« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de l'Université Toulouse 1 Capitole.

ILLUSTRATION DES DIFFICULTÉS RENCONTRÉES POUR DÉTERMINER SI UNE RÉGLEMENTATION RÉGISSANT LA VENTE AMBULANTE AFFECTE, DE LA MÊME MANIÈRE, EN DROIT COMME EN FAIT, LA COMMERCIALISATION DES PÉRIODIQUES NATIONAUX ET DES PÉRIODIQUES D'ORIGINE ÉTRANGÈRE

GÉRARD JAZOTTES

Référence de publication : Jazottes, Gérard (2005), « Illustration des difficultés rencontrées pour déterminer si une réglementation régissant la vente ambulante affecte, de la même manière, en droit comme en fait, la commercialisation des périodiques nationaux et des périodiques d'origine étrangère ». *Note sous arrêt.* Revue trimestrielle de droit commercial (RTD com.) (3). p. 624-626.

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications, contacter portail-publi@ut-capitole.fr

ILLUSTRATION DES DIFFICULTÉS RENCONTRÉES POUR DÉTERMINER SI UNE RÉGLEMENTATION RÉGISSANT LA VENTE AMBULANTE AFFECTE, DE LA MÊME MANIÈRE, EN DROIT COMME EN FAIT, LA COMMERCIALISATION DES PÉRIODIQUES NATIONAUX ET DES PÉRIODIQUES D'ORIGINE ÉTRANGÈRE

(CJCE 26 mai 2005, Burmanjer e.a., aff. C-20/03)

En dépit des efforts déployés par la Cour pour affiner les méthodes et les instruments de son contrôle des réglementations nationales sur le fondement de l'article 28 CE, il est, dans certaines hypothèses, toujours aussi difficile de déterminer si telle mesure est de nature à entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement, le commerce entre les Etats-membres. Désormais, ces difficultés se rencontrent essentiellement à l'occasion de l'examen des réglementations régissant les modalités de vente, alors que la Cour avait souhaité simplifier le contrôle de cette catégorie de réglementation en énonçant, dans l'arrêt *Keck et Mithouard* (CJCE 24 nov. 1993, aff. C-267/91 et C-268/91, Rec. p. I-6097), une présomption de compatibilité. En effet, pour que joue cette présomption, la réglementation doit affecter, de la même manière, en droit comme en fait, la commercialisation des produits nationaux et des produits importés, critère dont l'application s'est révélée être délicate.

L'arrêt rendu le 26 mai 2005 illustre ces difficultés et traduit la gêne de la Cour.

La réglementation en cause, d'origine belge, soumettait l'exercice d'activités ambulantes à une autorisation administrative préalable, à l'exception, notamment, de « la vente des journaux et périodiques, ainsi que de la conclusion d'abonnement à des journaux pour autant qu'il s'agisse de la desserte régulière d'une clientèle fixe et locale... ». En application de cette réglementation, des

ressortissants néerlandais, qui agissaient pour le compte d'une société de droit allemand, ont été pénalement poursuivis pour avoir vendu sur la voie publique des abonnements à des périodiques sans autorisation (et sans pouvoir bénéficier de l'exception concernant la vente d'abonnements de journaux). Au cours de la procédure, la juridiction compétente a interrogé la Cour sur la compatibilité de cette mesure avec les dispositions de l'article 28 CE (les art. 39 CE et 49 CE étaient également invoqués mais sont écartés sans difficulté par la Cour). Dans sa réponse, la Cour procède avec méthode mais son raisonnement se termine par une hésitation portant sur l'appréciation de l'effet de la mesure litigieuse.

Dans ses premières étapes, le raisonnement est méthodique. La Cour relève, en premier lieu, que les périodiques constituent des marchandises et que la situation n'est pas purement interne pour rappeler, ensuite, sa jurisprudence en la matière, tout particulièrement l'arrêt *Keck et Mithouard*. En effet, la Cour a précédemment établi que la réglementation régissait « une certaine modalité de vente, à savoir la commercialisation par voie d'activités ambulantes » (pt 21). Cette qualification n'est pas contestable, alors qu'il n'en va pas toujours de même (ainsi la Cour a pu considérer qu'une réglementation imposant un conditionnement et un étiquetage particulier pour le pain précuit, ce qui suppose une modification du produit importé, régissait une modalité de vente. V. CJCE 18 sept. 2003, aff. C-416/00 et l'analyse critique de A. Rigaux, Symphonie déconcertante ou keckophonie ?, Europe, nov. 2003, Chron. 13). En conséquence, devait être examiné le respect des deux conditions sur lesquelles repose la présomption de compatibilité énoncée dans l'arrêt *Keck et Mithouard*. Pour la Cour, la première de ces deux conditions, l'application de la mesure à tous les opérateurs concernés exerçant leur activité sur le territoire national, est satisfaite dans la mesure où la procédure d'autorisation s'applique « sans distinguer selon l'origine des produits en cause, à tous les opérateurs concernés exerçant leur activité sur le territoire belge » et où « l'accès au commerce ambulant est identique pour les ressortissants nationaux et ceux des autres Etats-membres » (pt 27). En revanche, dans l'examen de la seconde condition, les incertitudes apparaissent.

En effet, lorsqu'il s'agit de rechercher si la réglementation affecte, de la même manière, en droit comme en fait, la commercialisation des produits nationaux et des produits importés, la Cour hésite et finit par se décharger de cette tâche pour la confier à la juridiction de renvoi, juridiction « qui

doit assumer la responsabilité de la décision juridictionnelle à venir » (pt 32). La Cour ne souhaite manifestement pas se prononcer. Néanmoins, dans un mouvement de balancier, elle livre quelques éléments d'analyse qui paraissent indiquer la solution qui pourrait avoir son assentiment.

Dans un premier mouvement, elle constate que la réglementation « ne prévoit pas une interdiction totale d'une modalité de vente, dans un Etat-membre d'un produit qui y est licitement commercialisé », le recours à la vente ambulante étant subordonné à une autorisation préalable et toutes les ventes ambulantes d'abonnement n'étant pas visées (pt 29). Ce constat peut être interprété comme apportant un argument en faveur de l'absence d'effet particulier à l'égard des produits importés. En effet, dans des arrêts antérieurs et dans une hypothèse inverse, la Cour a pu affirmer « qu'il ne saurait être exclu qu'une interdiction totale, dans un Etat-membre, d'une forme de promotion d'un produit, qui y est licitement vendu, ait un impact plus important sur les produits en provenance d'autres Etats-membres » (CJCE 9 juill. 1997, *De Agostini et TV-Shop*, aff. jtes C-34/95, C-35/95 et C-36/95, Rec. p. I-3843, cette Chron., RTD com. 1998.719 et CJCE 8 mars 2001, *Gourmet*, aff. C-405/98, Rec. p. I-1795, cette Chron., RTD com. 2002.579). Cependant, dans l'attendu suivant, la Cour, reprenant l'argumentation de la Commission, affirme qu'il est « également incontestable que la vente ambulante d'abonnements peut s'avérer une bonne méthode pour faire connaître aux consommateurs des périodiques de toutes origines », ce qui paraît indiquer que l'interdiction affecte plus lourdement la commercialisation des périodiques d'origine étrangère que celle des périodiques nationaux. Cette déduction est hâtive car, au terme de ce deuxième mouvement, la Cour reconnaît ne pas pouvoir se prononcer au regard des éléments dont elle dispose. Néanmoins, dans un dernier mouvement et comme à regret, elle ne peut s'empêcher d'ajouter que « si ce régime devait avoir une telle incidence, celle-ci serait de nature trop insignifiante et aléatoire pour pouvoir être considérée comme étant de nature à entraver ou à gêner d'une autre manière le commerce entre les Etats-membres » (pt 31). Cette formule « trop insignifiante et aléatoire » constitue une référence directe à la « troisième voie » qui consiste à écarter l'interdiction édictée dans l'article 28 CE lorsque le lien de causalité entre la mesure litigieuse et les restrictions aux échanges est incertain car « trop aléatoire et indirect » (cette Chron., RTD com. 2000.484). Toutefois, il convient de relever l'emploi du terme « insignifiant » qui ajoute un sens supplémentaire à l'expression traditionnellement employée : à l'appréciation du

lien de causalité paraît s'ajouter celle de l'intensité de l'effet restrictif. Or, la Cour a toujours rejeté l'application d'une règle « de minimis ». Dès lors, on ne peut que s'interroger sur la portée de cette formulation : maladresse ou volonté de prendre en compte l'intensité de l'effet restrictif de la mesure en cause ? Quoiqu'il en soit, il appartiendra au juge national de vérifier si « l'application du droit national est de nature à garantir que le régime national de vente ambulante affecte de la même manière, en droit comme en fait, la commercialisation des produits nationaux et celle des produits en provenance d'autres Etats-membres ».

Ainsi, dans ses développements, la jurisprudence Keck et Mithouard réintroduit la question première et essentielle posée par l'interprétation de l'article 28 CE et la mise en oeuvre de la jurisprudence Dassonville. Il paraît difficile d'en faire le reproche à la Cour car il reste à découvrir le critère infaillible qui permettrait d'identifier les réglementations nationales qui sont susceptibles « d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement, le commerce intracommunautaire »...