps de ce paragraphe (et non également au paragraphe 4) de la manière la plus claire une condition de spécificité de l'État demandeur, liée aux nouvelles preuves et justifiant de manière particulière, dans son chef, une dérogation à la mesure d'harmonisation* ». Cf. les conclusions de l'avocat général TIZZANO sous CJ, 20 mars 2003, *Danemark c. Commission*, C-3/00, *Rec.*, p. I-2643, point 75.

⁷⁸ Dans différents arrêts rendus dans le domaine des additifs alimentaires, la Cour de justice a tenu compte lors de l'examen de la proportionnalité des mesures nationales prohibant certaines substances, des habitudes des consommateurs. Voy. CJ, 14 juillet 1983, *Sandoz*, C-174/82, *Rec.*, p. 2445 ; CJ, 30 novembre 1983, *Van Bennekom*, C-227/82, *Rec.*, p. 3883 ; CJ, 10 décembre 1985, *Motte*, C-247/84, *Rec.*, p. 3887. Cette jurisprudence n'est toutefois pas transposable au contrôle de la mise en œuvre du paragraphe 5 de l'article 114 TFUE dans la mesure où la protection des consommateurs n'est pas couverte par cette clause de sauvegarde.

⁷⁹ Agence européenne de l'environnement, *The European Environment. State and Outlook 2005*, EEA, Copenhague, 2005, p. 171.

⁸⁰ CJ, 12 mars 1987, *Commission c. Allemagne*, 178/84, *Rec.* p. 1227; 23 septembre 2003, *Commission c. Danemark*, C-192/01, *Rec.*, p. II-9693, point 54.

⁸¹ TPI, 11 septembre 2002, *Pfizer*, aff. T-13/99, *Rec.*, p. II-3305, point 153.

⁸² CJ, 13 septembre 2007, précité, *Land Oberösterreich*, point 65.

exclusivement dans l'Etat sollicitant la dérogation ; rien n'empêche qu'il survienne simultanément sur le territoire de plusieurs Etats membres. Comme il est apparu au cours de l'épidémie de l'encéphalite spongiforme bovine, un risque découvert à un moment donné sur le territoire d'un Etat membre peut rapidement s'étendre à d'autres Etats. Cette interprétation du terme « *spécifique* » nous paraît justifiée au regard du libellé du paragraphe 7 de l'article 114 TFUE, lequel oblige la Commission à examiner immédiatement l'opportunité d'adapter la norme d'harmonisation suite à sa décision approuvant la mesure nationale dérogatoire. Une telle adaptation n'a, en effet, de sens que si le problème se pose ou est susceptible de se poser à d'autres Etats membres.

Les arrêts suivants retiendront notre attention.

Plutôt que de mettre en branle, à la suite de l'octroi de chaque autorisation de mise sur le marché d'OGM, la procédure de sauvegarde prévue à l'article 23 de la directive 2001/18/CE sur la dissémination des OGM⁸³, la province de Haute-Autriche avait notifié à la Commission, sur le fondement de l'ancien article 95, par. 5 CE, sa volonté d'interdire toute culture d'OGM sur son territoire. Après avoir rappelé que si ce paragraphe autorise bien un État, après l'adoption d'une mesure d'harmonisation, à y déroger pour des raisons de protection de l'environnement ou du milieu de travail, c'est à la condition que des preuves scientifiques nouvelles apportées par l'État attestent l'existence d'un risque spécifique justifiant d'interdire les OGM sur son territoire. En l'occurrence, la Commission avait estimé qu'au vu des avis rendus par l'AESA, l'Autriche n'avait pas mis en avant de données nouvelles, s'étant contentée de débattre de questions agronomiques et du maintien de l'agriculture biologique⁸⁴. Dans son arrêt du 5 octobre 2005, le Tribunal s'est rallié à l'interprétation restrictive retenue par la Commission⁸⁵. En n'admettant pas que les preuves scientifiques apportées par la République d'Autriche, relatives à la petite taille des exploitations agricoles et à la diversité biologique, puissent corroborer l'existence d'un problème spécifique, la Cour de justice a confirmé le raisonnement du Tribunal⁸⁶.

Sur un autre registre, du fait que la pollution atmosphérique en raison d'émissions de particules fines par les véhicules diesel se pose de manière particulièrement significative dans d'autres États membres, le Tribunal a jugé que les Pays-Bas n'étaient pas confrontés à un problème spécifique de protection de l'environnement qui aurait pu justifier l'adoption d'une mesure d'immatriculation plus sévère pour ce type de véhicules⁸⁷.

Enfin, il ne faudrait pas non plus conclure que l'apparition d'un problème identique dans deux Etats différents serait de nature à les empêcher de solliciter concomitamment l'adoption de mesures nationales plus strictes. Cette thèse semble être, d'ores et déjà, corroborée par la pratique de la Commission, laquelle a autorisé l'interdiction de l'usage de différentes

⁸³ C. NOIVILLE, M. A. HERMITTE, et E. BROSSET, "Organismes génétiquement modifiés", in *JurisClasseur Environnement et Développement durable*, 2009, fasc. 4100.

⁸⁴ Comm. CE, déc. n° 2003/653/CE, relative aux dispositions nationales interdisant l'utilisation d'OGM dans la province de Haute-Autriche en vertu de l'article 95 § 5 du traité CE, OJ, 16 Septembre 2003. Voy. aussi Commission européenne, décision n° 2008/62/CE, 12 oct. 2007, relative aux articles 111 et 172 du projet de loi polonais concernant les OGM, JO, 19 Janvier 2008.

⁸⁵ TPI, 5 oct. 2005, *Land Ober Österreich et Autriche c. Commission*, aff. T-235/04 et T-366/03, point 67.

⁸⁶ CJ, 13 septembre 2007, précité, *Land Oberösterreich*, , aff. jointes C-439/05 P et C-454/05 P, points 65 et 66.

⁸⁷ TPI, 27 juin 2007, *Pays-Bas c. Commission*, T-182/06, *Rec.*, p. II-1983, points 66 à 72.

substances dangereuses à la demande simultanée de plusieurs Etats membres⁸⁸.

c. Moment de la survenance du problème

Le problème doit surgir après l' « adoption » - et non pas à la fin du délai de transposition - de la mesure d'harmonisation⁸⁹. Ceci n'empêche pas que le risque soit déjà présent au moment de l'élaboration, voire de l'adoption de la mesure d'harmonisation communautaire, mais qu'il ne survienne qu'ultérieurement.

4. Contrôle des demandes de dérogations

Le paragraphe 6 de l'article 114 TFUE précise les conditions de fond et de forme qui doivent être respectées par les autorités nationales pour obtenir la dérogation.

A. Conditions de forme

Un Etat membre n'est pas habilité à se prévaloir des clauses de sauvegarde dès lors qu'il n'aurait pas respecté les formalités requises au titre du paragraphe 6 de l'article 114 TFUE⁹⁰. La notification revêt donc un caractère impératif⁹¹. Notamment en raison de la présence d'un régime d'autorisation tacite, le contrôle des mécanismes dérogatoires se rattache à des règles procédurales typiques d'une procédure administrative⁹².

Condition d'un contrôle efficace de la part de l'autorité communautaire, cette demande doit être motivée puisque les paragraphes 4 et 5 de l'article 114 TFUE exigent que l'Etat membre expose « *les raisons* » de leur maintien ou de leur adoption. L'article 114 TFUE fait en effet expressément peser la charge de la preuve sur l'Etat membre sollicitant la dérogation ; il revient à ce dernier de démontrer que les conditions requises par les paragraphes 4 et 5 sont réunies. Ainsi toute donnée scientifique, d'ordre épidémiologique, écologique, toxicologique, est-elle susceptible d'étayer le bien fondé du seuil de protection⁹³. A l'instar de ce qui est prévu en vertu de la directive 98/34/CE, les Etats membres veillent à communiquer des évaluations des risques⁹⁴.

Si la demande de dérogation doit être notifiée à la Commission, la date à partir de laquelle la

⁸⁸ Ce fut notamment le cas du créosote.

⁸⁹ CJ, 21 janvier 2003, précité, *Allemagne c. Commission*, point 80 ; CJ, 13 septembre 2007, *Land Oberösterreich*, C-439/06 et C-454/06 P, *Rec.*, p. I-3913, point 57.

⁹⁰ CJ, 25 mars 1999, *Commission c. Italie*, C-112/97, *Rec.*, p. I-1821.

⁹¹ *Ibid.*, points 62 et 63.

⁹² Conclusions de l'avocat général TIZZANO sous CJ, 20 mars 2003, *Danemark c. Commission*, C-3/00, *Rec.*, p. I-2643, point 44.

⁹³ Sur le contenu des informations devant être transmises par les Etats membres, voy. la Communication de la Commission concernant l'article 95 (paragraphes 4, 5 et 6 du TCE), COM (2002) 760 final.

⁹⁴ La communication de projets de règles techniques, au titre de la directive 98/34/CE, qui visent à limiter la commercialisation ou l'utilisation de substances, de préparations ou de produits chimiques, pour des motifs de santé publique ou de protection des consommateurs ou de l'environnement, doit aussi inclure les « *preuves scientifiques justifiant leur adoption* », y compris une analyse des risques (article 8, par. 1, al. 4).

mesure doit être transmise n'a pas été précisée⁹⁵. La mise en œuvre du système de notification exige en tout cas une coopération loyale entre la Commission et les autorités nationales. Il leur incombe, en vertu de l'article 4, par. 3, TUE, de notifier le plus tôt possible les dispositions nationales incompatibles avec une mesure d'harmonisation qu'ils souhaiteraient pouvoir continuer à appliquer⁹⁶.

La notification du maintien des mesures préexistantes devrait donc intervenir le plus rapidement possible afin que la Commission puisse statuer avant l'expiration du délai de transposition de la norme d'harmonisation. En agissant rapidement, l'Etat membre prendrait moins de risque de se voir opposer les dispositions de la mesure d'harmonisation revêtant un effet direct. Il devrait donc s'assurer que tout au plus une période de six mois sépare la notification de sa mesure de la fin du délai de transposition de l'acte de droit dérivé. La Commission, quant à elle, devrait aussi faire preuve de diligence en examinant aussi rapidement que possible les mesures nationales qui lui sont soumises.

Si l'information fournie par l'Etat membre est incomplète ou infondée, elle doit rejeter la demande au motif qu'elle n'est pas suffisamment fondée au plan scientifique⁹⁷. Ceci n'empêche pas l'Etat membre de solliciter une nouvelle autorisation. Faut-il pour autant que la Commission rejette automatiquement la demande ou peut-elle exiger des informations supplémentaires ? Cette seconde branche de l'alternative aurait pour effet de suspendre la prise en cours du délai. Dans ce dernier cas de figure, la Commission peut rendre une décision *prima facie*.

A l'instar de la procédure de notification prévue par la directive 98/34/CE prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques⁹⁸, les autres États membres sont tout autant intéressés à l'issue de la procédure que la Commission européenne, et cela précisément parce que l'autorisation éventuelle détermine le champ d'application de l'acte auquel il est dérogé. Aussi la Commission a-t-elle adopté la pratique d'informer les autres États membres de ce qu'elle a reçu une demande de dérogation et d'offrir à chacun d'eux la possibilité d'exprimer son avis sur la procédure en cours⁹⁹.

⁹⁵ La même obligation de notification s'impose s'agissant des mesures de protection renforcées arrêtées par les États membres en ce qui concerne la protection des consommateurs en vertu de l'article 169, par. 4, TFUE et de l'environnement en vertu de l'article 193 TFUE. Ces dispositions ne précisent toutefois pas la date à laquelle ces dispositions nationales doivent être notifiées à la Commission.

⁹⁶ CJ, 1^{er} juin 1999, *Antoine Kortas*, C-319/97, *Rec.*, p. I-2223, point 35.

⁹⁷ Pour un exemple de notification infondée, voy. la décision 2006/255/CE de la Commission du 14 mars 2006 relative aux dispositions nationales imposant, dans les grandes surfaces, le placement des denrées alimentaires génétiquement modifiées sur des rayonnages distincts de ceux qu'occupent les produits non génétiquement modifiés, notifiées par Chypre au titre de l'article 95, paragraphe 5, du traité CE, JO L 92, 30 mars 2006, p. 12.

⁹⁸ Le projet de règles techniques porté à la connaissance de la Commission européenne est ensuite transmis aux autres États membres, lesquels, à l'instar de l'exécutif communautaire, peuvent émettre un avis circonstancié selon lequel la mesure envisagée peut créer des obstacles à la libre circulation des marchandises. Cf. article 8, 1^{er}.

⁹⁹ Voy. les interventions des différents États membres quant aux dispositions nationales notifiées par le gouvernement fédéral allemand concernant le maintien de valeurs limites pour différentes substances chimiques dans les jouets. Cf. Décision 2012/160/UE de la Commission du 1^{er} mars 2012 concernant les dispositions nationales notifiées par le gouvernement fédéral allemand maintenant les valeurs limites pour le plomb, le baryum, l'arsenic, l'antimoine, le mercure, les nitrosamines et les substances

B. Conditions de fond

1° Obligation de vérifier si les conditions d'application des paragraphes 4 et 5 sont réunies

La Commission doit s'assurer que les conditions prescrites par les paragraphes 4 et 5 sont bien remplies¹⁰⁰. En tant que gardienne des traités, il lui appartient de vérifier si le maintien ou l'adoption des dispositions nationales répondent aux exigences énumérées au paragraphe 6. Elle ne peut rejeter la requête au seul motif que celle-ci ne serait pas suffisamment justifiée. Encore faut-il qu'elle expose, en fait et en droit, comment les conditions fixées par le paragraphe 6 ne sont pas respectées¹⁰¹. Si elle parvient à la conclusion que ces conditions sont remplies, la Commission devra confirmer les dispositions en cause ; dans le cas contraire, elle devra rejeter la requête. Il résulte de l'économie de l'article 114 TFUE que la Commission jouit d'une certaine marge d'appréciation lorsqu'elle exerce son contrôle¹⁰².

Une différence de taille oppose le régime général de la libre circulation des marchandises à celui de l'article 114 TFUE. Conformément au régime général, les autorités nationales sont en droit de fixer de manière discrétionnaire le degré de protection qu'ils entendent atteindre. A condition de respecter le principe de proportionnalité, leur marge discrétionnaire est à priori totale.

En revanche, en invoquant les dérogations prévues à l'article 114 TFUE, l'Etat membre va devoir démontrer que le seuil de protection du droit dérivé est insatisfaisant. En d'autres mots, il va devoir expliquer pourquoi il lui est nécessaire d'atteindre un niveau de protection plus élevé. Aussi, la détermination du degré national de protection devra-t-il se faire par rapport au caractère insuffisant du processus d'harmonisation, qui est à priori en vertu de l'article 114, par. 3, TFUE présumé être élevé.

Par ailleurs, la mesure envisagée ne doit constituer ni « *un moyen de discrimination arbitraire ou une restriction déguisée dans le commerce entre Etats membres* » ni « *une entrave au fonctionnement du marché intérieur* ». Dans la mesure où les premiers termes sont calqués sur ceux de l'article 36 TFUE, ce qui montre au demeurant les rapports de parenté avec cette disposition¹⁰³, ils n'appellent pas de commentaires. Selon la Commission, il faut éviter que les mesures nationales ne masquent « *en réalité des mesures économiques destinées à empêcher l'importation de produits d'autres Etats membres pour protéger indirectement la production nationale* »¹⁰⁴.

nitrosables dans les jouets, au-delà de la date d'entrée en application de la directive 2009/48/CE du Parlement européen et du Conseil relative à la sécurité des jouets, JO L 80, 20 mars 2012, points 11 à 13.

¹⁰⁰ CJ, 21 janvier 2003, précité, *Commission c. Allemagne*, point 89.

¹⁰¹ CJ, 20 mars 2003, précité, *Danemark c. Commission*, point 126. Ce mécanisme de contrôle à priori n'est pas atypique. Le droit fédéral des Etats-Unis soumet à l'autorisation de l'administrateur de l'agence fédérale de la protection de l'environnement l'adoption par la Californie de normes d'émission pour les véhicules automobiles plus strictes que les normes fédérales (Clean Air Act (42 U.S.C.A. § 7543 (e) (2))).

¹⁰² PH. LEGER, *op. cit.*, p. 943, n° 81.

¹⁰³ PH. LEGER, *op. cit.*, p. 943.

¹⁰⁴ Décision 2002/366/CE du 15 mai 2002 concernant les dispositions nationales relatives à la teneur maximum admissible en cadmium des engrais notifiés par l'Autriche, JO L 139, p. 31, point 49.

En revanche, énoncée nulle part dans le traité, la notion d' « *entrave au fonctionnement du marché intérieur* » est particulièrement ambiguë. De prime abord, toute norme nationale dérogeant à la règle d'harmonisation communautaire est susceptible d'entraver la libre circulation des biens et, partant, devrait être censurée. Une interprétation si extensive de cette exigence viendrait, de surcroît, à priver la procédure d'adoption d'une nouvelle norme nationale dérogatoire de son effet utile.

La Commission en est consciente du risque qu'entraînerait une interprétation trop large de cette exigence. A cet égard, elle considère que cette condition « *ne peut être interprétée comme interdisant l'approbation de toutes les mesures susceptibles d'entraver le fonctionnement du marché intérieur. Toutes les mesures dérogeant à une mesure d'harmonisation sont susceptibles d'entraver le fonctionnement du marché intérieur. Ainsi, la Commission considère que la notion d'entrave au fonctionnement du marché intérieur, ..., doit s'entendre comme un effet disproportionné au regard de l'objectif poursuivi, afin de préserver l'utilité de la procédure* ». ¹⁰⁵

La troisième exigence ne constituerait donc qu'un élément à prendre en compte par la Commission dans son contrôle de la proportionnalité de la mesure nationale ¹⁰⁶.

2° Principe de proportionnalité

L'on peut se demander si la Commission doit se montrer aussi stricte que la Cour de justice, lorsque cette dernière contrôle la validité d'une mesure nationale au regard de l'article 36 TFUE ou des exigences impératives d'intérêt général. En d'autres termes, la Commission peut-elle se contenter de vérifier que la mesure nationale satisfait aux exigences requises au paragraphe 6 de l'article 114 TFUE sans pour autant vérifier de manière approfondie son caractère proportionné ? Dans les conclusions qu'il a rendues dans l'affaire *France c. Commission*, l'avocat général Tesauro avait souligné que « *le principe de proportionnalité, en tant que principe général du droit communautaire, doit également trouver application en ce qui concerne l'appréciation des justifications avancées par un Etat membre pour invoquer la possibilité de continuer à appliquer sa réglementation en dérogation aux mesures d'harmonisation* ». Selon lui, ce contrôle devrait même « *s'inspirer de critères plus stricts que ceux adoptés par la Cour dans le cadre de l'application de l'article 36 TFUE, dans la mesure où on ne saurait pas tenir compte de niveaux de protection déjà fixés par la réglementation harmonisée* » ¹⁰⁷.

Vu l'évolution récente de la jurisprudence de la Cour de justice qui consacre l'intégration des préoccupations environnementales dans le cadre du marché intérieur, nous estimons qu'une interprétation aussi stricte n'est plus de mise. Comme nous l'avons déjà mis en exergue à de nombreuses reprises, le fonctionnement du marché intérieur doit s'accommoder avec d'autres

¹⁰⁵ Décision 2012/160/UE de la Commission du 1er mars 2012 concernant les dispositions nationales notifiées par le gouvernement fédéral allemand maintenant les valeurs limites pour le plomb, le baryum, l'arsenic, l'antimoine, le mercure, les nitrosamines et les substances nitrosables dans les jouets, au-delà de la date d'entrée en application de la directive 2009/48/CE du Parlement européen et du Conseil relative à la sécurité des jouets, JO L 80, 20 mars 2012, point 89.

¹⁰⁶ PH. LEGER, *op. cit.*, p. 943, n° 82.

¹⁰⁷ Cfr. les conclusions de l'avocat général Conclusions de l'avocat général Tesauro sous CJ, 17 mai 1994, précité, *Commission c. France*, point 6.

valeurs dont la protection juridique revêt un caractère tout aussi essentiel¹⁰⁸. Aussi l'application du principe de proportionnalité requiert la prise en compte des motifs sous-jacents à la mesure et de l'ensemble des éléments techniques.

On observera que la Commission a pu faire preuve de souplesse en prenant compte de l'impact réel de la mesure nationale sur les courants d'échange. Ainsi, à propos du maintien d'une mesure allemande interdisant certaines substances chimiques dans les jouets, elle a mis en exergue que les fabricants n'avaient pas par le passé conçu deux séries de jouets différents, mais s'étaient alignés sur les dispositions allemandes afin de produire des jouets pouvant être commercialisés dans tous les Etats membres. Par conséquent, l'incidence sur le fonctionnement du marché intérieur était proportionnée par rapport à l'objectif de protection des enfants¹⁰⁹.

L'application du principe de proportionnalité doit, à notre avis, tenir compte des enseignements jurisprudentiels suivants.

Tout d'abord, nous estimons que le caractère approprié de la mesure dont la proportionnalité est appréciée par la Commission doit être jugée au regard de l'objectif poursuivi par l'Etat membre. A cet égard, on notera que la Cour de justice met l'accent, dans le cadre de son examen de proportionnalité, sur l'objectif poursuivi par les autorités nationales. Ainsi, elle a jugé que la fixation d'une limite à la présence d'additifs métalliques dans les carburants de bateaux de navigation intérieure, notamment le méthylcyclopentadiényle manganèse tricarbonyle, n'est « *pas manifestement inappropriée pour atteindre les objectifs de protection de la santé et de l'environnement poursuivis par le législateur de l'Union* »¹¹⁰. En effet, cette mesure répond aux objectifs établis par le législateur, objectifs confortés par l'obligation d'atteindre un haut niveau de protection de la santé, de l'environnement et des consommateurs visés à l'article 114, paragraphe 3, tout comme à l'article 191, paragraphes 1 et 2, TFUE¹¹¹. Le même raisonnement trouverait à s'appliquer à l'adéquation des mécanismes dérogatoires analysés.

Par ailleurs, il est certain qu'un Etat membre éprouvera davantage de facilités, *à priori*, à défendre la proportionnalité d'un régime de restrictions de l'emploi ou de l'utilisation d'une substance que celle d'un régime d'interdiction totale¹¹². Ainsi, la Cour de justice a jugé que le système suédois de dérogations individuelles et conditionnées à l'interdiction générale d'utiliser le trichloréthylène apparaissait comme adéquat et proportionné dans la mesure où il permettait d'améliorer la protection des travailleurs tout en tenant compte des exigences de continuité des entreprises. Ce système était d'autant plus conforme au principe de proportionnalité que l'octroi d'une dérogation était subordonné à la condition de l'absence d'un produit de substitution moins dangereux et à l'obligation pour le requérant de rechercher à

¹⁰⁸ CJ, 11 mars 2001, *Preussen Elektra AG*, C-379/98, *Rec.*, p. I-2159, point 76. Voy. tout particulièrement l'argumentation développée par l'avocat général Jacobs dans les conclusions qu'il a rendues dans cette affaire (points 230-231).

¹⁰⁹ Décision 2012/160/UE précitée, point 90.

¹¹⁰ CJ, 8 juillet 2010, *Afton Chemical*, C-343/09, précité, point 49.

¹¹¹ *Ibid.*, point 50.

¹¹² Voy., à titre d'exemple, CJ, 4 juin 2009, *Percy Mickelsson et Joakim Roos*, C-142/05, point 24. Voy. N. DE SADELEER, « L'examen, au regard de l'article 28 TCE, des règles nationales régissant les modalités d'utilisation de certains produits », *JDE*, oct. 2009, n° 162, p. 247 à 250.

l'avenir une solution de rechange moins nocive pour la santé publique et l'environnement¹¹³.

Cela dit, la comparaison de la mesure litigieuse avec des mesures concurrentes doit prendre la mesure de son effectivité. La Commission devrait donc limiter la comparaison aux mesures qui présentent un même degré d'efficacité, ce qui éviterait toute appréciation subjective consistant à mettre en balance les différents intérêts qui sont sous-jacents à chacune des normes en conflit. Cette thèse est corroborée par l'arrêt *Toolex*. Ainsi, l'interdiction de la substance chimique trichloroéthylène l'a emporté sur l'autre branche de l'alternative défendue par la Commission européenne, à savoir l'adoption de seuils d'exposition dans le but de réduire chez les travailleurs le risque de cancer. A cet égard, les difficultés inhérentes (incertitude scientifique) à l'établissement des seuils d'exposition soulignent les limites en terme d'effectivité de la seconde branche de l'alternative¹¹⁴. De manière inverse, le fait que la mesure d'interdiction ait pour effet de réduire le nombre d'utilisateurs et d'encourager les produits de substitution souligne le caractère nécessaire de la mesure la plus sévère, à savoir l'interdiction de commercialiser la substance.

A cela, il faut ajouter que le principe de substitution, qui a été consacré par la Cour¹¹⁵, devrait jouer un rôle significatif dans le contrôle de la proportionnalité des demandes de dérogation. Encourageant le remplacement des substances nocives par des substances moins néfastes, ce principe, qui n'apparaît à ce jour que de manière éparsée dans le droit communautaire dérivé¹¹⁶,

¹¹³ CJ, 11 juillet 2000, précité, *Kemikalinspektionen et Toolex*, C-473/98, *Rec.*, p. I-5681, points 46 et 47. Pour une critique de l'arrêt *Toolex*, voy. J. MONTFORT, « L'arrêt Trichloroéthylène et la libre circulation des substances chimiques : un nouveau défi pour le marché intérieur », *CDE*, 2001/3-4, p. 313.

¹¹⁴ CJ, 11 juillet 2000, *Kemikalinspektionen et Toolex*, point 45. A propos de l'impossibilité de déterminer un seuil d'exposition en raison des lacunes scientifiques, voy. également CJ, 5 février 1981, *Eyssen*, C-53/80, *Rec.*, p. 409.

¹¹⁵ CJ, 11 juillet 2000, *Kemikalinspektionen et Toolex Ab*, C-473/98, *Rec.*, p. I-5702, points 46 et 47. La Cour reconnaît dans cet arrêt que les conditions posées à l'octroi d'une dérogation « sont conformes au principe dit de 'substitution' (...), et qui consiste à éliminer ou diminuer les risques en remplaçant une substance à risque par d'autres, moins dangereuses » (point 47).

¹¹⁶ Encourageant les autorités à remplacer des substances nocives par des substances moins néfastes, les consécutions du principe de substitution dans le droit dérivé sont plutôt éparsées. Voy. article 6, par. 1, f), de la directive 89/391/CEE concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et la santé des travailleurs au travail ; article 4, par. 1, de la directive 90/394/CE concernant la protection des travailleurs contre les risques liés à l'exposition à des agents cancérigènes au travail ; directive 98/24/CE concernant la protection de la santé et de la sécurité des travailleurs contre les risques liés à des agents chimiques sur le lieu de travail ; article 10, par. 5, i) de la directive 98/8/CE sur les biocides ; articles 5, par. 5 et 6, de la directive 1999/13/CE relative à la réduction des émissions de composés organiques volatiles dus à l'utilisation de solvants organiques dans certaines activités et installations ; article 10, par. 1, de la directive 2001/42/CE du 27 juin 2001 relative à l'évaluation des incidences de certains plans et programmes sur l'environnement ; article 5, par. 1, b), de la directive 2002/95/CE du Parlement européen et du Conseil, du 27 janvier 2003, relative à la limitation de l'utilisation de certaines substances dangereuses dans les équipements électriques et électroniques ; article 1, par. 3, du règlement REACH ; article 50 et annexe I du règlement 1107/2009/CE du 21 octobre 2009 concernant la mise sur le marché des produits phytopharmaceutiques, *JO*, n° L 309, 24 novembre 2009, p. 1 ; article 11, par. 2, a), de la directive 2009/128/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 octobre 2009 instaurant un cadre d'action communautaire pour parvenir à une utilisation des pesticides compatible avec le développement durable, *JO*, n° L 309, 24 novembre 2009, p. 71. Quant au respect par la Commission européenne de l'obligation de substitution prévue par la directive 2002/95/CE, voy. CJ, 1^{er} avril 2008, *Parlement européen et Danemark c. Commission*, C-14/06 et C-295/06, *Rec.*, p. I-1649, point 64. Voy. aussi G.

pourrait assouplir le test de nécessité propre au contrôle de proportionnalité exercé par la Commission.

3° Principe du contradictoire et obligation de motivation

Comme la conclusion rapide de la procédure dans l'intérêt du marché intérieur¹¹⁷ est inconciliable avec des débats prolongés, le principe du contradictoire ne s'applique ni aux demandes sollicitées en vertu du paragraphe 4, ni à celles introduites sur la base du paragraphe 5¹¹⁸.

Malgré la mise à l'écart du principe du contradictoire, la Commission est tenue de motiver sa décision de manière telle que, d'une part, la Cour puisse exercer son contrôle et que, d'autre part, tant les Etats membres que les ressortissants intéressés puissent connaître les conditions dans lesquelles la Commission a correctement appliqué le droit de l'Union¹¹⁹. La Commission ne peut donc se borner à constater que la réglementation nationale est compatible avec les paragraphes 4 et 5 « *sans expliquer les raisons de fait et de droit pour lesquelles, selon elle, l'ensemble des conditions posées par ce paragraphe doivent être considérées comme réunies* »¹²⁰.

Si la Cour admet que la Commission puisse consulter des experts extérieurs, la responsabilité primaire pour effectuer l'appréciation de la validité incombe à l'exécutif communautaire. Cette institution ne peut donc se contenter de renvoyer aux rapports des experts¹²¹.

C. Délai de rigueur

Le traité d'Amsterdam a apporté une modification majeure à la procédure de contrôle. Alors que la procédure prévue au paragraphe 4 de l'ancien article 100A TCEE empêchait les États membres d'appliquer une réglementation nationale dérogeant aux règles harmonisées sans en avoir obtenu l'aval de la Commission¹²², le paragraphe 6 de l'article 114 TFUE sanctionne désormais le dépassement du délai dans lequel elle est tenue de statuer. Aussi la Commission dispose-t-elle d'une période de six mois pour approuver ou rejeter la requête nationale. Le

WINTER, « Risks, Costs and Alternatives in EC Environmental Legislation » in N. DE SADELEER (éd.), *Implementing Precaution. Approaches from Nordic Countries, the EU and USA*, London, Earthscan, 2007, p. 330 à 351.

¹¹⁷ CJ, 20 mars 2003, *Danemark c. Commission*, C-3/00, Rec. p. I-2643, point 5 ; CJ, 13 septembre 2007, *Land Oberösterreich et Autriche c. Commission*, aff. C-439/05 P et C-454/05 P, Rec. p. I-7141, points 40 et 41 ; Tribunal, 5 octobre 2005, *Land Oberösterreich et Autriche c. Commission*, T-366/03 et T-235/04, Rec. p. II-4005, point 43.

¹¹⁸ CJ, 20 mars 2003, précité, *Danemark c. Commission*, points 49 et 50 ; CJ, 13 septembre 2007, précité, *Land Oberösterreich*, points 41 et 43.

¹¹⁹ CJ, 17 mai 1994, précité, *Commission c. France*, point 34. Quant au contrôle de la motivation d'une décision prise par la Commission, voy. Trib., 5 octobre 2005, précité, *Land Oberösterreich*, points 48 à 57.

¹²⁰ CJ, 17 mai 1994, précité, *France c. Commission*, point 36.

¹²¹ CJ, 6 novembre 2008, précité, *Pays-Bas c. Commission*, point 67.

¹²² CJ, 1^{er} juin 1999, précité, *Kortas*, point 27.

délai commence à courir à partir du jour suivant la réception de la notification¹²³.

À défaut d'une décision de sa part, la mesure nationale est réputée approuvée¹²⁴. La complexité de l'évaluation des risques¹²⁵ peut toutefois conduire la Commission à proroger le délai d'instruction de six mois, soit un total de douze mois, sauf si la prolongation de ce délai présente un danger pour la santé humaine. Etant donné que le délai de six mois ne peut être prolongé qu'en cas de danger pour la santé humaine, il ne pourrait l'être en cas d'un dommage irréversible causé à l'environnement. Or, comme nous l'avons vu ces problématiques sont étroitement liées. En effet, comme il ressort de l'arrêt *Afton*, il est parfois impossible de distinguer ce qui relève de la protection des consommateurs, de l'environnement et de la santé¹²⁶.

Seule la date de notification d'une décision à ses destinataires est déterminante aux fins de sa prise d'effet. Il en résulte que la simple adoption d'une décision par la Commission européenne – par exemple, par la voie de la procédure écrite accélérée –, sans que cette dernière ne soit notifiée avant l'expiration du délai de six mois prévu à l'article 114, paragraphe 6 TFUE n'entraîne aucun effet juridique à l'égard de l'Etat membre concerné. L'adoption d'une telle décision ne peut avoir pour effet d'interrompre le cours du délai de six mois¹²⁷.

Inédit en droit primaire, ce mécanisme d'autorisation implicite renforce en tout cas la position des Etats membres car le silence de la Commission équivaut désormais à une approbation tacite de la mesure nationale alors que la procédure empêchait auparavant son maintien.

5. Incidence de la procédure de contrôle sur le droit national

Dans son arrêt *Kortas*, la Cour de justice a confirmé la primauté des dispositions d'une directive adoptée sur la base de l'ancien article 100A TCEE - pour autant qu'elles remplissent les conditions générales de clarté, de précision et de caractère inconditionnel et que le délai de transposition de la directive en droit interne soit écoulé - sur un régime national plus strict (interdiction d'un colorant dans les denrées alimentaires) justifié par des exigences importantes visées à l'article 36 TFUE (santé publique)¹²⁸. Le fait que la Commission ait tardé à instruire la demande de dérogation introduite par l'Etat suédois n'était pas de nature à remettre en cause cette primauté.

Cette interprétation est justifiée. En effet, les mesures d'harmonisation se trouveraient vidées de leur effet si les Etats membres pouvaient conserver la faculté d'appliquer unilatéralement une réglementation nationale qui y dérogerait. En créant une situation d'incertitude quant à la réglementation applicable dans un Etat déterminé, la thèse contraire aurait non seulement été à l'encontre du principe de la sécurité juridique, mais aurait aussi mis en péril la primauté du

¹²³ Point 19 de la communication de la Commission concernant l'article 95 (paragraphe 4, 5 et 6 du TCE), COM (2002) 760 final.

¹²⁴ Cette condition vaut à la fois pour les demandes concernant le maintien de normes préexistant à l'acte d'harmonisation que pour les demandes relatives à l'adoption de nouvelles normes nationales.

¹²⁵ Voy., par exemple, la décision 2012/230/UE du 18 avril 2012 précitée. En raison de la complexité des rapports entre l'accumulation du cadmium et les risques environnementaux (point 27), la Commission étend la période d'examen de six mois (point 32).

¹²⁶ CJ, 8 juillet 2010, *Afton Chemical*, C-343/09, précité, point 49.

¹²⁷ Tribunal, 9 décembre 2010, *Pologne c. Commission*, aff. T-69/08, Rec. II-5629, point 69.

¹²⁸ CJ, 1^{er} juin 1999, précité, *Kortas*.

droit de l'Union¹²⁹.

D'un point de vue pratique, la solution retenue par la Cour de justice obligeait les Etats membres à suspendre les effets de leur réglementation jusqu'à ce que la Commission se prononce sur leur demande. L'Etat membres concernait prenait alors le risque de devoir attendre plusieurs années la décision de la Commission. Ceci n'allait pas sans poser d'importantes difficultés pour la cohérence d'une politique normative à l'échelon national. Ces difficultés ont conduit les auteurs du traité à imposer à la Commission un délai de rigueur pour instruire la demande de dérogation (au minimum six mois, au maximum un an).

En vertu du nouvel article 114 TFUE, l'Etat membre est en droit de maintenir sa mesure nationale pendant la période de transposition, tant que cette dernière ne compromet pas la réalisation des objectifs de la norme d'harmonisation communautaire¹³⁰. A la fin de la période de transposition, les enseignements de l'arrêt *Kortas* trouvent à s'appliquer tant que la Commission n'a pas statué¹³¹, c'est-à-dire tout au long du processus d'instruction dont le délai ne peut dépasser les six ou les douze mois.

La confirmation de la Commission constitue une « véritable autorisation à déroger à la réglementation harmonisée »¹³². En effet, les termes « *approuve ou rejette* » du paragraphe 6 de l'article 114 TFUE doivent être compris comme autorisant l'Etat membre à appliquer une mesure nationale plus stricte à la seule condition que cette dernière ait été préalablement approuvée par la Commission. Bien que l'article 114 TFUE ne précise pas si le maintien de la norme préexistante ou l'adoption d'une nouvelle norme nationale est limité dans le temps, le régime national autorisé peut subsister aussi longtemps que les circonstances ayant présidé à son maintien ou à son adoption continueront à exister¹³³. En revanche, en cas de rejet par la Commission, l'Etat membre devra automatiquement aligner sa réglementation sur le seuil retenu par la règle d'harmonisation.

6. Obligation de réexaminer les règles de droit dérivé

Une décision positive entraîne, en vertu du paragraphe 7, l'obligation pour la Commission d'examiner « *immédiatement s'il est opportun de proposer une adaptation* » du droit dérivé. Si cette dernière n'est pas tenue par une obligation de résultat, mais seulement une obligation de moyens, cette exigence renforce néanmoins le caractère dynamique de la réalisation du marché intérieur. Les actes façonnant ce marché devront être adaptés en fonction des avancées réglementaires engrangées au niveau national. Pour renforcer cette dynamique, le paragraphe 8 de l'article 114 TFUE prévoit d'ailleurs que « *lorsqu'un Etat membre soulève un problème particulier de santé publique dans un domaine qui a fait préalablement l'objet de mesures d'harmonisation, il en informe la Commission, qui examine immédiatement s'il y a lieu de proposer des mesures appropriées au Conseil* ».

¹²⁹ En ce sens, voy. les conclusions de l'avocat général TESAURO sous CJ, 17 mai 1994, précité, *Commission c. France*, point 9.

¹³⁰ CJ, 18 décembre 1997, *Inter-Environnement Wallonie*, C-129/96, *Rec.*, p. I-441, p. 1.

¹³¹ TPI, 5 octobre 2005, précité, *Land Oberösterreich*, point 44.

¹³² Conclusions de l'avocat général Tesauro sous CJ, 17 mai 1994, précité, *Commission c. France*, point 8.

¹³³ H.-J. GLAESNER, « L'article 100A : un nouvel instrument pour la réalisation du marché commun », *CDE*, 1989, p. 622.

Si la Commission refuse de mettre en branle cette procédure de relèvement par le haut, préférable à la multiplication de dérogations consenties au cas par cas, il lui incombera de démontrer qu'il n'est pas nécessaire d'étendre le régime de protection à l'ensemble de l'Union. A défaut, son omission pourrait être constitutive de carence au titre de l'article 265 TFUE.

Quoi qu'il en soit, cette obligation devrait permettre à ce que les initiatives nationales puissent contribuer à l'adaptation constante du droit dérivé au regard du progrès scientifique, comme le requiert le paragraphe 3 de l'article 114 TFUE. Dans la pratique, en acceptant les dérogations, la Commission a admis que le niveau de protection communautaire n'était plus pertinent, ce qui l'a conduit à proposer des modifications dans le cadre d'une procédure non plus administrative mais bien législative.

7. Contestation

Le paragraphe 9 de l'article 114 TFUE établit une procédure de manquement simplifiée devant la Cour de justice, selon laquelle la Commission ou un Etat membre s'estimant lésé peut directement saisir la juridiction communautaire s'ils estiment « *qu'un autre Etat membre fait usage abusif des pouvoirs qui lui sont conférés en vertu du présent article* ». Faisant l'économie de la procédure pré-contentieuse, cette action peut être intentée avant même que la Commission se prononce sur la requête, tout comme elle peut être intentée suite à une décision de refus de la Commission. Elle peut ainsi donner lieu à une condamnation judiciaire rapide de toute utilisation abusive du régime dérogatoire. Ce recours spécifique ne préjuge pas de l'exercice du recours intenté conformément à l'article 263, par. 1, TFUE.

Conclusions

Les clauses prévues à l'article 114 TFUE ont non seulement provoqué moult controverses mais aussi donné lieu à plusieurs contentieux, notamment dans le secteur de la sécurité environnementale des produits, des OGM et des substances dangereuses. Soucieuse de garantir le bon fonctionnement du marché intérieur, les juridictions de l'Union ont tendance à les interpréter de manière fort stricte. Or, la crainte d'une remise en cause de l'unité du marché intérieur par une invocation systématique de clauses dérogatoires paraît exagérée : d'une part, les mécanismes de contrôle et les exigences jurisprudentielles empêchent toute utilisation abusive de ces dérogations; d'autre part, la pratique tend à montrer que ce n'est que dans des circonstances exceptionnelles que certains Etats recourent à ces mesures de protection renforcées. Enfin, comme le confirme la pratique, en permettant d'assurer des niveaux élevés de protection de la santé, de la sécurité, de protection de l'environnement et de défense des consommateurs, les clauses dérogatoires examinées ici sont susceptibles de donner une impulsion nouvelle au fonctionnement du marché intérieur, notamment en relevant par le haut le niveau global de protection.

JURISPRUDENCE

Cour de justice

CJ, 17 mai 1994, *Commission c. France*, C-41/93, *Rec.*, p. I-1841

CJ, 25 mars 1999, *Commission c. Italie*, C-112/97, *Rec.*, p. I-1821

CJ, 1^{er} juin 1999, *Antoine Kortas*, C-319/97, *Rec.*, p. I-2223

CJ, 21 janvier 2003, *Allemagne c. Commission*, C-512/99, *Rec.*, p. I-845

CJ, 20 mars 2003, *Danemark c. Commission*, C-3/00, *Rec.*, p. I-2643

CJ, 13 septembre 2007, *Land Oberösterreich*, C-439 et 454/06 P, *Rec.*, p. I-7441

Tribunal

TPI, 5 octobre 2005, *Land Oberösterreich*, T-366/03 et T-235/04, *Rec.*, p. II-4005

TPI, 27 juin 2007, *Pays-Bas c. Commission*, T-182/06, *Rec.*, p. II-1983

Tribunal, 9 décembre 2010, *Pologne c. Commission*, aff. T-69/08, *Rec.* II-5629

COMMUNICATIONS

Communication de la Commission concernant le principe de précaution, COM (2001) 1 final

Communication de la Commission concernant l'article 95 (paragraphe 4, 5 et 6 du TCE), COM (2002) 760 final