

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. NIAL FENNELLY

présentées le 15 juin 2000 *

TABLE DES MATIÈRES

I	— Introduction	I-8424
II	— Le cadre législatif et historique	I-8426
	i) Les dispositions pertinentes du traité	I-8426
	ii) Les autres réglementations	I-8427
	iii) L'historique de la directive sur la publicité	I-8428
	iv) Le résumé du contenu de la directive	I-8431
III	— La recevabilité	I-8436
IV	— Les observations déposées devant la Cour	I-8439
	i) La base juridique et la compétence	I-8439
	ii) Le principe de subsidiarité	I-8443
	iii) Le principe de proportionnalité	I-8444
	iv) La violation de l'article 30	I-8445
	v) Le droit de propriété et le libre exercice d'une activité professionnelle	I-8445
	vi) La liberté d'expression	I-8446
	vii) L'obligation de motivation	I-8447
V	— Analyse	I-8447
	i) Sur la base juridique et sur la compétence	I-8447
	Introduction	I-8447
	La nature de la compétence communautaire	I-8448
	Compétence communautaire et compétence nationale: différence d'objectifs ...	I-8450
	Le « centre de gravité » de la directive	I-8452
	Le champ d'application de l'article 129, paragraphe 4, du traité	I-8453
	La genèse de la directive	I-8454
	Le détournement de pouvoir	I-8456
	L'importance de la procédure de vote au sein du Conseil	I-8457
	Le marché intérieur	I-8458

* Langue originale: l'anglais.

Les objectifs du marché intérieur — Appréciation concrète	I- 8463
L'objectif de la directive sur la publicité	I- 8467
Les entraves aux échanges de produits et de services assurant la promotion du tabac	I- 8468
L'harmonisation opérée par la directive sur la publicité	I- 8471
La distorsion de la concurrence	I- 8475
Conséquences: nullité et séparabilité	I- 8476
ii) Le principe de subsidiarité	I- 8479
iii) Le principe de proportionnalité	I- 8484
iv) La violation de l'article 30 du traité	I- 8484
v) L'atteinte aux droits économiques	I- 8484
vi) La liberté d'expression	I- 8487
vii) Le défaut de motivation	I- 8495
VI — Sur les dépens	I- 8496
VII— Conclusion	I- 8497

I — Introduction

1. Ces deux affaires mettent en cause la validité de la directive 98/43/CE du Parlement européen et du Conseil, du 6 juillet 1998, concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de publicité et de parrainage en faveur des produits du tabac¹ (ci-après la «directive» ou la «directive sur la publicité»). Dans la première de ces deux affaires (ci-après l'«affaire Allemagne»), la République fédérale d'Allemagne a introduit un recours en annulation contre la directive sur la publicité, sur le fondement de l'article 173 du traité (devenu, après modification, article 230 CE). Dans la seconde affaire (ci-après l'«affaire Imperial Tobacco»), un certain nombre de fabri-

cants de produits du tabac ont introduit une action au Royaume-Uni devant la High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Crown Office) (ci-après la «juridiction nationale» ou le «juge a quo»), visant notamment à voir dire et juger que l'intention ou l'obligation pour le Royaume-Uni de satisfaire aux exigences de la directive seraient illicites. La juridiction nationale a estimé que les sociétés demandereses avaient soulevé des arguments susceptibles d'entraîner une décision d'annulation et a décidé de soumettre une question préjudicielle à la Cour de justice.

2. Comme l'a relevé le juge a quo, il existe des points communs importants (sans aller jusqu'à une coïncidence parfaite) entre la question qu'il pose et les moyens du recours introduit dans l'affaire Allemagne. Sa question définit avec concision les moyens

1 — JO L 213, p. 9.

invoqués par les demandereses au principal: « La directive 98/43 du Conseil est-elle nulle, en tout ou en partie, en raison de:

- a) l'inadéquation des articles 57, paragraphe 2, 66 et 100 A comme base juridique;
- b) l'atteinte à la liberté d'expression, qui est un droit fondamental;
- c) la violation du principe de proportionnalité;
- d) la violation du principe de subsidiarité;
- e) la violation de l'obligation de motivation;
- f) la violation de l'article 222 du traité et/ou l'atteinte au droit fondamental à la propriété? »

contraire à l'article 30 du traité (devenu, après modification, article 28 CE).

3. Le principal problème dans ces affaires est la question de la compétence ou de la base juridique. La mise en cause de la validité de la directive pour non-respect des principes de proportionnalité ou de subsidiarité, de l'obligation de motivation ou des droits fondamentaux n'appelle un examen qu'à titre subsidiaire, c'est-à-dire, uniquement dans le cas où la Cour parviendrait à la conclusion que la base juridique retenue par la directive était correcte.

4. La base juridique dont se réclame la directive sur la publicité est le marché intérieur. La compétence de la Communauté en matière de marché intérieur n'est limitée, a priori, par aucun domaine réservé aux États membres. Il s'agit d'une compétence horizontale, dont l'exercice se substitue à la compétence législative nationale dans le domaine en question. Le contrôle juridictionnel exercé sur la mise en œuvre d'une telle compétence constitue une question délicate et complexe. D'un côté, un contrôle juridictionnel par trop restreint pourrait permettre aux institutions communautaires de jouir, en pratique, d'un pouvoir général ou illimité. Cela serait contraire au principe qui veut que la Communauté ne dispose que des compétences strictes — aussi étendues soient-elles — qui lui ont été attribuées par le traité en vue d'atteindre des objectifs précis. La Communauté pourrait ainsi empiéter illégalement sur les pouvoirs des États membres. D'un autre côté, la Cour ne doit pas empêcher le législateur communautaire d'accomplir correctement sa mission de

Dans l'affaire Allemagne, il est en outre soutenu que la directive sur la publicité est

suppression des entraves et des distorsions aux échanges des produits et des services. Il incombe à la Cour, en tant que dépositaire de la confiance des institutions communautaires, des États membres et des citoyens de l'Union, de s'acquitter de cette fonction difficile de maintien de la séparation constitutionnelle entre les pouvoirs respectifs de la Communauté et des États membres, sur la base de critères objectifs.

II — Le cadre législatif et historique

i) *Les dispositions pertinentes du traité*

5. La controverse sur la base juridique de cette directive n'intéresse qu'un nombre limité de dispositions du traité. Il s'agit principalement des dispositions relatives au marché intérieur et à la libre prestation de services.

6. En vertu de la combinaison des articles 57, paragraphe 2, du traité (devenu, après modification, article 47, paragraphe 2, CE) et 66 du traité (devenu article 55 CE), le Conseil, conformément à la procédure prévue à l'article 189 B du traité (devenu, après modification, article 251 CE), procédure généralement connue sous le nom de «procédure de codécision», «arrête... les directives visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États

membres concernant l'accès aux activités non salariées et l'exercice de celles-ci», y compris la libre prestation de services².

7. L'article 100 A du traité est devenu, après modification, l'article 95 CE. Par dérogation à l'article 100 du traité (devenu article 94 CE), et sauf si le traité en dispose autrement, l'article 100 A autorise le Conseil, statuant conformément à la procédure visée à l'article 189 B et après consultation du Comité économique et social pour la réalisation des objectifs énoncés à l'article 7 A du traité (devenu, après modification, article 14 CE) à «arrête[r] les mesures relatives au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur».

8. L'article 100 A, paragraphe 3, dispose que la Commission, «dans ses propositions prévues au paragraphe 1 en matière de santé, de sécurité, de protection de l'environnement et de protection du consommateur, prend pour base un niveau de protection élevé»³. L'article 100 A, paragraphe 4, autorise les États membres, après l'adoption d'une mesure d'harmonisation par le Conseil statuant à la majorité qualifiée, à appliquer des dispositions

2 — Dans les présentes conclusions, les références à l'article 57, paragraphe 2, du traité doivent se comprendre, sauf précision contraire, comme incluant son extension à la libre prestation de services en vertu de l'article 66 du traité.

3 — L'article 95, paragraphe 3, CE, tel que modifié, ajoute que: «Dans le cadre de leurs compétences respectives, le Parlement européen et le Conseil s'efforcent également d'atteindre cet objectif». Dans notre analyse, nous considérons cette obligation comme implicitement prévue dès l'origine à l'article 100 A, paragraphe 3, du traité, même si celui-ci se référerait, de façon plus limitée, aux propositions de la Commission.

nationales justifiées, notamment, par des exigences importantes visées à l'article 36 du traité (devenu, après modification, article 30 CE), sous réserve de confirmation par la Commission et d'une procédure spéciale accélérée de saisine de la Cour de justice.

9. Les parties demanderessees ont particulièrement insisté sur l'article 129 du traité (devenu, après modification, article 152 CE). En son paragraphe 1, cet article énonce que «La Communauté contribue à assurer un niveau élevé de protection de la santé humaine en encourageant la coopération entre les États membres et, si nécessaire, en appuyant leur action» et que «Les exigences en matière de protection de la santé sont une composante des autres politiques de la Communauté». L'article 129, paragraphe 4, prévoit que le Conseil contribue à la réalisation des objectifs visés dans cet article, en statuant conformément à la procédure de codécision et après consultation du Comité économique et social et du Comité des régions, par l'adoption d'actions d'encouragement, à l'exclusion de toute harmonisation des dispositions législatives et réglementaires des États membres. Le Conseil peut également adopter des recommandations.

ii) *Les autres réglementations*

10. La référence à d'autres réglementations antérieures paraît nécessaire ici pour pouvoir apprécier la légalité de la directive sur la publicité. Avant l'adoption de la direc-

tive, la Communauté avait en effet déjà arrêté un certain nombre de dispositions législatives intéressant la commercialisation des produits du tabac, soit sur la base de l'article 100 A du traité, soit sur celle de l'article 57, paragraphe 2, du traité lu en combinaison avec l'article 66. Le texte le plus important à cet égard est l'article 13 de la directive 89/552 du Conseil, du 3 octobre 1989, visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle⁴. Il suffira de rappeler ici que cet article interdit toute forme de publicité télévisée en faveur des cigarettes et des autres produits du tabac. L'article 2 bis, paragraphe 1, de cette même directive prévoit que, de façon générale, «les États membres assurent la liberté de réception et n'entravent pas la retransmission sur leur territoire d'émissions télévisées en provenance d'autres États membres pour des raisons qui relèvent des domaines coordonnés par la présente directive».

11. Quant à la directive 89/622 du Conseil, du 13 novembre 1989, concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière d'étiquetage des produits de tabac ainsi que d'interdiction de certains tabacs à usage oral⁵, elle impose de faire figurer sur les paquets de cigarettes les mentions de la teneur en goudron et en nicotine⁶ ainsi qu'un avertissement général

4 — JO L 298, p. 23, telle que modifiée par la directive 97/36/CE du Parlement et du Conseil, du 30 juin 1977 (JO L 202, p. 60). L'une et l'autre mesures ont été adoptées sur le fondement des articles 57, paragraphe 2, et 66 du traité.

5 — JO L 359, p. 1, telle que modifiée par la directive 92/41/CEE du Conseil, du 15 mai 1992 (JO L 158, p. 30). Les deux mesures ont été adoptées sur le fondement de l'article 100 A du traité.

6 — Article 3 de la directive 89/622.

et spécifique relatif à la santé⁷. La vente des produits conformes aux dispositions de la directive ne peut pas être restreinte par les États membres pour des considérations d'étiquetage⁸. De même, les États membres ne peuvent s'opposer aux ventes de produits conformes aux dispositions de la directive 90/239 du Conseil, du 17 mai 1990, relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres concernant la teneur maximale en goudron des cigarettes⁹, en arguant de la limitation de la teneur en goudron des cigarettes¹⁰. Les deux directives 89/622 et 90/239 ont été adoptées par le Conseil composé des ministres de la santé.

12. La Communauté a également légiféré sur d'autres aspects de la publicité. Par exemple, la directive 84/450 du Conseil, du 10 septembre 1984, en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative¹¹, fixe les critères minimaux et objectifs permettant de décider si une publicité est trompeuse¹² et définit les conditions dans lesquelles la publicité comparative doit être admise¹³. Le deuxième considérant de la directive 97/55 indique que « la publicité est un moyen très important pour ouvrir des

débouchés réels partout dans la Communauté pour tous les biens et services ».

13. La directive 92/28 du Conseil, du 31 mars 1992, concernant la publicité faite à l'égard des médicaments à usage humain¹⁴, prescrit un certain nombre de conditions pour l'admission de la publicité en faveur de tels produits. Par exemple, dans les médias destinés au grand public, elle interdit l'utilisation de certains matériaux ou la référence à certaines indications thérapeutiques, ainsi que la publicité en faveur de certains produits.

iii) *L'historique de la directive sur la publicité*

14. L'idée de réglementer la publicité du tabac au niveau communautaire a été envisagée pour la première fois par la Commission en 1984, dans une communication au Conseil européen concernant la coopération en matière de problèmes de santé. Le premier programme « L'Europe contre le cancer », adopté par une résolution du Conseil et des représentants des gouvernements des États membres réunis au sein du Conseil¹⁵, invitait la Commission à étudier les moyens de réduire l'usage du tabac, tels qu'une action de la Communauté au regard de la publicité et du parrainage, au titre de la coopération dans

7 — Article 4 de la directive 89/622.

8 — Article 8, paragraphe 1, de la directive 89/622.

9 — JO L 137, p. 36. Cette mesure a été adoptée sur le fondement de l'article 100 A du traité.

10 — Article 7, paragraphe 1, de la directive 90/239.

11 — JO L 250, p. 17, telle que modifiée par la directive 97/55 du Parlement européen et du Conseil, du 6 octobre 1997 (JO L 290, p. 18). La directive 84/450 a été adoptée sur le fondement de l'article 100 du traité. La directive qui l'a modifiée a été adoptée sur le fondement de l'article 100 A du traité.

12 — Articles 2, paragraphe 2, et 3 de la directive 84/450; voir également le septième considérant du préambule.

13 — Article 3 bis de la directive 84/450.

14 — JO L 113, p. 13. Cette mesure a été adoptée sur le fondement de l'article 100 A du traité.

15 — JO 1986, C 184, p. 19.

le domaine de la santé. La Commission a répondu par un plan d'action pour la période 1987-1989. Puis elle a élaboré, sur le fondement de l'article 100 A du traité, une première proposition de directive du Conseil en matière de publicité par voie de presse et d'affiches en faveur des produits du tabac¹⁶ (ci-après la « première proposition de directive »).

15. La première proposition de directive observait que la publicité par voie de presse et d'affiches dépasse les frontières des États membres et que les disparités entre les réglementations nationales sont de nature à créer des entraves aux échanges et à entraîner des distorsions de la concurrence. Les règles harmonisées ainsi nécessaires devaient tenir dûment compte de la protection de la santé des personnes et des jeunes en particulier. Son préambule se réfère également au programme d'action européen contre le cancer. Cette première proposition de directive prévoyait que la publicité par voie de presse et d'affiches en faveur des cigarettes et autres produits du tabac devait inclure des avertissements relatifs à la santé¹⁷. Elle entendait également limiter le contenu du message publicitaire à une information sur le produit et une présentation de son emballage, tout en interdisant la référence à une marque, un emblème, un symbole ou un autre élément distinctif principalement utilisés pour des produits du tabac, dans la publicité qui ne mentionne pas directement un produit du tabac¹⁸. Toute forme de publicité en faveur des produits du tabac dans les publications principalement destinées aux jeunes de

moins de 18 ans devait être interdite¹⁹. L'article 5 de la première proposition de directive empêchait toutefois les États membres de tirer argument de la publicité en faveur du tabac pour interdire ou restreindre le commerce de journaux ou la diffusion d'affiches conformes à la directive.

16. Dans le cadre de la procédure de coopération, le Parlement européen a approuvé la première proposition de directive le 14 mars 1990, mais sous réserve de l'introduction d'amendements ayant pour résultat d'interdire totalement la publicité en faveur du tabac pour des motifs de santé publique²⁰. La Commission a, pour sa part, considéré qu'une interdiction totale était prématurée en l'état des réglementations nationales, mais a modifié sa proposition de façon à indiquer clairement qu'elle harmoniserait uniquement les législations des États membres admettant la publicité en faveur du tabac²¹. Elle a également ajouté trois nouveaux considérants ayant pour objet de mettre en évidence les objectifs de protection de la santé dans les États membres et la vulnérabilité des jeunes face à la publicité.

17. Cette version modifiée de la première proposition de directive a été discutée au sein du comité des représentants permanents (Coreper) sous le point « Lutte contre le cancer », mais aucun accord n'a pu y être trouvé, pas plus qu'au sein du groupe de

16 — COM(89) 163 final, présentée le 7 avril 1989 (JO C 124, p. 5).

17 — Article 2 de la première proposition de directive.

18 — Article 3 de la première proposition de directive.

19 — Article 4 de la première proposition de directive.

20 — JO C 96, p. 98.

21 — COM(90) 147 final, présentée le 19 avril 1990 (JO C 116, p. 7).

travail « Santé » du Conseil. La Commission l'a donc retirée et a présenté le 17 mai 1991 une proposition modifiée de directive du Conseil en matière de publicité en faveur des produits du tabac²² (ci-après la « deuxième proposition de directive »). Celle-ci mettait en lumière pour la première fois le rapport existant entre les différentes formes de publicité et le fait que la consommation du tabac constitue un facteur important de mortalité dans la Communauté. Cette deuxième proposition de directive entendait interdire, d'une part, toute forme de publicité en faveur des produits du tabac, d'autre part, la publicité effectuée dans d'autres domaines au moyen de marques principalement associées au tabac, puis l'utilisation d'autres marques pour de nouveaux produits du tabac, et enfin toute distribution gratuite de ces produits²³. Les États membres pouvaient autoriser le recours à la publicité à l'intérieur des établissements vendant du tabac²⁴, mais la deuxième proposition de directive n'excluait pas la possibilité pour les États membres d'adopter des mesures plus strictes visant à protéger la santé²⁵. En dépit de doutes exprimés de diverses parts²⁶, le Parlement européen a rejeté une motion visant à modifier la base juridique de cette proposition, c'est-à-dire à remplacer l'article 100 A par l'article 235 du traité (devenu article 308 CE) et a adopté, le 11 février 1992, une résolution législative proposant, entre autres choses, l'ajout d'un nouveau considérant dont l'objet était de justifier l'interdiction par des motifs de

santé. Les commissaires à l'emploi, aux relations industrielles et aux affaires sociales (y compris la santé) responsables de la proposition auraient aussi fait un certain nombre de discours et de déclarations visant à souligner son importance dans l'intérêt de la santé publique²⁷.

18. Le Conseil a adopté, le 26 novembre 1996, une résolution concernant la réduction du tabagisme dans la Communauté européenne²⁸, dans laquelle il a considéré qu'il était « nécessaire d'évaluer l'incidence sur la consommation de tabac, d'une part, des mesures visant à promouvoir le tabagisme ainsi que d'autres actions promotionnelles et, d'autre part, des interventions et mesures destinées à réduire le tabagisme » et a invité la Commission à « effectuer des études sur les meilleures pratiques suivies dans les États membres en vue de réduire la prévalence du tabagisme et sur l'évaluation de leur impact ».

19. Le Conseil a finalement adopté une position commune formelle concernant la deuxième proposition de directive, le 12 février 1998²⁹, sur la base d'une proposition révisée présentée par la Commission le 11 décembre 1997³⁰. Ce document ajoutait à l'article 100 A, à titre de base juridique, les articles 57, paragraphe 2, et

22 — COM(91) 111 final (JO C 167, p. 3). Une version légèrement modifiée a été présentée par la Commission le 30 avril 1992, COM(92) 196 final (JO C 129, p. 5).

23 — Article 2 de la deuxième proposition de directive.

24 — Article 3 de la deuxième proposition de directive.

25 — Article 5 de la deuxième proposition de directive.

26 — Par un certain nombre de délégations du groupe de travail « santé » du Conseil et par le comité des affaires économiques et monétaires et politique industrielle du Parlement européen. Le service juridique du Conseil aurait exprimé des doutes analogues, dans un avis du 3 décembre 1993. Voir nos observations au point 76 ci-après sur l'utilisation de cet avis juridique.

27 — Discours devant le Parlement européen du commissaire Papandreou, novembre 1991 et 16 janvier 1992; observations du commissaire Flynn au Conseil des ministres de la Santé, le 22 décembre 1994; discours du commissaire Flynn à la conférence européenne sur le tabac et la santé, 3 octobre 1996; discours du commissaire Flynn en réponse à l'accord du Conseil sur une position commune, le 5 décembre 1997.

28 — JO C 374, p. 4.

29 — JO C 91, p. 34.

30 — SN4883/197.

66 du traité et prévoyait un certain nombre de nouveaux considérants destinés à refléter les modifications apportées à la formulation de l'interdiction envisagée à l'égard de la publicité indirecte, ainsi que le champ quelque peu élargi de l'exception en faveur de la publicité sur les points de vente et l'inapplication de la directive aux communications professionnelles, ainsi que l'extension de l'interdiction au parrainage d'événements ou d'activités³¹. Elle a également ajouté des considérants faisant référence à d'autres mesures ayant pour cible le marché intérieur et affectant soit le tabac, soit les produits du tabac — à savoir les directives 89/622, telle que modifiée, ainsi que 90/239 et 92/28. Et plus important, tout au moins aux yeux des adversaires de la directive, la position commune a fait disparaître les trois considérants suivants qui figuraient dans les propositions antérieures:

« considérant que le Conseil européen tenu à Milan, les 28 et 29 juin 1985, a souligné l'intérêt de lancer un programme d'actions européen contre le cancer;

considérant que le Conseil et les représentants des gouvernements des États membres, réunis au sein du Conseil, dans leur résolution du 7 juillet 1986 concernant un programme d'actions des Communautés européennes contre le cancer ont fixé pour objectif à ce programme de contribuer à améliorer la santé et la qualité de la vie des citoyens de la Communauté en réduisant le nombre de maladies dues au cancer, et que,

à ce titre, ils ont considéré comme prioritaire la lutte contre le tabagisme;

considérant que chaque année, dans les États membres de la Communauté, la consommation de produits du tabac constitue un facteur de mortalité très important ».

20. La position commune a été approuvée par le Parlement européen le 13 mai 1998³² et la directive a été adoptée à une réunion du Conseil composé des ministres de la Recherche, le 22 juin 1998. La République fédérale d'Allemagne a voté contre.

iv) *Le résumé du contenu de la directive*

21. Les quatre premiers considérants du préambule de la directive, telle qu'adoptée, sont ainsi rédigés:

« (1) considérant qu'il existe des divergences entre les dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de publicité et de parrainage en faveur des pro-

31 — Voir l'analyse des termes de la directive, ci-après.

32 — Cependant, la commission des affaires juridiques et des droits des citoyens du Parlement européen a refusé d'approuver la base juridique de la deuxième proposition de directive, telle que modifiée, le 16 avril 1998.

duits du tabac; que, cette publicité et ce parrainage dépassant les frontières des États membres, ces disparités sont de nature à créer des entraves à la circulation des produits, supports des dites activités, et à la libre prestation des services en la matière, ainsi qu'à entraîner des distorsions de concurrence, et à faire de cette façon obstacle au fonctionnement du marché intérieur;

- (2) considérant qu'il y a lieu d'éliminer ces entraves et, à cette fin, de rapprocher les règles relatives à la publicité et au parrainage en faveur des produits du tabac, tout en laissant aux États membres la possibilité de prescrire, sous certaines conditions, les exigences qu'ils estiment nécessaires pour assurer la protection de la santé des personnes;
- (3) considérant que, conformément à l'article 100 A, paragraphe 3, du traité, la Commission, dans ses propositions prévues au paragraphe 1 en matière de santé, de sécurité, de protection de l'environnement et de protection des consommateurs, prend pour base un niveau de protection élevé;
- (4) considérant que, par conséquent, la présente directive doit tenir dûment compte de la protection de la santé des personnes, et des jeunes en particulier pour lesquels la publicité joue un rôle important dans la promotion du tabac».

Le cinquième considérant rappelle que les directives 89/622 et 90/239 avaient déjà été adoptées sur le fondement de l'article 100 A. Le sixième considérant fait référence à la directive 92/28 et indique que la publicité faite à l'égard de médicaments n'entre pas dans le champ d'application de la directive sur la publicité. Le septième considérant cite les diverses exceptions à l'interdiction de la publicité en faveur des produits du tabac (article 3, paragraphe 5), et ajoute qu'«il appartient aux États membres, le cas échéant, de prendre des mesures appropriées» (voir également l'article 5). Les huitième et neuvième considérants du préambule ont, pour leur part, le contenu suivant:

- «(8) considérant que, compte tenu de l'interdépendance existant entre tous les moyens de publicité orale, écrite, imprimée, radiotélévisée ou télévisée et cinématographique et afin d'éviter tout risque de distorsion de la concurrence et de contournement de la réglementation, la présente directive doit couvrir toutes les formes et tous les moyens de publicité en dehors de la publicité télévisée, qui est déjà couverte par la directive 89/552 du Conseil...
- (9) considérant que toutes les formes de publicité indirecte et de parrainage ainsi que la distribution gratuite produisent les mêmes effets que la publicité directe et qu'il y a donc lieu, sans préjudice du principe fondamental de

la liberté d'expression³³, de les réglementer, y compris les formes indirectes de publicité qui, bien que ne mentionnant pas directement le produit du tabac, utilisent un nom, une marque, un symbole ou tout autre élément distinctif utilisé pour les produits du tabac; que, toutefois, l'application de ces dispositions peut être différée par les États membres, afin de permettre l'ajustement des pratiques commerciales et le remplacement du parrainage en faveur des produits du tabac par d'autres formes de support appropriées».

Le dixième considérant fait référence à l'option (voir l'article 3, paragraphe 2) pour les États membres de continuer à autoriser, dans certaines circonstances, l'utilisation d'une marque également associée à des produits du tabac pour promouvoir les produits de diversification — produits ou services autres que ceux du tabac portant une marque, un nom, un emblème ou un autre élément distinctif associés au tabac — (article 3, paragraphe 2), «sans préjudice de la réglementation de la publicité en faveur des produits du tabac»³⁴. Le onzième considérant fait référence à la possibilité de supprimer le parrainage de façon plus progressive (voir l'article 6, paragraphe 3), tout en précisant que le parrainage existant «devrait inclure tous les moyens permettant d'atteindre les buts du parrainage tel que défini dans la présente directive».

33 — Cette référence à la liberté d'expression a été ajoutée après la présentation de la deuxième proposition de directive modifiée de la Commission, le 11 décembre 1997.

34 — Dans la proposition modifiée proposée par la Commission le 11 décembre 1997, on parlait, dans ce considérant, de «l'interdiction de la publicité en faveur des produits du tabac» (c'est nous qui soulignons).

22. L'article 1^{er} de la directive indique que:

«La présente directive a pour objet le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de publicité et de parrainage en faveur des produits du tabac.»

L'article 2 de la directive comporte, notamment, les définitions suivantes:

- «1) 'produits du tabac': tous les produits destinés à être fumés, prisés, sucés ou mâchés, dès lors qu'ils sont, même partiellement, constitués de tabac;
- 2) 'publicité': toute forme de communication commerciale qui a pour but ou pour effet direct ou indirect de promouvoir un produit du tabac, y compris la publicité qui, sans faire directement mention du produit du tabac, essaie de contourner l'interdiction de publicité en utilisant des noms, des marques, des symboles ou d'autres éléments distinctifs de produits du tabac;
- 3) 'parrainage': toute contribution, publique ou privée, à un événement ou à une

activité, qui a pour but ou pour effet direct ou indirect de promouvoir un produit du tabac».

...

L'article 3, paragraphes 1, 2 et 4, de la directive est ainsi rédigé:

4. Toute distribution gratuite ayant pour but ou pour effet direct ou indirect de promouvoir un produit du tabac est interdite.»

«1. Sans préjudice de la directive 89/552, toute forme de publicité ou de parrainage est interdite dans la Communauté.

2. Le paragraphe 1 ne fait pas obstacle à ce qu'un État membre puisse permettre qu'un nom déjà utilisé de bonne foi à la fois pour des produits du tabac et d'autres produits ou services qui ont été commercialisés ou offerts par une même entreprise ou des entreprises différentes avant le 30 juillet 1998 soit utilisé pour la publicité pour les autres produits ou services.

Toutefois, ce nom ne peut être utilisé que sous un aspect clairement distinct de celui utilisé pour le produit du tabac, à l'exclusion de tout autre signe distinctif déjà utilisé pour un produit du tabac.

23. À l'instar du paragraphe 2, le paragraphe 3, sous b), de l'article 3 de la directive concerne apparemment la publicité des produits de diversification, mais n'est pas d'une clarté exemplaire. Il énonce que l'interdiction prévue au paragraphe 1 ne peut être contournée, pour aucun produit ou service mis ou offert sur le marché à compter du 30 juillet 2001, par l'utilisation de noms, marques, symboles ou autres éléments distinctifs déjà utilisés pour un produit du tabac. La référence à l'article 3, paragraphe 1, semble indiquer implicitement que le terme «utilisé», susceptible de recevoir plusieurs sens, vise l'*utilisation* d'une marque ou d'autres signes distinctifs à l'*effet de la publicité ou du parrainage*. «Dans ce but», les éléments distinctifs en question «doivent être présentés sous un aspect clairement distinct de celui utilisé pour le produit du tabac». En l'absence d'autres indications, nous supposons que cette partie de phrase se rapporte également à la publicité et au parrainage, et non à la présentation proprement dite du produit ou du service. Nos doutes initiaux à cet égard ont été levés par les réponses du Conseil et du Parlement lors de l'audience.

L'article 3, paragraphe 5, prévoit que la directive ne s'applique pas:

«— aux communications destinées exclusivement aux professionnels participant au commerce du tabac,

— à la présentation des produits du tabac mis en vente et à l'affichage de leur prix aux points de vente du tabac,

— à la publicité destinée à l'acheteur dans les établissements spécialisés dans la vente des produits du tabac et sur leur devanture ou, lorsqu'il s'agit d'établissements de vente d'articles ou services divers, aux emplacements réservés à la vente des produits du tabac ainsi qu'aux points de vente qui, en Grèce, sont soumis à un système particulier d'octroi de licences pour des raisons sociales (dits 'periptera'),

— à la vente de publications contenant de la publicité pour les produits du tabac qui sont éditées et imprimées dans les pays tiers, dès lors que ces publications ne sont pas principalement destinées au marché communautaire».

24. L'article 4 de la directive concerne les moyens d'assurer et de contrôler l'application des dispositions nationales dans le cadre de la directive et ne fait pas l'objet de controverse dans les mémoires des parties.

L'article 5 de la directive dispose que:

«La présente directive n'affecte pas la faculté des États membres de prescrire, dans le délai du traité, des exigences plus strictes qu'ils estiment nécessaires pour assurer la protection de la santé des personnes en matière de publicité ou de parrainage de produits du tabac.»

25. L'article 6, paragraphe 1, prévoit que les États membres doivent mettre en vigueur les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la directive au plus tard le 30 juillet 2001. L'article 6, paragraphe 3, prévoit notamment que:

«Les États membres peuvent différer la mise en application de l'article 3, paragraphe 1:

— d'un an en ce qui concerne la presse,

— de deux ans en ce qui concerne le parrainage.

Dans des cas exceptionnels et pour des raisons dûment justifiées, les États membres peuvent continuer à autoriser le parrainage existant d'événements ou activités organisés au niveau mondial pour une période supplémentaire de trois ans se terminant au plus tard le 1^{er} octobre 2006.»

III — La recevabilité

26. Il est nécessaire, avant d'aborder le fond, d'examiner deux arguments soulevés par le Conseil, le Parlement et la République française, dans le cadre de l'affaire *Imperial Tobacco*, au sujet de la recevabilité de la demande préjudicielle du juge a quo.

27. Dans les observations qu'il a présentées dans l'affaire *Imperial Tobacco*, le Parlement a repris à son compte les arguments des défendeurs au principal au sujet de la nature générale et hypothétique de l'action, dans la mesure où elle porte sur un acte de transposition en droit national qui n'est pas encore entré en vigueur et n'est pas, par conséquent, susceptible d'être annulé par le juge, et a fait valoir que la question de la validité d'une directive ne pouvait être soulevée devant une juridiction nationale qu'à la condition de se poser de manière accessoire. Or, ici, la juridiction nationale a apparemment jugé juste et opportun d'ac-

corder le «declaratory relief», conformément à l'Order 53, article 1^{er}, paragraphe 2, des *Rules of the Supreme Court* (code de procédure de la Cour suprême), estimant qu'il existait un intérêt légitime à poser une question préjudicielle afin de lever les doutes. Selon elle, cette affaire ne concernait pas «des questions purement abstraites» mais des «droits futurs» susceptibles d'être invoqués en justice, dans le cadre d'une action quia timet³⁵.

28. Le Parlement s'est référé à l'obligation pour le juge national, lorsqu'il apprécie la nécessité d'une décision préjudicielle pour lui permettre de rendre son jugement, d'avoir égard à la fonction confiée à la Cour, qui n'est pas de formuler des opinions consultatives sur des questions générales ou hypothétiques³⁶, et a fait observer que, même si une demande assez comparable avait été jugée recevable dans le cadre de l'affaire *Bosman*, il n'en restait pas moins que cette dernière affaire «portait sur une menace imminente réellement perçue pesant sur des droits établis... [et que] la menace émanait d'un particulier» et ne consistait pas dans le fait de s'attendre à ce qu'un État remplisse ses obligations au titre du traité. Le Parlement a laissé entendre que la possibilité de mettre en cause devant les juridictions nationales, par le mécanisme d'une demande de décision préjudicielle, la validité d'actes communautaires de nature générale non encore mis en œuvre ne devrait pas être admise dans le système de protection juridictionnelle instauré par le traité, parce que, dans un tel cas, la condition que l'acte attaqué affecte directe-

35 — Voir les propos du juge Diplock L. J. dans l'arrêt *Rediffusion (Hong-Kong) Ltd contre Attorney General of Hong-Kong* (1970, AC 1136, p. 1158).

36 — Arrêt du 15 décembre 1995, *Bosman* (C-415/93, Rec. p. I-4921, points 59 et 60).

ment et individuellement l'auteur du recours direct ne serait pas remplie. Le Conseil (soutenu par la République française) a lui aussi invoqué le caractère hypothétique du litige³⁷ et la possibilité que, par le biais d'une procédure nationale, on puisse éluder les conditions d'exercice d'un recours direct visant à l'annulation d'actes communautaires, telles que prévues à l'article 173 du traité.

29. Le Parlement a raison, à notre avis, de souligner la similitude existant entre le type de procédure nationale en cause dans l'affaire Bosman, d'une part, et dans l'affaire Imperial Tobacco, d'autre part. La demande de M. Bosman, visant à voir déclarer inapplicables à son cas les règles concernant la nationalité des joueurs professionnels de football, avait été jugée recevable devant les juridictions belges en vertu d'une disposition du code judiciaire belge qui autorise les actions intentées « en vue de prévenir la violation d'un droit gravement menacé », au motif que M. Bosman avait démontré que le préjudice qu'il redoutait, à savoir des entraves à sa carrière, pourrait effectivement se produire³⁸. Ainsi, même si l'action au principal revêtait un caractère déclaratoire et reposait, puisqu'elle avait un objet préventif, sur des hypothèses par nature incertaines, le fait que cette action soit admise en droit national avait pour conséquence que les questions posées par la juridiction nationale répondaient à un besoin objectif pour la solution du litige dont celle-ci était régulièrement saisie³⁹. C'est pourquoi la demande de décision préjudicielle, ainsi considérée, était recevable. Le point à

retenir est que c'était à la juridiction nationale qu'il appartenait de déterminer, conformément au droit national, si une action de ce type était possible.

30. La procédure nationale en cause dans l'affaire Imperial Tobacco concerne également un danger susceptible d'affecter l'exercice de droits futurs pour les fabricants de tabac, demandeurs au principal. Il faut considérer que l'appréciation portée par la juridiction de renvoi quant à la possibilité d'accorder un « declaratory relief » correspond à l'état du droit national sur ce point. Cependant, les différences entre les deux affaires citées par le Parlement viennent renforcer ici la thèse en faveur de la recevabilité. Si l'on part du principe que les États membres vont chercher à se conformer aux obligations que leur impose le traité, le fait qu'ils soient censés mettre en vigueur les mesures nécessaires pour transposer la directive sur la publicité au plus tard le 30 juillet 2000, avec la possibilité, bien évidemment, de le faire plus tôt⁴⁰, confère, pour le moins, un caractère plus concret à la menace pour les intérêts des demandeurs au principal que dans l'affaire Bosman. La possibilité de différer la mise en application de certains aspects de la directive jusqu'au 1^{er} octobre 2006 au plus tard (dans certaines circonstances exceptionnelles intéressant le parrainage existant) peut faire paraître la menace, à certains égards, plus éloignée dans le temps, mais ne la rend en aucun cas plus hypothétique⁴¹. Dans ces conditions, par

37 — Voir arrêt du 16 juillet 1992, Meilicke (C-83/91, Rec. p. I-4871, point 25).

38 — Précité à la note 36, ci-dessus, points 44 et 64.

39 — Ibidem, point 65.

40 — La directive a un effet contraignant à l'égard de l'État membre destinataire à compter de sa notification; voir arrêt du 18 décembre 1997, Inter-Environnement Wallonie (C-129/96, Rec. p. I-7411, points 41 et 44).

41 — Voir conclusions de l'avocat général Lenz dans l'affaire Bosman, précitée à la note 36 ci-dessus, point 99.

conséquent, il n'y a aucune raison pour que la Cour remette en cause l'appréciation portée par la juridiction nationale sur la nécessité d'une décision préjudicielle pour lui permettre de statuer⁴².

31. Venons-en à l'autre argument, selon lequel une demande de décision préjudicielle portant sur la légalité d'un acte ne devrait pas permettre d'échapper aux conditions d'exercice du recours prévu à l'article 173 du traité. La Cour a, effectivement, refusé à une partie qui aurait pu « sans aucun doute » introduire un tel recours⁴³ la possibilité de contourner, par le biais d'une demande de décision préjudicielle portant sur la validité d'un acte communautaire, le délai d'introduction d'un recours en annulation prévu par cette disposition. Le Conseil, le Parlement et la République française cherchent apparemment à étendre la portée de cette règle exceptionnelle pour lui faire dire que les personnes qui ne sont ni destinataires d'un acte communautaire d'application générale, ni directement et individuellement concernées par celui-ci, n'auraient pas qualité pour en contester la validité devant les juridictions nationales dans le but de susciter à ce propos une décision préjudicielle de la Cour de justice.

32. Dans l'arrêt *Universität Hamburg*, la Cour a relevé que la décision de l'autorité nationale constituait le seul acte que le

demandeur au principal puisse attaquer en justice « sans rencontrer de difficultés pour démontrer son intérêt à agir » et a affirmé que, « conformément à un principe général du droit qui a trouvé son expression dans l'article 184 du traité, le demandeur doit avoir la possibilité, dans le cadre d'un recours formé selon le droit national contre le rejet de sa demande, d'exciper de l'illégalité de la décision de la Commission qui sert de fondement à la décision nationale prise à son encontre »⁴⁴. Sur un plan plus général, dans l'arrêt *Les Verts/Parlement*, la Cour a jugé que, « lorsque la mise en œuvre [des actes de droit communautaire] incombe aux instances nationales, [les personnes physiques et morales] peuvent faire valoir l'invalidité des actes de portée générale devant les juridictions nationales et amener celles-ci à interroger à cet égard la Cour par voie de questions préjudicielles »⁴⁵. La Cour a observé que l'article 177 du traité (devenu article 234 CE) faisait partie d'un « système complet de voies de recours et de procédures destiné à confier à la Cour de justice le contrôle de la légalité des actes des institutions » et que « les personnes physiques et morales sont ainsi protégées contre l'application à leur égard des actes à portée générale qu'elles ne peuvent attaquer directement devant la Cour en raison des conditions particulières de recevabilité spécifiées à l'article 173, alinéa 2, du traité »⁴⁶.

44 — Arrêt du 27 septembre 1983 (216/82, Rec. p. 2771, point 10).

45 — Arrêt du 23 avril 1986 (294/83, Rec. p. 1339, point 23, mis en relief par nos soins). Il nous semble évident, à la lecture de la référence faite dans la phrase précédente à l'intérêt direct et individuel, que cette condition ne s'appliquait pas, dans l'esprit de la Cour, aux personnes ayant introduit de telles procédures en droit national.

46 — Ibidem. Voir également l'arrêt du 2 avril 1998, *Greenpeace Council e.a./Commission* (C-321/95 P, Rec. p. I-1651, point 33), ainsi que le commentaire à ce sujet, aux points 71 à 74 de nos conclusions dans l'affaire *Kruidvat/Commission* (arrêt du 17 novembre 1998, C-70/97 P, Rec. p. I-7183), ainsi que l'ordonnance du Tribunal du 20 octobre 1994, *Asocarne/Conseil* (T-99/94, Rec. p. II-871, point 17).

42 — Arrêt *Bosman*, précité, point 59.

43 — Voir arrêt du 9 mars 1994, *TWD Textilwerke Deggendorf* (C-188/92, Rec. p. I-833, points 24 et 25).

33. À notre avis, l'affaire Imperial Tobacco n'a pas pour objet de mettre en cause directement la directive, même si la validité de celle-ci constitue une question centrale pour l'issue du litige. Les sociétés productrices de tabac, demanderesses au principal, cherchent à empêcher les ministres concernés au sein du gouvernement du Royaume-Uni de mettre en œuvre leur intention annoncée de transposer la directive par le biais de « régulations » adoptés sur le fondement de l'article 2, paragraphe 2, du European Communities Act 1972. Il semblerait que le droit pour les membres du gouvernement de procéder ainsi, par le biais de législation déléguée, dépende de la validité de la directive⁴⁷. C'est pourquoi la question de savoir si la directive est valide affecte directement la question de droit constitutionnel propre au Royaume-Uni, portant sur la compétence des parties défenderesses au principal pour adopter la réglementation envisagée, tout en étant accessoire à celle-ci. Il n'y a donc pas lieu de mettre en question, pour les motifs suggérés par le Conseil, le Parlement, et la République française, la recevabilité de la question préjudicielle posée par le juge a quo.

IV — Les observations déposées devant la Cour

34. Des observations écrites ont été déposées devant la Cour dans les affaires Allemagne et Imperial Tobacco par le Conseil de l'Union européenne, le Parle-

ment européen, la République fédérale d'Allemagne, la République française, la République de Finlande, le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et la Commission des Communautés européennes. Des observations écrites ont également été déposées dans le cadre de l'affaire Imperial Tobacco par les demandeurs au principal, les sociétés Imperial Tobacco e.a., ainsi que par la République italienne. Une audience commune s'est tenue, dans les deux affaires, le 12 avril 2000, à laquelle étaient représentés tous ceux qui avaient présenté des observations écrites.

35. Dans le résumé des prétentions des parties qui sera présenté ci-après, la République fédérale d'Allemagne et les parties demanderesses au principal dans l'affaire Imperial Tobacco seront désignées conjointement par « les requérants ». Les institutions communautaires et les autres États membres qui ont présenté des observations en faveur de la validité de la directive sur la publicité seront collectivement désignés par « les défendeurs ». Lorsque cela s'avérera nécessaire, nous examinerons de façon approfondie, dans le cadre de notre analyse, les arguments factuels et interprétatifs avancés de part et d'autre ainsi que la jurisprudence et les autres éléments cités. Dans le résumé ci-après, nous allons exposer les moyens des requérants dans l'ordre que nous proposons de retenir par la suite dans le cadre de notre analyse.

i) *La base juridique et la compétence*

36. Les requérants prétendent que la Communauté n'était pas compétente pour adop-

47 — Voir le jugement de Lord Woolf MR, Court of Appeal, sur une demande d'injonction provisoire visant à empêcher le gouvernement du Royaume-Uni de mettre en œuvre la directive avant que la Cour n'ait statué dans l'affaire C-376/98: R/Secretary of State for Health and Others, ex parte Imperial Tobacco Ltd. and others [2000] 1 All ER 572, p. 575 et suiv.

ter la directive, ou en tout cas certainement pas sur le fondement des dispositions du traité que le législateur a effectivement prises pour base juridique. La République fédérale d'Allemagne affirme qu'en adoptant la directive le législateur communautaire a commis un détournement de pouvoir. Toute autre appréciation serait contraire au principe de la compétence d'attribution consacré à l'article 3 B du traité (devenu article 5 CE). Ce moyen se subdivise en deux branches reliées entre elles, mais les éléments de preuve fournis pour les étayer valent également pour les moyens tirés de la violation des principes de proportionnalité et de subsidiarité, de la violation des droits fondamentaux et de la méconnaissance de l'article 30 du traité.

37. La première branche du moyen consiste à dire que la directive est, en réalité, une mesure de protection de la santé publique, et que son effet sur le marché intérieur — à supposer qu'elle en ait un — est purement accessoire par rapport à l'objectif principal — reflété dans son contenu — qui est de réduire le tabagisme. La santé publique aurait constitué le principal moteur des initiatives communautaires en matière de publicité du tabac depuis le lancement du programme « L'Europe contre le cancer » en 1985. Préserver la santé publique aurait été le premier souci de la directive, comme en attestent, d'une part, ses considérants actuels et ceux qui ont été supprimés avant son adoption et, d'autre part, le fait que la procédure d'adoption a été menée par les ministres, commissaires et autres officiels qui sont en charge de la santé publique, et ressort, enfin, d'un certain nombre de déclarations des responsables politiques. Le contrôle juridictionnel ne devrait pas s'arrêter au but de l'acte tel qu'énoncé dans

les considérants du préambule, car celui-ci pourrait faire l'objet de manipulations. En outre, l'article 129 du traité excluant expressément les mesures d'harmonisation du champ des actions dont il envisage l'adoption, la Communauté n'aurait pas été compétente pour adopter la directive sur le fondement d'une base juridique purement accessoire à ses véritables objectifs et contenu.

38. La deuxième branche du moyen consiste à dire que, pour plusieurs raisons, en toute hypothèse, la directive ne constitue pas un acte valide intéressant le marché intérieur. En premier lieu, il n'existerait pas de véritable commerce intracommunautaire (si ce n'est aucun) des services de publicité ou des médias assurant la publicité en question, ceux-ci étant commercialisés de façon interne à chaque État membre, ce qui implique que les disparités constatées entre les législations nationales ne créeraient qu'une entrave virtuelle et négligeable à ces échanges et n'entraîneraient pas de distorsion sensible de la concurrence. Par exemple, aucun journal ou magazine communautaire ne vendrait plus de 5 % de son tirage hors de l'État membre dont il est originaire, et aucun ne verrait sa commercialisation restreinte en pratique du fait de la publicité en faveur du tabac qu'il contient. Les éventuelles entraves pouvaient tout aussi bien être supprimées par l'imposition d'une libre circulation des journaux qui ne tiennent pas compte de leur contenu publicitaire. En second lieu, la directive aboutirait dans les faits à interdire totalement la publicité en faveur du tabac — c'est-à-dire près de 98 % de cette publicité en termes de valeur, y compris celle qui a des effets purement internes — avec pour résultat de rendre impossible le libre commerce des produits et services liés

à la publicité. Enfin, la publicité en faveur du tabac ne représenterait qu'une très faible part de l'ensemble de la publicité, et l'extrême diversité des goûts dans les différents pays aboutirait à l'adoption de stratégies promotionnelles nationales très différentes qui ne feraient pas l'objet de prestations de services ou de ventes de produits au-delà des frontières. C'est ainsi qu'il n'existerait pratiquement aucune marque de tabac internationale dans la Communauté.

39. Bien que les restrictions apportées à la libre circulation de certains produits ou services, voire leur interdiction, puissent s'avérer nécessaires dans le cadre de l'ouverture du marché, la prohibition totale d'une activité professionnelle ne serait toutefois pas compatible avec la réalisation de la libre circulation des marchandises et des services. Cela aurait pour résultat, dans le cas d'espèce, de supprimer la concurrence. L'interdiction ne serait même pas compensée par des avantages apportés à d'autres secteurs de la publicité car, même pour les exceptions insignifiantes à l'interdiction de la publicité admises par la directive, les États membres sont expressément autorisés à en limiter la portée, à nouveau dans l'intérêt de la santé publique, de sorte que les prétendues conditions égales de concurrence pourraient malgré tout être faussées.

40. La directive sur la publicité aurait également des effets anticoncurrentiels et contribuerait à cloisonner le marché en rendant pratiquement impossible l'accès au marché pour de nouvelles marques de tabac — accès qui est normalement rendu

possible par la publicité. La directive n'aurait pas pour but de contribuer à la libre circulation des produits du tabac et elle fausserait la concurrence entre les médias communautaires et ceux des pays tiers. Enfin, elle fausserait la concurrence sur un autre marché, « autonome », entre, d'une part, les produits autres que ceux du tabac — vêtements, produits cosmétiques, etc. — portant des marques associées aux produits du tabac (les produits de diversification) et, d'autre part, les produits similaires qui ne portent pas de telles marques.

41. Les requérants observent que, d'une façon générale, l'article 100 A est utilisé abusivement pour remédier à de prétendues distorsions de la concurrence et font valoir que son utilisation doit se limiter aux matières dans lesquelles la Communauté dispose également de compétences *ratione materiae*. S'il en était autrement, étant donné la portée limitée du contrôle juridictionnel, il serait possible d'utiliser le vote à la majorité qualifiée au sein du Conseil pour revenir sur la répartition des pouvoirs entre la Communauté et les États membres.

42. Les défenseurs, pour leur part, soutiennent que la publicité en faveur du tabac fait l'objet de certains échanges transfrontières, y compris dans le domaine des services, sous la forme, par exemple, de marques, logos, images, slogans et thèmes de campagnes uniformes pour les produits du tabac élaborés par les multinationales, et, dans le domaine des produits, sous la forme de la vente des biens faisant office de supports ou de médias pour la publicité, comme les journaux, affiches, et films publicitaires pour le cinéma. Il existerait donc, dans

une certaine mesure, des marques de produits internationales et des campagnes de promotion internationales opérant par-delà les frontières des États membres. La portée de l'interdiction édictée par la directive (par exemple 98 %) ne pourrait être quantifiée uniquement par référence à l'activité publicitaire formellement admise dans un État membre relativement libéral tel que la République fédérale d'Allemagne. Il existerait différents degrés de restrictions à la publicité du tabac en vigueur dans les divers États membres, allant de l'interdiction totale en Finlande, en Italie et au Portugal, jusqu'à des régimes plutôt libéraux dans des États membres tels que la République fédérale d'Allemagne, et cela constituerait des entraves à la fois à la libre prestation des services publicitaires et à la libre circulation des marchandises. Certaines parties suggèrent même que ces disparités législatives affectent la libre circulation des produits du tabac proprement dits et la concurrence entre ces produits.

43. Ces entraves ainsi que la distorsion de la concurrence qui en résulte auraient appelé, en réponse, un rapprochement des législations nationales en question. Ce faisant, le législateur aurait opté pour une réglementation assurant un niveau élevé de protection de la santé, et ce tant parce qu'il a tenu compte du degré de réglementation apparemment proportionné mais plus sévère, existant déjà dans certains États membres, que parce que l'article 100 A, paragraphe 3, et, plus généralement, l'article 129, paragraphe 1, troisième alinéa, l'exigent. Ces deux objectifs seraient complémentaires; l'objectif tenant à la santé n'exclurait pas celui afférent au marché intérieur qui suffisait, en soi, à justifier les bases juridiques invoquées. L'article 100 A du traité n'exigerait pas une libéralisation incontrôlée des réglementations nationales.

Cette disposition admettrait même une réglementation qui ne libéralise pas le marché. En outre, une réglementation ambitieuse était nécessaire pour éviter que l'on ne puisse la contourner et fausser la concurrence en multipliant le recours à la publicité ou au parrainage par des moyens de communication se situant en dehors du champ d'application de la directive, et ce même si certains de ces moyens de communication ne faisaient pas l'objet d'un véritable commerce transfrontière. Même des médias purement locaux peuvent offrir des prestations de services à des agences de publicité ou à des producteurs de tabac étrangers. Il existerait de nombreux cas de législations imposant des interdictions totales à l'égard de certains produits ou services, ou réglementant strictement certaines formes de publicité. La directive n'équivaudrait cependant pas à une interdiction totale de la publicité en faveur du tabac en raison à la fois des exceptions prévues à l'article 5 et de l'option ouverte aux États membres de ne pas interdire la publicité pour les produits de diversification.

44. Il faudrait donc considérer qu'un cadre réglementaire a été créé pour les formes restantes et admises de publicité, permettant aux prestataires offrant des services de publicité et aux fabricants et distributeurs de médias publicitaires de se concurrencer librement sur la base de règles communes. Ni l'ampleur des avantages apportés au marché intérieur par la mesure en question ni la gravité des entraves antérieures aux échanges ne constitueraient une condition nécessaire de l'adoption de la mesure d'harmonisation. Autrement dit, les mesures prises en matière de marché intérieur ne seraient pas subordonnées à une condition de minimis. Cet aspect ne devrait être pris en compte que pour la question de la proportionnalité. Une harmonisation serait

également possible en réponse à de simples menaces virtuelles, même si elles ne paraissent pas devoir sensiblement restreindre les échanges ou fausser la concurrence. Limiter l'accès des nouvelles marques de tabac à certains supports publicitaires ne mettrait pas en péril leur pénétration sur le marché. Le point de savoir si les distorsions de la concurrence sont sensibles n'aurait d'intérêt que dans le cadre de l'article 100 du traité.

45. Il serait évident que la directive constitue une mesure inspirée du marché intérieur plutôt qu'un acte visant essentiellement à protéger la santé, si bien que les articles 57, paragraphe 2, 66 (relatif aux services) et 100 A du traité en formeraient la base juridique appropriée. Cela découlerait de son but et de son contenu, tels que reflétés objectivement dans ses considérants et dans ses dispositions. On ne saurait y opposer la simple preuve subjective de la conviction du législateur, glanée dans les travaux préparatoires, qui ne forment qu'une partie du contexte de la directive. Des éléments tels que la composition du Conseil ou l'avis des groupes de travail seraient dénués de pertinence. On ne pourrait prétendre que le centre de gravité de la directive se situe ailleurs que dans la réalisation du marché intérieur, ni que ses dispositions n'ont qu'un rapport incident et marginal avec l'achèvement et le fonctionnement du marché intérieur. Le fait que l'article 129, paragraphe 4, du traité exclut les mesures d'harmonisation laisserait intact le champ d'application de l'article 100 A, lequel n'est soumis qu'aux limites expressément fixées à l'article 100 A, paragraphe 2.

ii) *Le principe de subsidiarité*

46. Selon les requérants, même si la Communauté était compétente pour agir sur le fondement de la base juridique retenue — ce qu'ils contestent — il s'agirait d'une compétence partagée avec les États membres. Or, le législateur n'aurait pas respecté le principe de subsidiarité formulé par le Conseil européen d'Édimbourg en 1992⁴⁸ ou l'accord interinstitutionnel de 1993 intervenu entre le Conseil, le Parlement et la Commission sur les modalités d'application du principe de subsidiarité⁴⁹. En particulier, le législateur aurait omis de se référer au principe de subsidiarité dans le préambule de la directive. Et il n'aurait apporté aucune preuve qualitative ou quantitative de la nécessité d'une action communautaire. En l'absence d'élément transfrontalier significatif, et compte tenu de la diversité des législations nationales, la réglementation de la publicité aurait dû demeurer du ressort des États membres. Si l'on ne devait pas appliquer le principe de subsidiarité aux mesures adoptées sur le fondement de l'article 100 A du traité, l'importance de ce principe se trouverait quasiment réduite à néant.

47. Le principal argument des défendeurs, en revanche, est que la compétence d'harmonisation et de coordination des législations, attribuée à la Communauté par les articles 57, paragraphe 2, et 100 A du traité, est exclusive par nature, si bien que le principe de subsidiarité n'y est jamais

48 — *Bulletin des Communautés européennes*, 12/92, p. 9.

49 — *Bulletin des Communautés européennes*, 10/93, p. 129.

applicable. En tout état de cause, même si ce principe s'y appliquait, il serait clair que les États membres sont dans l'incapacité d'atteindre les objectifs de la directive, c'est-à-dire d'éliminer les distorsions de la concurrence et les entraves aux échanges transfrontières de médias et de services de publicité, circonstance qui rendrait ainsi nécessaire une action communautaire. Le législateur aurait correctement apprécié et motivé la nécessité d'une action communautaire face à la disparité des règles nationales. Qui plus est, la directive laisserait aux États membres une marge considérable de manœuvre à plusieurs égards.

compris au regard des produits de diversification, en dépit d'une demande présentée en ce sens par le Conseil. La thèse qui consiste à dire qu'une interdiction totale réduira la consommation globale de tabac aurait été rejetée par la Cour suprême du Canada et serait contredite par des preuves significatives produites devant la juridiction nationale dans le cadre de l'affaire Imperial Tobacco. D'autres méthodes moins restrictives et plus efficaces pour atteindre ce but seraient envisageables, telles que les campagnes d'information et les limitations du droit de fumer. Des règles harmonisées permettant la libre circulation des journaux et autres publications, même au prix d'une censure des publicités du tabac, auraient eu un effet moins restrictif pour le commerce.

iii) *Le principe de proportionnalité*

48. Sur l'objectif déclaré de la directive d'œuvrer pour le marché intérieur, les requérants affirment que les effets produits par une interdiction quasi totale seront soit insignifiants, soit contre-productifs, pour les motifs exposés précédemment. L'évaluation du marché opérée au moyen d'hypothèses dans le préambule ne serait pas apte à démontrer comme il se doit le caractère proportionné de l'acte. Cette interdiction quasi totale limiterait en effet les échanges sans pour autant supprimer aucune entrave aux distorsions effectives, ce qui impliquerait qu'elle n'est ni nécessaire ni appropriée. Le législateur aurait commis une erreur en estimant que la directive aboutira à une réduction de la consommation de tabac, car la publicité servirait davantage à consolider les parts de marché des marques qu'à accroître le nombre des fumeurs. En réalité, aucune étude spécialisée n'aurait été effectuée quant à l'effet probable d'une interdiction de la publicité sur le tabagisme, y

49. Les défenseurs répliquent que le législateur communautaire jouit d'un vaste pouvoir d'appréciation. Son choix législatif ne pourrait pas être modifié, à moins d'impliquer une erreur manifeste d'appréciation, et d'imposer des contraintes totalement disproportionnées avec les avantages découlant de la mesure. Pour juger si la directive est ou non proportionnée, il faudrait tenir compte à la fois de son objectif principal, le marché intérieur, et de son objectif complémentaire, la santé publique. Face à l'importance des deux objectifs et à l'existence de restrictions nationales d'ampleurs différentes, le législateur communautaire serait parvenu à créer un équilibre acceptable entre l'intérêt général et les intérêts particuliers. Tous les opérateurs seraient à présent sur un pied d'égalité. La perte d'informations pour le public au sujet, par exemple, des cigarettes allégées en goudron serait compensée par la perspective d'une baisse de la consommation générale. En outre, on ne pourrait sérieusement prétendre que la directive n'a pas un tel effet, compte tenu des études

citées par le Conseil, le gouvernement du Royaume-Uni et la République française, puisque la fonction de la publicité est d'encourager la consommation. Les défenseurs maintiennent, en outre, que l'interdiction n'est pas totale (contrairement à ce qui s'est produit au Canada) et aurait même pour résultat d'introduire un certain degré de libéralisation dans certains États membres. Les défenseurs se réfèrent aussi aux longues périodes de transition prévues dans certains cas, à l'option de ne pas interdire la publicité pour certains produits de diversification, et au fait qu'un seul aspect de l'exercice des droits de marque est affecté.

iv) *La violation de l'article 30*

50. La République fédérale d'Allemagne affirme que, même lorsqu'il adopte des mesures d'harmonisation, le législateur communautaire est lié par les termes de l'article 30 du traité. La directive empêcherait effectivement tout échange transfrontière dans le domaine de la publicité effectuée dans les médias, et imposerait donc des restrictions disproportionnées dont la nécessité n'aurait pas été démontrée scientifiquement, alors qu'il existerait des solutions alternatives moins restrictives.

51. Les défenseurs font observer que l'article 30 du traité ne s'applique qu'en l'absence de mesures d'harmonisation. Et même si cette disposition était applicable,

elle ne pourrait pas conduire à une conclusion différente de celle qui résulte de l'analyse des compétences au regard de l'article 100 A du traité et de la proportionnalité de la mesure adoptée. La directive éliminerait effectivement des entraves au commerce, tout en garantissant, dans le même temps, un niveau élevé de protection de la santé.

v) *Le droit de propriété et le libre exercice d'une activité professionnelle*

52. Les requérants se réfèrent à l'article 222 du traité (devenu article 295 CE) ainsi qu'à l'article 1^{er} du premier protocole sur la convention européenne des droits de l'homme (ci-après la « CEDH »). L'article 3, paragraphe 1, de la directive priverait les sociétés productrices de tabac, les agences de publicité et les entreprises de communication de certains de leurs droits contractuels existants. Les restrictions imposées à l'utilisation de marques iraient au-delà de leur but spécifique et constitueraient une expropriation contraire à l'article 20 du TRIPS et une atteinte aux droits fondamentaux précités, qui ne serait que partiellement atténuée par l'article 3, paragraphe 2, de la directive. Des pertes considérables seraient infligées aux entreprises impliquées dans la commercialisation des produits de diversification. Ces restrictions seraient disproportionnées et par conséquent illicites.

53. Les défenseurs considèrent, pour leur part, que l'article 222 du traité n'est pas

pertinent ici, puisque la directive n'affecte pas le régime de la propriété dans les États membres. Les droits invoqués ne seraient pas absolus et pourraient faire l'objet de limitations proportionnées dans l'intérêt général, dès lors qu'elles n'affectent pas la substance même des droits. Réglementer l'utilisation de marques n'équivaudrait pas à une expropriation, puisque celles-ci continueraient à pouvoir être utilisées pour les produits du tabac eux-mêmes et dans le cadre des formes autorisées de publicité. En outre, la perte de bénéfices ne constituerait pas une atteinte au droit de propriété ni au libre exercice d'une activité professionnelle.

baisse de la consommation du tabac. En réalité, la guerre des prix qui en résultera entre les producteurs aura probablement pour effet d'augmenter la consommation. Il ne serait pas nécessaire que la Cour de justice accorde au législateur communautaire un vaste pouvoir d'appréciation à cet égard. La restriction imposée serait donc disproportionnée. Une interdiction totale de la publicité constituerait une atteinte particulièrement grave à la liberté d'expression et au libre choix d'autrui. Cette conclusion se trouverait confirmée par les jurisprudences canadienne, américaine et autrichienne.

vi) *La liberté d'expression*

54. Les requérants invoquent, en particulier, l'article 10 de la CEDH, qui protège notamment la liberté d'expression commerciale, et en particulier la publicité par laquelle les entreprises fournissent au public des informations utiles au sujet de leurs produits, comme la faible teneur en goudron. Cette protection serait reconnue par le droit communautaire. Les restrictions apportées à la liberté d'expression ne seraient pas admises dans le cas où cette liberté d'expression concerne des produits eux-mêmes licites. Les requérants considèrent donc que la réalisation du marché intérieur ne constitue pas un motif légitime justifiant une atteinte à ce droit. Invoquer les bénéfices de l'interdiction pour la santé publique serait inconciliable avec la base juridique choisie pour la directive. En outre, il n'existerait pas de preuves scientifiques démontrant de façon convaincante que de telles restrictions aboutiront à une

55. Les défenseurs rétorquent que les droits fondamentaux ne sont pas absolus et qu'ils doivent s'apprécier dans le cadre de l'ordre juridique communautaire, dans lequel s'inscrit la réalisation des libertés économiques fondamentales. L'article 10, paragraphe 2, de la CEDH autoriserait les restrictions à la liberté d'expression dans l'intérêt de la santé publique, objectif légitime qui serait poursuivi par la directive simultanément avec celui de la réalisation du marché intérieur. La publicité en faveur du tabac encouragerait le tabagisme, lequel représente un risque important pour la santé. Des restrictions importantes à la liberté d'expression commerciale appliquée à ces produits seraient donc proportionnées, a fortiori lorsque le contenu de l'information n'a pas une importance primordiale. Une longue période de transition serait autorisée en ce qui concerne les arts, ainsi que le parrainage des arts et des sports afin de rendre possible l'émergence d'autres sources de financement.

vii) *L'obligation de motivation*

56. Les requérants affirment que la motivation fournie à l'appui de la directive est critiquable à maints égards et contraire à l'article 190 du traité (devenu article 253 CE). Le préambule ne se référerait ni aux aspects transfrontaliers du parrainage et de la publicité en faveur du tabac, ni aux entraves spécifiques aux échanges, ni aux distorsions de la concurrence censées justifier l'adoption de mesures d'harmonisation dans le domaine de la publicité du tabac, et n'indiquerait pas pour quelle raison les restrictions à la publicité devraient être étendues à l'ensemble des médias ainsi qu'au parrainage, à la distribution gratuite, à la publicité en faveur des produits de diversification et aux aspects tenant aux marques des produits du tabac. En outre, les considérants ne refléteraient pas parfaitement le fait que le véritable motif de l'adoption de la directive était la protection de la santé. En même temps, ils n'indiqueraient pas comment la directive améliorerait la protection de la santé. Les considérants ne comporteraient par ailleurs aucune référence aux principes de proportionnalité et de subsidiarité.

57. Les défenseurs rétorquent, de leur côté, que le préambule expose les points essentiels de la motivation du législateur au regard du marché intérieur, points qui ont été davantage développés dans la discussion du mémoire en défense sur le premier moyen, résumé ci-dessus, concernant la nécessité d'un niveau élevé de protection de la santé. Le droit communautaire n'exigerait pas que les détails techniques figurent dans le préambule des actes de portée générale. Une description de la situation

générale et des objectifs poursuivis suffirait dans de tels cas. Le but des restrictions imposées à la publicité par la directive serait expliqué dans les considérants par référence au risque qu'une mesure d'ampleur plus limitée ne soit contournée et à la nécessité de réglementer les formes indirectes de publicité. Il ne serait pas nécessaire de se référer expressément à des principes tels que la subsidiarité, dès lors que, dans le cas où de tels principes s'appliquent, les considérants contiennent des éléments prouvant la conformité à ces principes. Plus généralement, la motivation fournie serait de nature à permettre aux parties concernées et à la Cour d'examiner cette question dans le cadre du contrôle juridictionnel.

V — Analyse

i) *Sur la base juridique et sur la compétence*

Introduction

58. Dans cette partie, nous allons examiner les deux branches du moyen des requérants tiré de l'impossibilité d'adopter valablement la directive sur la publicité sur la base des articles 57, paragraphe 2, et 100 A du traité, d'une part, parce que i) son « centre de gravité » réside dans la protection de la santé et non dans le marché intérieur — à l'égard duquel ses effets sont, par consé-

quent, accessoires — et, d'autre part, parce que ii) en tant que mesure essentiellement prohibitive, elle ne satisfait pas, en toute hypothèse, aux conditions requises par ces dispositions. En deux mots, notre analyse est la suivante. La compétence attribuée par les articles 57, paragraphe 2, et 100 A se définit fonctionnellement par référence aux objectifs du marché intérieur, et s'applique largement et de façon horizontale à des domaines qui sont en principe réglementés, le plus souvent, par les États membres. La protection de la santé doit, lorsqu'il y a lieu, être prise en compte par la Communauté dans l'exercice de ses compétences. En l'absence de compétence distincte d'harmonisation pour la Communauté en matière de protection de la santé, et compte tenu de la possibilité d'une poursuite parallèle de la protection de la santé et des objectifs du marché intérieur, le point de savoir si la Communauté a agi dans le cadre de ses pouvoirs ne peut être défini par référence à un soi-disant « centre de gravité » de la mesure qui résiderait dans l'un ou l'autre de ces objectifs de natures différentes. Le problème de compétence doit, au contraire, être résolu en recherchant si la directive est conforme aux objectifs du marché intérieur, eu égard, en particulier, aux avantages concrets que la mesure entend représenter pour le marché intérieur. Dans le cas de la directive sur la publicité, les avantages qui sont cités par le législateur communautaire ne concernent que les secteurs de la publicité et du parrainage en faveur du tabac, ainsi que des médias utilisés dans ce domaine. La directive imposant, effectivement, une interdiction totale de l'activité professionnelle dans ce secteur, et n'harmonisant pas les règles nationales régissant les secteurs relativement mineurs dans lesquels la publicité en faveur du tabac demeure admise, il n'est pas possible de considérer qu'elle facilite la libre circulation des marchandises ou des services, ni qu'elle élimine des distorsions de la concurrence dans le sec-

teur en question. Elle est donc entachée de nullité au regard des conditions que suppose la base juridique retenue par le législateur.

La nature de la compétence communautaire

59. Afin d'examiner le grief qui est fait au législateur communautaire dans les deux affaires, d'avoir excédé les pouvoirs qui lui sont conférés par le traité, et, en particulier, l'argument selon lequel la directive sur la publicité ne peut s'appuyer sur la base juridique qu'elle revendique, il est nécessaire de rappeler la nature de la compétence de la Communauté et les principes qui gouvernent l'exercice par la Cour du contrôle juridictionnel de la mise en œuvre de cette compétence.

60. La Communauté s'est vu attribuer des compétences en vue de réaliser des objectifs précisés dans certaines dispositions du traité, qui doivent être lues à la lumière des finalités générales de la Communauté. L'étendue des pouvoirs de la Communauté doit, par conséquent, être déterminée par référence à ces objectifs. Ainsi, l'article 3 B, premier alinéa, du traité énonce-t-il que « La Communauté agit dans les limites des compétences qui lui sont conférées *et des objectifs qui lui sont assignés par le présent traité* » (mis en relief par nos soins). Il résulte de cette disposition que la Commu-

nauté «ne dispose que de compétences d'attribution»⁵⁰. C'est à la Cour qu'il appartient, notamment, d'assurer le respect des limites de ses pouvoirs par la Communauté.

61. À cet égard, la Cour a jugé que «le choix de la base juridique d'un acte ne peut pas dépendre seulement de la conviction d'une institution quant au but poursuivi»⁵¹. Au lieu de cela, elle a souligné dans une longue série d'arrêtés que, «dans le cadre du système de compétences de la Communauté, le choix de la base juridique d'un acte doit se fonder sur des éléments objectifs susceptibles de contrôle juridictionnel. Parmi de tels éléments figurent, notamment, le but et le contenu de l'acte»⁵². Si la Cour applique, en principe, ce raisonnement aux litiges portant sur la base juridique des actes, ce critère objectif s'applique cependant aussi bien dans les cas où la seule autre base juridique concevable est l'article 235 du traité⁵³ que, à notre avis, dans les cas où il n'existe aucune autre possibilité envisageable⁵⁴. Dans ces cir-

constances, y compris celles des présentes affaires, la Cour se trouve confrontée à un conflit plus ou moins aigu entre les pouvoirs législatifs respectifs de la Communauté et des États membres⁵⁵.

62. La compétence attribuée à la Communauté par l'article 100 A, paragraphe 1, du traité a un caractère horizontal. Elle n'est pas limitée par avance par référence à un objet particulier défini *ratione materiae*⁵⁶. Au lieu de cela, la Communauté est autorisée à adopter des mesures de rapprochement des législations ayant «pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur». Ainsi, l'étendue de la compétence communautaire est-elle définie «sur la base d'un critère fonctionnel, s'étendant de manière horizontale à l'ensemble des mesures destinées à la réalisation du marché intérieur»⁵⁷. Cela «débouche généralement sur une législation communautaire concernant les domaines les plus divers du droit national»⁵⁸, à condi-

50 — Avis 2/94 de la Cour, du 28 mars 1996, Rec. p. I-1759, point 23. Voir également l'article 4, paragraphe 1, du traité (devenu article 7, paragraphe 1, CE) et le premier moyen d'annulation à l'article 173 du traité, deuxième alinéa, c'est-à-dire le défaut de compétence.

51 — Arrêt du 11 juin 1991, Commission/Conseil (C-300/89, Rec. p. I-2867, ci-après l'«arrêt Dioxyde de titane», point 10). En ce qui concerne la preuve subjective dans le contexte des présentes affaires, voir également les points 74 à 77 ci-après.

52 — Arrêt du 13 mai 1997, Allemagne/Parlement et Conseil (C-233/94, Rec. p. I-2405, ci-après l'«arrêt Garanties des dépôts», point 12). Voir, plus récemment, l'arrêt du 4 avril 2000, Commission/Conseil (C-269/97, Rec. p. I-2257, ci-après l'«arrêt Étiquetage de la viande bovine», point 43).

53 — Voir, par exemple, l'arrêt Garanties des dépôts, précité, points 10 et 11, précédant immédiatement le passage cité ci-dessus.

54 — La Cour a expliqué clairement dans son avis 2/94, précité dans la note 50 ci-dessus, point 30, que l'article 235 «ne saurait constituer un fondement pour élargir le domaine des compétences de la Communauté au-delà du cadre général résultant de l'ensemble des dispositions du traité», action qui exigerait une modification du traité.

55 — La question de savoir si la directive aurait pu, ou non, être adoptée sur la base de l'article 235 n'a pas d'intérêt pour la présente contestation de sa validité, puisque l'article 235 ne pouvait, en tout état de cause, être utilisé à moins que l'on considère que la Communauté n'était pas compétente pour adopter la directive sur la publicité sur le fondement des articles 57, paragraphe 2, 66 et 100 A du traité; voir l'avis 2/94, précité dans la note 50 ci-dessus, point 29, et l'arrêt du 26 mars 1987, Commission/Conseil (45/86, Rec. p. 1493, point 13).

56 — Voir les dispositions conférant à la Communauté divers degrés de compétences dans les domaines définis *ratione materiae*, tels que l'agriculture [articles 39 (devenu article 33 CE), 40 (devenu, après modification, article 34 CE), 41 (devenu article 35 CE), 42 (devenu article 36 CE) et 43 du traité CE (devenu, après modification, article 37 CE)] et la protection de l'environnement [article 130 S du traité CE, (devenu, après modification, article 175 CE)].

57 — Voir conclusions de l'avocat général Tesouro dans l'affaire Dioxyde de titane, précitée dans la note 51 ci-dessus, point 10.

58 — Voir conclusions de l'avocat général Jacobs, dans l'affaire Espagne/Conseil (arrêt du 13 juillet 1995, C-350/92, Rec. p. I-1985, ci-après l'«arrêt Espagne», point 26). Le royaume d'Espagne demandait l'annulation du règlement (CEE) n° 1768/92 du Conseil, du 18 juin 1992, concernant la création d'un certificat complémentaire de protection pour les médicaments (JO L 182, p. 1), qui avait pour base juridique l'article 100 A du traité.

tion que cela soit pertinent pour la réalisation et le fonctionnement du marché intérieur⁵⁹. L'étendue des compétences conférées par l'article 100 A se définit donc exclusivement par référence à leur objectif déclaré, et non par rapport à un objet matériel.

63. L'article 57, paragraphe 2, du traité crée lui aussi une compétence fonctionnelle d'application horizontale, même si elle a un champ d'application plus spécifique ou limité que la compétence conférée à la Communauté par l'article 100 A: aucun domaine d'action des États membres n'est a priori exclu lorsqu'il s'agit d'adopter des mesures destinées à éliminer des entraves à la liberté d'établissement ou à la libre prestation de services. Les articles 57, paragraphe 2, et 66 du traité sont également invoqués comme fondements partiels de la directive puisque les premier et deuxième considérants du préambule indiquent qu'elle concerne notamment les obstacles à la libre prestation de services. Dans la mesure où les articles 57, paragraphe 2, et 100 A concernent tous deux, de manière plus ou moins particulière selon leur champ d'application, la réalisation d'objectifs liés au marché intérieur, et puisque les procédures législatives qu'ils prescrivent ne sont

pas incompatibles⁶⁰, il n'est pas nécessaire, pour les besoins des présentes affaires, de chercher à définir la ligne précise de démarcation entre eux, pour ce qui est, par exemple, de la compétence pour remédier aux distorsions de la concurrence entre les prestataires de services.

Compétence communautaire et compétence nationale: différence d'objectifs

64. Il est de la nature des compétences conférées dans le but d'atteindre des objectifs fonctionnels définis de façon large que leur exercice affecte simultanément des questions relevant normalement de compétences définies *ratione materiae*, appartenant aux États membres et/ou à la Communauté. Dès lors qu'une mesure d'harmonisation tend à la réalisation ou au fonctionnement du marché intérieur, ou concerne des dispositions nationales relatives à l'accès ou à l'exercice d'activités de prestataires de services, son contenu — le degré de réglementation, le type de programme, etc. — doit aussi, en principe, être influencé par des préoccupations de fond telles que la santé publique. En outre, l'article 100 A, paragraphe 3, oblige la Commission à prendre «pour base un

59 — Il convient d'apporter deux précisions ici: tout d'abord, l'article 100 A, paragraphe 2, du traité exclut expressément certaines matières du champ d'application du paragraphe précédent; deuxièmement, l'article 100 A, paragraphe 1, s'applique «sauf si le présent traité en dispose autrement». À titre d'exemples: l'article 57, paragraphe 2, du traité, qui est expressément cité à l'article 7 A du traité; les dispositions ayant des objectifs sectoriels spécifiques tels que les articles 129 B du traité CE (devenu article 154 CE) ainsi que 129 C et 129 D du traité CE (devenus, après modification, articles 155 CE et 156 CE); plus généralement, la politique agricole commune, régie par l'article 43 du traité.

60 — C'est essentiellement la même procédure législative qui est prévue par les deux dispositions, en ce qui concerne la directive. La disposition supplémentaire prévue à l'article 100 A, paragraphe 1, pour la consultation du Comité économique et social a été respectée en l'occurrence et ne peut être considérée comme affectant la substance de la procédure envisagée par l'article 57, paragraphe 2, dans la mesure où le Conseil aurait été libre de le consulter en tout état de cause; voir l'arrêt *Dioxyde de titane*, précité dans la note 51 ci-dessus, point 18.

niveau de protection élevé» lorsqu'elle fait des propositions visant à harmoniser des législations en matière de «santé, de sécurité, de protection de l'environnement et de protection des consommateurs». Cela est renforcé par la condition formulée à l'article 129, paragraphe 1, troisième alinéa, qui veut que «Les exigences en matière de protection de la santé [soient] une composante des autres politiques de la Communauté».

65. Même si les articles 100 A, paragraphe 3, et 129, paragraphe 1, troisième alinéa, ne comportaient pas de telles dispositions, cette solution serait néanmoins parfaitement normale puisque la Commission n'intervient pas dans un vide politique. En adoptant des mesures de coordination et de rapprochement des législations existantes, elle substitue des règles communautaires à des règles nationales qui, quel que soit leur effet restrictif sur le commerce ou leur effet de distorsion sur la concurrence, ont pu être inspirées par des motifs concrets très divers tels que la santé, la protection des consommateurs, la protection de l'environnement, etc.⁶¹. Ainsi, en adoptant des actes législatifs, la Communauté se substitue aux États membres et doit accorder la place qui leur revient aux préoccupations de politique nationale qui ne font pas

61 — De telles mesures nationales peuvent, en effet, avoir été justifiées au regard de telles préoccupations pour les besoins des articles 30 et 59 du traité CE (devenu, après modification, article 49 CE).

l'objet de compétences communautaires spécifiques⁶² — et ce à plus forte raison dans le cas où le traité lui-même recommande expressément un niveau de protection élevé.

66. Ainsi, les considérations évidentes de santé publique qui ont motivé les restrictions initiales très diverses apportées dans un premier temps à la publicité en droit national par certains États membres, puis la politique adoptée par le législateur communautaire manifestement sur le fondement de préoccupations similaires⁶³ ne sont, à notre avis, pas susceptibles, à elles seules, de jeter le doute sur la compétence communautaire pour adopter une mesure en matière de marché intérieur. Cette seule circonstance ne prouve pas non plus que la Communauté aurait empiété sur un domaine réservé exclusivement aux États membres ni que l'objectif de la mesure serait la protection de la santé à l'exclusion de tout autre objectif⁶⁴. La véritable question est de savoir si la mesure peut être considérée comme ayant pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur ou

62 — Sur l'obligation générale pour le législateur communautaire de tenir compte de la santé publique lorsqu'il légifère sur la base de dispositions telles que les articles 43 et 100 du traité, voir l'arrêt du 23 février 1988, Royaume-Uni/Conseil (68/86, Rec. p. 855, ci-après l'«arrêt Hormones», points 12 et 14). Cet arrêt a été rendu avant l'introduction de l'article 129 dans le traité. Voir également l'arrêt Garanties des dépôts, précitée dans la note 52 ci-dessus, point 17, ainsi que l'arrêt Étiquetage de la viande bovine, précité dans la note 52 ci-dessus, point 46, bien que cela ne puisse pas être interprété comme signifiant que l'article 100 A peut être employé pour adopter des mesures de protection de la santé sans référence au critère de renforcement du marché intérieur commenté ci-après. Sur le contrôle juridictionnel exercé sur la conformité avec une disposition horizontale d'intérêt public, c'est-à-dire l'article 129 A du traité (devenu, après modification, article 153 CE), voir l'arrêt Garanties des dépôts, précitée, points 46 à 49.

63 — Voir troisième et quatrième considérants du préambule de la directive sur la publicité.

64 — Voir arrêt du 29 mars 1990, Grèce/Conseil (C-62/88, Rec. p. I-1527, ci-après l'«arrêt Tchernobyli grec», point 20).

la réalisation de la libre prestation de services⁶⁵. On ne peut supposer a priori qu'un niveau élevé de protection de la santé impliquera un « contenu » moins important du point de vue du marché intérieur. Tout objectif de fond concernant la santé ou quelque autre domaine également concerné de l'activité législative n'est pas tant concurrent ou accessoire que simplement d'une nature autre et, par conséquent, susceptible d'être poursuivi simultanément ou « d'une façon indissociable »⁶⁶, avec le degré d'intensité que le législateur a cru bon (ou nécessaire) de lui prêter, dès lors que les objectifs opérationnels du marché intérieur retirent un avantage de l'acte adopté.

Le « centre de gravité » de la directive

67. Les requérants, soutenant la thèse contraire, ont particulièrement insisté sur l'article 129, paragraphe 4, du traité. Ils affirment, pour l'essentiel, que le centre de gravité de la directive sur la publicité se situe dans le domaine de la santé publique plutôt que du marché intérieur, que l'article 129 est la seule disposition du traité dédiée à cet objet et que cet article 129, en son paragraphe 4, exclut précisément toute harmonisation. L'article 129, paragraphe 4, habilite en effet le Conseil et le Parlement à adopter des « mesures d'encouragement » par le biais de la codécision afin de contribuer aux objectifs de santé publi-

que énoncés par cet article, mais exclut expressément « toute harmonisation des dispositions législatives et réglementaires des États membres ».

68. On aura compris de la discussion qui précède que, à notre avis, il n'y a pas lieu de tenter d'apprécier la légalité de la directive en recherchant si son centre de gravité se situe dans la poursuite de la protection de la santé plutôt que d'objectifs du marché intérieur. Cette approche n'est pertinente que dans le cas où il existe un litige sur le point de savoir si une mesure aurait dû être adoptée par référence à l'une ou l'autre des deux bases juridiques possibles⁶⁷. Normalement, lorsque les deux aspects d'un acte sont aussi essentiels l'un que l'autre, les deux bases juridiques devraient être employées et les deux procédures législatives applicables également respectées⁶⁸. Ce n'est que lorsque ces procédures sont incompatibles qu'une double base juridique est impossible et qu'un choix doit être effectué entre les deux⁶⁹. En revanche, si une mesure concerne principalement un domaine d'action, et n'a que des effets accessoires sur d'autres politiques, seule la première base juridique doit être utilisée⁷⁰. La notion de « centre de gravité » est parfois évoquée dans ce contexte, lorsqu'il s'agit d'apprécier si les effets d'une mesure dans

65 — Même dans les cas où il existe un certain nombre de bases juridiques « concurrentes », il semble préférable d'ouvrir le contrôle juridictionnel en recherchant si les conditions de recours à la base juridique effectivement citée étaient remplies; voir, par exemple, le raisonnement adopté dans l'arrêt *Tchernobyl grec*, précité, points 13 à 16.

66 — Arrêt *Dioxyde de Titane*, précité dans la note 51 ci-dessus, point 13.

67 — Les principes applicables dans ces cas sont succinctement résumés par la Cour dans l'arrêt du 25 février 1999, *Parlement/Conseil* (C-164/97 et C-165/97, Rec. p. I-1139, ci-après l'« arrêt Protection de la forêt », point 14).

68 — Voir arrêts du 27 septembre 1988, *Commission/Conseil* (165/87, Rec. p. 5545, points 6 à 13), et du 30 mai 1989, *Commission/Conseil* (242/87, Rec. p. 1425, points 33 à 37).

69 — Voir arrêt *Dioxyde de titane*, précité dans la note 51 ci-dessus, points 17 à 21.

70 — Arrêts du 4 octobre 1991, *Parlement/Conseil* (C-70/88, Rec. p. I-4529, ci-après l'« arrêt Tchernobyl »), et du 26 mars 1996, *Parlement/Conseil* (C-271/94, Rec. p. I-1689, points 32 et 33).

un domaine sont purement accessoires ou marginaux.

69. Cependant, dans la présente affaire, nous ne sommes pas en présence d'un choix entre deux bases juridiques possibles. Il est parfaitement clair que l'article 129, paragraphe 4, du traité ne constitue pas une base juridique alternative pour la directive sur la publicité, étant donné qu'elle exclut les mesures d'harmonisation. La situation ressemble plutôt, en partie, à celle qui se présentait dans l'arrêt Dioxyde de titane⁷¹. Lorsque, comme dans cette affaire, l'une des deux bases juridiques doit nécessairement être exclue ou lorsque, comme dans les présentes affaires, il n'existe pas d'autre base juridique alternative, la Communauté est compétente sur le fondement de l'article 100 A (et, par extension, sur le fondement de l'article 57, paragraphe 2) pour adopter des mesures qui visent le marché intérieur en même temps qu'un autre but d'intérêt général, qu'il s'agisse de la protection de l'environnement ou de la santé publique. La question de compétence sera résolue favorablement dès lors qu'un objectif tenant au marché intérieur est effectivement poursuivi; ainsi, dans l'arrêt Dioxyde de titane, la Cour a examiné les aspects objectifs d'une législation fondée sur l'article 100 A, sans tenir compte du « poids » relatif des aspects liés au marché intérieur et de ceux tenant à l'environnement, dans la structure du texte législatif⁷². De même, la question de savoir si les effets d'une mesure sur le marché intérieur sont purement accessoires ne peut être résolue, dans ces conditions, par une appréciation de l'intensité de cet aspect de la mesure par

rapport aux aspects de la même mesure tenant à la santé publique. Nous avons déjà pris la peine de démontrer que ces objectifs ne s'excluent pas l'un l'autre, mais qu'ils ont une nature différente et ne sont pas concurrents. Le caractère purement incident ou accessoire des effets d'une mesure sur le marché intérieur doit être déterminé par référence à des critères propres à cet objectif, tels que prévus par le traité, ce que nous nous efforcerons de faire plus loin.

Le champ d'application de l'article 129, paragraphe 4, du traité

70. Les requérants citent également l'article 129, paragraphe 4, du traité comme limitant le champ d'action de la Communauté *au titre de l'article 100 A lui-même*. L'un et l'autre requérants se fondent sur des propos de l'avocat général Jacobs, extraits des conclusions qu'il a présentées dans l'affaire Espagne⁷³.

71. Même s'il n'est pas contesté que la directive ne pouvait pas être adoptée sur le fondement de l'article 129, paragraphe 4, notons qu'il serait surprenant (et contraire à la sécurité juridique) que les auteurs du traité sur l'Union européenne aient, en introduisant de nouvelles compétences dans le cadre du traité en matière de santé publique, si sévèrement restreint les compétences existantes dans un autre domaine simplement parce qu'ils entendent alors se

71 — Précité dans la note 51 ci-dessus, points 13, 16, et 21 à 24, en particulier, le point 24.

72 — Précité, points 14, 15 et 23.

73 — Précitée dans la note 58 ci-dessus, point 27.

préoccuper de la santé⁷⁴. Les articles 100 A et 129 ne sont pas, de quelque manière que ce soit, antinomiques. Comme nous l'avons vu, les articles 100 A, paragraphe 3, et 129, paragraphe 1, troisième alinéa, se combinent pour démontrer que l'article 100 A peut être utilisé pour adopter des mesures visant à mieux protéger la santé. La restriction formulée à l'article 129, paragraphe 4, n'est pas en conflit avec ces dispositions. Elle n'affecte, selon ses propres termes, que les « actions d'encouragement » qu'elle prévoit.

72. Nous ne pensons pas non plus que l'avocat général Jacobs ait dit autre chose dans l'extrait qui a été invoqué à la fois par les sociétés productrices de tabac et la République fédérale d'Allemagne. Il a simplement cité l'article 129, paragraphe 4, ainsi que d'autres dispositions, comme des exemples d'exclusion de la compétence législative communautaire, afin d'opposer ces dispositions à l'absence de toute limitation comparable en matière de « droit des brevets, ou... propriété intellectuelle en général ». Il n'a pas davantage exprimé, et ne peut raisonnablement être soupçonné de l'avoir fait implicitement, d'opinion sur la portée de cette exclusion ou, en particulier, sur le point de savoir si cela limite la compétence législative en dehors de son contexte spécifique. Dans le contexte de l'article 100 A, une telle exclusion aurait été plus facilement mise en place par une extension de la liste, figurant à l'article 100 A, paragraphe 2, des domaines expressément exclus *ratione materiae*.

74 — Il est clairement dit, par exemple, dans l'arrêt Tchernobyl grec, précité dans la note 64 ci-dessus, points 19 et 20, que l'ajout de l'article 130 R dans le traité (devenu, après modification, article 174 CE) a laissé intactes les compétences que la Communauté détient sur la base d'autres dispositions; voir également l'arrêt du 24 novembre 1993, Mondiet (C-405/92, Rec. p. I-6133).

73. En résumé, nous estimons que l'article 129 du traité n'est pas pertinent dans le cadre du débat sur la base juridique, dans les présentes affaires. Il semble que c'est sur la base de prémisses erronées que les requérants se prévalent de cette disposition. Cette erreur consiste à estimer que la Communauté n'aurait été compétente pour adopter des mesures d'harmonisation visant à « contribuer à la réalisation des objectifs cités à [l'article 129] », sur la base d'autres dispositions du traité, telles que l'article 100 A, et sans égard aux objectifs spécifiques de ces autres bases juridiques, qu'à la condition que l'article 129, paragraphe 4, ne formule pas de réserve à ce sujet.

La genèse de la directive

74. Les requérants se sont également amplement référés à la série d'événements qui a conduit à l'adoption de la directive sur la publicité, dont nous avons résumé l'essentiel ci-dessus (points 14 à 20). Il est, bien évidemment, exact que la Cour prend à l'occasion en considération la genèse d'un acte en tant qu'instrument d'aide à l'interprétation des actes communautaires⁷⁵. Elle s'est même référée au rejet par le Conseil d'un amendement proposé par le Parlement pour confirmer l'intention de celui-ci de maintenir le « centre de gravité » d'une

75 — Voir, par exemple, l'arrêt du 7 décembre 1995, Rockfon (C-449/93, Rec. p. I-4291), ainsi que l'arrêt du 28 octobre 1999, ARD (C-6/98, Rec. p. I-7599).

mesure entre deux bases juridiques⁷⁶. Cependant, en principe, la référence aux circonstances dans lesquelles une mesure a été adoptée n'est pas pertinente pour déterminer la base juridique adéquate⁷⁷.

75. Les requérants citent la genèse de la directive non pas pour interpréter une disposition ambiguë de la directive sur la publicité, mais dans le but de démontrer qu'elle constituait en réalité — tant du point de vue de son contenu que des intentions de son auteur — une mesure surtout destinée à protéger la santé publique, par le biais d'une réduction des ventes de produits du tabac, et, ipso facto, ne constituait pas réellement un acte ayant pour cible le marché intérieur. Il doit cependant être clair, à la lecture de notre analyse ci-dessus, qu'il est de l'essence de toute mesure visant le marché intérieur de poursuivre, de façon tout à fait légitime, deux objectifs — l'un étant d'éliminer les entraves aux échanges ou les distorsions de la concurrence et l'autre (le moyen d'atteindre le premier) l'adoption de mesures communautaires harmonisées destinées à remplacer les réglementations nationales dans le domaine concerné. Ainsi, indépendamment du fait que le traité n'envisage qu'un seul Conseil simplement composé d'un « représentant de chaque État membre au niveau ministériel, habilité à engager le

gouvernement de cet État membre »⁷⁸, la conduite des négociations au sein du Conseil, avant l'adoption finale de la directive, par les ministres de la Santé ne prouve rien. Ont tout aussi peu de valeur probante les débats sur la proposition au sein d'un groupe de travail du Conseil et d'une commission parlementaire chargée des questions de santé publique. Et il n'est, du reste, pas étonnant que ceux qui étaient engagés au niveau politique dans la promotion ou l'adoption de ces mesures aient pu se sentir concernés et motivés — et même surtout motivés — davantage par le deuxième aspect que par le premier. De telles priorités sont entièrement subjectives et il n'y a pas lieu pour la Cour de tenir compte des déclarations des représentants politiques effectuées dans le cadre du processus législatif.

76. En outre, même si des avis juridiques tels que celui que l'on prête au service juridique du Conseil devaient être admis à titre de preuve⁷⁹, le fait que cet avis ait été exprimé et n'ait pas été suivi d'effet au niveau politique, ainsi que sa contradiction apparente avec la position adoptée par le Conseil ici le rendent inopérant dans le cadre de l'examen juridique objectif de la directive par la Cour. En définitive, le contrôle par la Cour de la compétence de la Communauté pour adopter une telle mesure devra porter sur le point de savoir si

76 — Arrêt du 23 février 1999, Parlement/Conseil (C-42/97, Rec. p. I-869, point 54). Voir également la discussion sur les travaux préparatoires dans l'arrêt du 23 février 1988, Royaume-Uni/Conseil (131/86, Rec. p. 905, points 26 et 27); les documents cités confirmaient l'opinion de la Cour sur l'objectif et la base juridique appropriée de la mesure attaquée et il est possible qu'elle ne les ait examinés que parce qu'ils étaient invoqués en sens contraire par le Royaume-Uni.

77 — Arrêt Étiquetage de la viande bovine, précité dans la note 52 ci-dessus, point 44.

78 — Article 146 du traité (devenu article 203 CE), mis en relief par nos soins; voir également l'article 4, paragraphe 1, du traité.

79 — Même si de tels avis ne sont pas couverts par la confidentialité des documents juridiques telle que reconnue dans l'arrêt du 18 mai 1982, AM & S Europe/Commission (155/79, Rec. p. 1575, point 18), nous sommes d'accord avec l'idée émise par l'avocat général Jacobs dans ses conclusions dans l'affaire Espagne, précitée dans la note 58 ci-dessus, point 35, selon laquelle un tel avis ne devrait pas pouvoir être invoqué devant la Cour sans l'autorisation de l'institution concernée.

elle contribue efficacement au premier objectif mentionné.

77. À propos de la genèse législative stricto sensu, les requérants insistent surtout sur la suppression dans le projet de directive, intervenue à un stade très tardif, des trois considérants précités (au point 19), qui avaient trait aux préoccupations de santé publique du législateur communautaire. Cependant, ce qui importe réellement, c'est de savoir si le maintien des trois considérants prévus dans la proposition aurait modifié la nature de la directive sur la publicité. Or, nous ne voyons pas comment il aurait pu en être ainsi, à moins que l'on réduise la définition du but d'un acte communautaire à un processus mathématique consistant à compter les références faites aux différentes politiques dans le préambule. Les considérants supprimés ne faisaient que souligner le souci du législateur de protéger la santé publique, souci qui ressort déjà clairement des troisième et quatrième considérants et n'était pas, en soi, illégitime.

Le détournement de pouvoir

78. Nous ne pensons pas que le moyen invoqué par la République fédérale d'Allemagne, tiré du détournement de pouvoir par le législateur communautaire, puisse trouver quelque appui que ce soit dans la genèse de la directive. À l'égard du pouvoir législatif, la Cour a défini le détournement de pouvoir comme « l'adoption, par une institution communautaire, d'un acte dans

le but exclusif ou, tout au moins, déterminant d'atteindre des fins autres que celles excipées ou d'éluder une procédure spécialement prévue par le traité... »⁸⁰. Or nous avons vu que le traité n'impose aucune procédure pour l'adoption des règles d'harmonisation en matière de protection de la santé publique du point de vue ratione materiae. Cette compétence est en effet expressément exclue par l'article 129, paragraphe 4, ce qui implique qu'il ne peut y avoir détournement de pouvoir consistant à éluder la procédure appropriée.

79. Quant à l'autre élément du détournement de pouvoir (la poursuite d'autres fins que celles excipées), rappelons que l'objectif parallèle de protection de la santé a été clairement invoqué dans les troisième et quatrième considérants de la directive et que, comme nous l'avons vu, la suppression de trois autres considérants présents dans la proposition, qui étaient de la même veine, n'enlève rien au fait que la poursuite d'un tel objectif n'est pas illégitime dans le cadre de mesures adoptées sur le fondement des articles 57, paragraphe 2, et 100 A du traité. Rappelons en outre que non seulement les objectifs de protection de la santé et de réalisation du marché intérieur ne s'excluent pas mutuellement, mais que ce dernier doit même, lorsqu'il y a lieu, se doubler du premier. Ainsi, les manifestations d'intérêt exprimées par les représentants politiques pour les répercussions favorables de la directive sur la santé ne sont pas, comme nous l'avons déjà indiqué, surprenantes en quoi que ce soit, ni même, à notre avis, déplacées. Même le relatif

⁸⁰ — Voir arrêt du 12 novembre 1996, Royaume-Uni/Conseil (C-84/94, Rec. p. I-5755, ci-après l'« arrêt Temps de travail », point 69).

silence sur les avantages de la directive pour le marché intérieur ne prouve pas que ces avantages n'étaient pas effectivement envisagés ni voulus. La République fédérale d'Allemagne n'a pas apporté la preuve du contraire. Et les autres éléments de preuve versés aux débats ne font apparaître aucun détournement de pouvoir. Ce moyen invoqué par la République fédérale d'Allemagne doit donc être rejeté. Le point de savoir si la directive atteint effectivement les objectifs tenant au marché intérieur qui sont invoqués par le législateur communautaire constitue une question de compétence. Une réponse négative à cette question ne suffirait pas, à notre avis, pour démontrer qu'il y a eu détournement de pouvoir par le Conseil.

80. En réalité, la véritable question, dans ces deux affaires, n'est pas de savoir si la protection de la santé était un mobile de premier ordre pour ceux qui ont travaillé à l'adoption de la directive, mais de savoir si le *marché intérieur* constitue, à lui seul, une base juridique adéquate pour la directive. En l'absence d'autres bases juridiques possibles, nous efforcerons ainsi, dans le reste de notre analyse de la compétence communautaire, de définir tout d'abord les conditions objectives du recours aux articles 57, paragraphe 2, et 100 A du traité, puis de déterminer si la directive sur la publicité remplit ou non ces conditions. Il est cependant nécessaire, au préalable, d'examiner brièvement et de rejeter l'idée, avancée par la République fédérale d'Allemagne, que la procédure de vote applicable au sein du Conseil pourrait avoir une importance pour les conditions d'exercice de la compétence communautaire.

L'importance de la procédure de vote au sein du Conseil

81. La République fédérale d'Allemagne a particulièrement insisté, notamment à l'audience, sur le fait que l'article 100 A suppose la majorité qualifiée, et a soutenu que cette compétence horizontale pourrait ainsi être utilisée de façon abusive pour empiéter sur les compétences des États membres. Cela n'est pas pertinent pour la détermination de la base juridique adéquate d'un acte communautaire, puisque cette détermination doit toujours obéir aux mêmes principes objectifs, quelle que soit la procédure législative utilisée. Nous avons déjà vu précédemment que la Communauté doit toujours agir dans les limites de ses pouvoirs, y compris lorsque le Conseil vote à l'unanimité pour adopter une mesure sur le fondement des termes larges de l'article 235 du traité⁸¹. Les autres considérations relatives à la souveraineté des États membres n'ont pas de pertinence pour l'analyse de ces compétences⁸². Dans l'arrêt Dioxyde de titane, la Cour a préféré l'article 100 A à l'article 130 S comme base juridique, bien que le premier suppose un vote du Conseil à la majorité qualifiée alors que le second impliquait un vote à l'unanimité⁸³. Compte tenu de notre analyse sur le caractère horizontal de l'article 100 A, il est difficile d'admettre l'imposition de limites a priori à la compétence communautaire dans un domaine aussi fondamental que la réalisation et le fonctionnement du marché intérieur, *autres que celles qui sont inhérentes à cet objectif même*, pour la simple raison qu'elle requiert un vote à la majorité qualifiée.

81 — Voir avis 2/94, précité dans la note 50 ci-dessus, point 30.

82 — Voir point 37 des conclusions de l'avocat général Jacobs dans l'affaire Espagne, précitée dans la note 58 ci-dessus.

83 — Précité dans la note 51 ci-dessus, points 18 et 19.

Après tout, il s'agit là précisément du mécanisme prévu par l'Acte unique européen pour éviter que cette intégration du marché ne puisse faire l'objet d'un veto des États membres⁸⁴. La meilleure protection, compatible avec le traité, des intérêts d'un État membre contre tout abus ou empiètement de compétences commis par la Communauté est le contrôle juridictionnel exercé par la Cour sur le respect par le législateur communautaire des conditions d'application de l'article 100 A ou, le cas échéant, de l'article 57, paragraphe 2. Comme nous l'avons vu au point précédent, cela implique, tout d'abord, que les conditions d'utilisation de ces dispositions soient précisées.

...

- g) un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché intérieur,
- h) le rapprochement des législations nationales dans la mesure nécessaire au fonctionnement du marché commun».

L'article 7 A, deuxième alinéa, du traité est ainsi rédigé:

Le marché intérieur

82. L'article 3 du traité (devenu, après modification, article 3 CE) définit l'action de la Communauté comme incluant, dans le respect du traité:

- «c) un marché intérieur caractérisé par l'abolition, entre les États membres, des obstacles à la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux,

«Le marché intérieur comporte un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée selon les dispositions du présent traité.»

83. Il résulte de ces dispositions que le marché intérieur n'est pas un synonyme vide de sens pour toute régulation économique générale. Cette question revêt une importance particulière compte tenu de l'argument du Conseil selon lequel la poursuite des objectifs tenant au marché intérieur n'exige pas nécessairement une libéralisation, mais peut consister en une simple réglementation. Nous expliquerons plus loin pourquoi le marché intérieur ne peut

84 — Voir la remarque de l'avocat général Tesauro dans l'affaire Dioxyde de titane, précitée dans la note 51 ci-dessus, point 13 de ses conclusions. Toutefois, nous souhaitons ajouter à nos commentaires développés plus haut que la possibilité d'un vote à la majorité qualifiée au sein du Conseil, dans le cadre de l'article 100 A du traité, n'est pas, en soi, un motif permettant d'interpréter cette disposition plus largement qu'elle ne le serait autrement.

être défini de façon simpliste en termes de libéralisation ou de dérégulation. Cependant, l'attribution de compétences à l'effet d'œuvrer à l'établissement et au fonctionnement du marché intérieur, tant dans le cadre de l'article 100 A que de dispositions plus spécifiques telles que l'article 57, paragraphe 2, ne peut, à notre avis, être assimilée à l'instauration d'un pouvoir réglementaire général au profit de la Communauté. Ces compétences sont conférées soit pour faciliter l'exercice des quatre libertés fondamentales, soit pour homogénéiser les conditions de concurrence.

84. En matière de libre circulation, cette thèse trouve appui dans les deux arrêts « Déchets »⁸⁵. Dans l'arrêt Déchets I, la Cour a observé que le but de la directive attaquée⁸⁶ était de mettre en œuvre le principe selon lequel les déchets doivent être éliminés aussi près que possible de leur lieu de production afin de limiter autant que possible les transferts de déchets⁸⁷, et en a conclu que la directive en question ne pouvait être considérée comme visant à réaliser la libre circulation des déchets dans la Communauté⁸⁸. Comme l'avocat géné-

ral Tesauro l'a remarqué, la mesure attaquée « vise à assurer non pas la libéralisation des échanges des déchets, mais, bien au contraire, la réduction des mouvements des déchets à l'intérieur de la Communauté »⁸⁹. De la même façon, l'arrêt Déchets II concernait un règlement⁹⁰ que la Cour a interprété comme instaurant un ensemble de procédures harmonisées susceptibles de restreindre les mouvements de déchets pour des motifs tenant à l'environnement, raison pour laquelle elle ne l'a pas considéré comme assurant la libre circulation des déchets au sein de la Communauté⁹¹. On notera que la Cour a implicitement rejeté la thèse selon laquelle une mesure pourrait relever de l'article 100 A du traité dès lors qu'elle *réglemente* la circulation des marchandises entre les États membres sans nécessairement *faciliter* réellement cette circulation⁹².

85. Il va sans dire que la jurisprudence ultérieure n'impose pas d'interpréter les articles 7 A, 57, paragraphe 2, et 100 A du traité comme une forme de charte libérale qui autoriserait une harmonisation en nivelant par le bas ni même une harmonisation réalisant une sorte de moyenne des niveaux de réglementation nationale préexistants. Tout d'abord, nous

85 — Arrêts du 17 mars 1993, Commission/Conseil (C-155/91, Rec. p. I-939, ci-après l'« arrêt Déchets I »), et du 28 juin 1994, Parlement/Conseil (C-187/93, Rec. p. I-2857, ci-après l'« arrêt Déchets II », point 25). Sur la compatibilité avec le marché intérieur de mesures d'harmonisation communautaires imposant des restrictions ou prohibitions à certaines activités économiques, voir également l'arrêt Espagne, précité dans la note 58 ci-dessus, ainsi que l'arrêt Garanties des dépôts, précité dans la note 52 ci-dessus, et l'arrêt du 9 août 1994, Allemagne/Conseil (C-359/92, Rec. p. I-3681, ci-après l'« arrêt Sécurité des produits »), sur lesquels nous reviendrons plus loin.

86 — Directive 91/156/CEE du Conseil, du 18 mars 1991, modifiant la directive 75/442/CEE relative aux déchets (JO L 78, p. 32).

87 — Arrêt Déchets I, précité dans la note 85 ci-dessus, points 13 et 14.

88 — Précité, point 15.

89 — Précité, Rec. p. I-959 des conclusions.

90 — Règlement (CEE) n° 259/93 du Conseil, du 1^{er} février 1993, concernant la surveillance et le contrôle des transferts de déchets à l'entrée et à la sortie de la Communauté européenne (JO L 30, p. 1).

91 — Arrêt Déchets II, précité dans la note 85 ci-dessus, points 23 et 26. Voir, également, les points 44 et 45 des conclusions de l'avocat général Jacobs, que la Cour a cités pour les approuver.

92 — Un tel argument a été attribué au Parlement par l'avocat général Jacobs au point 38 de ses conclusions. Il ajoute qu'il faudrait se demander « si la mesure vise globalement à promouvoir, plutôt qu'à restreindre, une telle circulation [des marchandises] », point 43. La Cour n'a pas expressément commenté ce critère proposé.

avons déjà cité l'obligation pour la Communauté⁹³ de tenir compte des questions d'intérêt général et, ainsi, du degré de protection atteint ou recherché par les États membres.

86. Ensuite, les mesures d'harmonisation qui imposent des restrictions importantes à un domaine d'intérêt général ne doivent pas être systématiquement considérées comme destinées à limiter les échanges dans le secteur en cause. Le droit pour le législateur communautaire d'imposer de telles restrictions, pouvant même aller jusqu'à l'interdiction du commerce de certains produits dans la poursuite parallèle d'objectifs plus vastes tels que la libre circulation ou la prise en compte de certains intérêts généraux, est illustré par l'arrêt Sécurité des produits. La Cour a déclaré compatibles ces objectifs apparemment concurrents dans le cas d'une mesure qui autorisait la Commission à exiger d'un État membre l'adoption de mesures provisoires en vue d'interdire la commercialisation de certains produits dangereux⁹⁴:

«La libre circulation des produits ne peut être garantie que si les conditions de sécurité imposées aux produits ne divergent pas sensiblement d'un État membre à l'autre. Quant au niveau élevé de sécurité, il ne peut être atteint que si les produits

dangereux font l'objet de mesures appropriées dans tous les États membres.»

Ainsi, un système uniforme de réaction contre les produits dangereux a-t-il été considéré comme une mesure s'intégrant dans la libre circulation des marchandises en général. La libre circulation des marchandises peut en effet être favorisée par des mesures qui empêchent, restreignent ou rendent plus difficile la circulation de marchandises spécifiques⁹⁵.

Dans l'arrêt Rewe-Zentrale⁹⁶, la Cour a jugé que, «S'il est vrai que les articles 30 et 36 du traité visent en premier lieu les mesures unilatérales des États membres, il n'en reste pas moins que les institutions communautaires sont, elles aussi, tenues de respecter la liberté des échanges intracommunautaires, principe fondamental du marché commun». Elle a toutefois jugé que les inspections exigées par la directive attaquée dans cette affaire⁹⁷ ne visaient «nullement à entraver ces échanges», mais que «au contraire... [la directive] cherche à suppri-

93 — Pour un exemple de contrôle juridictionnel exercé sur le respect de l'article 100 A, paragraphe 3, voir l'arrêt Garanties des dépôts, précitée dans la note 52 ci-dessus, point 48.

94 — Arrêt Sécurité des produits, précité dans la note 85 ci-dessus, point 34. Voir également les remarques de l'avocat général Jacobs, point 33 de ses conclusions dans cette affaire.

95 — Voir conclusions de l'avocat général Jacobs dans l'affaire Déchets II, précitée dans la note 85 ci-dessus, point 44. Il cite l'exemple de la directive 91/157/CEE du Conseil, du 18 mars 1991, relative aux piles et accumulateurs contenant certaines matières dangereuses (JO L 78, p. 38), et précise que l'interdiction de vendre des piles contenant plus d'un certain pourcentage de mercure s'imposait pour que les piles qui ne contiennent pas un taux excessif de mercure puissent librement circuler au sein du marché intérieur. Voir aussi l'article 4 de la directive 76/768/CEE du Conseil, du 27 juillet 1976, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux produits cosmétiques (JO L 262, p. 169), qui exige que les États membres, dans l'intérêt de la santé publique, interdisent la commercialisation des produits cosmétiques contenant certains composants spécifiques.

96 — Arrêt du 29 février 1984 (37/83, Rec. p. 1229, point 18).

97 — Directive 77/93/CEE du Conseil, du 21 décembre 1976, concernant les mesures de protection contre l'introduction dans les États membres d'organismes nuisibles aux végétaux et aux produits végétaux (JO L 26, p. 20), et en particulier son article 11, paragraphe 3.

mer progressivement des mesures prises unilatéralement par les États membres et qui étaient à l'époque justifiées, en principe, par l'article 36 du traité »⁹⁸.

87. Nous trouvons un exemple plus intéressant pour les présents cas d'espèce dans l'interdiction de la publicité en faveur des produits du tabac à la télévision, qui résulte de l'article 13 de la directive 89/552. Cet article et un certain nombre d'autres règles concernant le contenu de la publicité télévisée visent en effet notamment à harmoniser les conditions des prestations de service publicitaires à la télévision. « Les États membres assurent la liberté de réception et n'entravent pas la retransmission sur leur territoire d'émissions de radiodiffusion télévisuelles en provenance d'autres États membres pour des raisons relatives à la publicité télévisée et au parrainage »⁹⁹. De même, l'article 8, paragraphe 1, de la directive 89/622 et l'article 7, paragraphe 1, de la directive 90/239 interdisent aux États membres d'entraver la vente de produits du tabac conformes aux exigences de ces directives en matière d'étiquetage et de teneur maximale en goudron.

88. Enfin, l'article 100 A du traité ne concerne pas seulement l'élimination des entraves à l'exercice des quatre libertés.

98 — Arrêt précité, point 19, mis en relief par nos soins. La référence à l'article 36 du traité démontre clairement que cette affaire est également intéressante pour la question examinée précédemment de la prise en compte des questions d'intérêt général dans la législation relative au marché intérieur.

99 — Voir arrêt du 9 juillet 1997, De Agostini et TV-Shop (C-34/95 à C-36/95, Rec. p. I-3843, ci-après l'« arrêt De Agostini », point 33).

« Pour la mise en œuvre des libertés fondamentales énoncées à l'article 8 A, les disparités entre les ordres juridiques des États membres nécessitent des mesures d'harmonisation dans les domaines où il y a le risque que ces disparités créent ou maintiennent des conditions faussées pour la concurrence »¹⁰⁰. L'article 100 A peut donc être utilisé pour adopter des mesures d'harmonisation dans le but de rendre égales les conditions de compétences dans un secteur donné de l'industrie, tel que l'élimination des dérivés polluants, tout en poursuivant, « d'une façon indissociable », un objectif d'intérêt général tel qu'un niveau élevé de protection de l'environnement. Aussi la Cour a-t-elle jugé que l'article 100 A constituait la base juridique adéquate pour la directive en cause dans l'arrêt Dioxyde de titane, laquelle édictait, d'une part, une interdiction totale de rejet dans les eaux communautaires et en haute mer de certains déchets industriels résultant de l'emploi de procédés spécifiques, et, d'autre part, des valeurs maximales en substances nocives pour d'autres déchets¹⁰¹. L'article 1^{er} de cette directive indiquait expressément qu'elle « vise à améliorer les conditions de concurrence dans le secteur de la production du dioxyde de titane ». Nous affirmons que le législateur communautaire peut, par conséquent, imposer des conditions strictes applicables de la même manière à l'activité économique concernée dans tout le marché intérieur, y compris des obligations qui excèdent, en

100 — Arrêt Dioxyde de titane, précité dans la note 51 ci-dessus, point 15. L'article 8 A est devenu article 7 A du traité, avant de devenir, après modification, l'article 14 CE. Bien que l'élimination des distorsions de la concurrence soit expressément mentionnée comme une condition nécessaire pour rendre effectives les quatre libertés, il y a lieu d'examiner séparément, dans l'analyse qui suivra, la question des entraves ou des restrictions à l'exercice de ces libertés, d'une part, et, les distorsions de la concurrence, d'autre part.

101 — Directive 89/428/CEE du Conseil, du 21 juin 1989, fixant les modalités d'harmonisation des programmes de réduction, en vue de sa suppression, de la pollution provoquée par les déchets de l'industrie du dioxyde de titane (JO L 201, p. 56). Voir arrêt Dioxyde de titane, précité dans la note 51 ci-dessus, point 2.

tout état de cause, la moyenne des obligations imposées par les diverses réglementations nationales ayant précédé la mesure communautaire.

89. Toutefois, la recherche de conditions homogènes de concurrence ne peut donner au législateur communautaire *carte blanche* pour harmoniser n'importe quelles réglementations nationales, que ce soit dans un sens libéral ou restrictif. Sans contredire notre conclusion rejetant l'argument de la République fédérale d'Allemagne sur le risque d'un accroissement des compétences communautaires par le biais du vote à la majorité qualifiée, nous souhaitons préciser qu'il pourrait y exister un risque de transfert de la compétence réglementaire générale appartenant aux États membres au profit de la Communauté si le recours à l'article 100 A pour adopter des mesures d'harmonisation dans l'intérêt d'une concurrence non faussée ne devait pas être subordonné à l'exigence d'un lien réel entre ces mesures et les objectifs du marché intérieur. Le fait que ni l'article 7 A ni l'article 100 A du traité ne parlent des conditions égales de concurrence constitue un motif supplémentaire pour éviter de faire de l'article 100 A un instrument de régulation économique général.

90. Dans l'arrêt *Dioxyde de titane*, la Cour semble avoir suggéré un premier critère possible, prenant la forme d'une condition préalable d'application de l'article 100 A: la distorsion de la concurrence que la

mesure d'harmonisation doit corriger doit être sensible¹⁰². Nous serions enclin à retenir un tel critère, bien que le but de notre analyse ci-après ne soit pas nécessairement de prendre une position arrêtée sur cette question.

91. Une autre condition, que l'on identifie clairement dans la jurisprudence, et qui présente un intérêt plus direct aux fins des présentes affaires, tient à la nature de la mesure d'harmonisation adoptée au titre de l'article 100 A du traité. Celui-ci ne fournit pas une base juridique adéquate aux mesures dont l'effet sur l'harmonisation des conditions de concurrence est purement accessoire. La question n'est pas seulement de déterminer quel est, parmi les objectifs apparents d'un acte, son principal objectif. La Cour a jugé, en termes assez catégoriques, que «le seul fait que l'établissement ou le fonctionnement du marché intérieur est concerné ne suffit pas pour que l'article 100 A du traité soit d'application»¹⁰³. Nous comprenons les propos de la Cour sur ce point, dans l'arrêt *Déchets I*¹⁰⁴, comme indiquant que la directive en cause dans cette affaire n'aurait en tout état de cause pas pu être adoptée sur le fondement de l'article 100 A, même si l'article 130 S

102 — Voir arrêt *Dioxyde de titane*, précité, point 23; ainsi que les arrêts du 18 mars 1980, *Commission/Italie* (91/79, Rec. p. 1099, point 8), et (92/79, Rec. p. 1115, point 8). La Cour n'a pas expressément dit, dans l'arrêt *Dioxyde de titane*, que l'article 100 A du traité ne pouvait être utilisé que pour remédier à des distorsions sensibles de la concurrence résultant de la disparité des réglementations nationales, et les défenseurs ont fait valoir ici que, au vu de la jurisprudence antérieure citée, cette condition ne s'appliquait qu'au recours à l'article 100, dont le domaine est défini de façon plus étroite. Il résulte clairement cependant, de son application dans le contexte de l'article 100, que l'argument du défendeur selon lequel ce critère ne vaudrait que pour l'application des règles relatives à la concurrence aux entreprises n'est pas fondé.

103 — Arrêt *Déchets I*, précité dans la note 85 ci-dessus, point 19; voir également l'arrêt du 9 novembre 1995, *Allemagne/Conseil* (C-426/93, Rec. p. I-3723, point 33).

104 — Précité dans la note 85 ci-dessus, points 17 à 20, en particulier point 19.

n'avait pas constitué une base juridique alternative. La Cour a établi une distinction entre, d'une part, la réglementation qui a pour objet principal la gestion effective des déchets dans la Communauté, quelle qu'en soit la provenance, ne produisant que des effets secondaires sur la concurrence et les échanges, y compris les coûts de production, et, d'autre part, la directive sur laquelle portait l'arrêt Dioxyde de titane, qui « vise à rapprocher les règles nationales relatives aux conditions de production dans un secteur déterminé de l'industrie, dans le but d'éliminer les distorsions de la concurrence *dans ce secteur* »¹⁰⁵. Nous en concluons que la contribution d'une mesure donnée à l'homogénéisation des conditions de concurrence dans le secteur qui est censé en bénéficier doit être propre à ce secteur, quels que soient les termes plus ou moins compréhensifs du texte, et ne doit pas être purement accessoire. Il en résulte que les règles communautaires qui ont pour seul effet dans un secteur donné d'interdire l'exercice de l'activité professionnelle concernée ne peuvent être considérées comme contribuant à homogénéiser les conditions de concurrence *dans ce secteur*, quels que puissent être par ailleurs leurs effets sur la concurrence dans un domaine connexe.

92. Les requérants ont invoqué une autre limite possible: le recours à l'article 100 A du traité pour remédier aux distorsions de la concurrence devrait être limité aux matières dans lesquelles la Communauté jouit également d'une compétence matérielle, comme la protection de l'environnement. Nous ne sommes pas convaincu par cet argument. À première vue, l'arti-

cle 100 A ou les dispositions générales du traité relatives aux buts et actions de la Communauté et à la définition du marché intérieur ne contiennent aucune disposition en ce sens. Une telle position est en outre incompatible avec le caractère horizontal de l'article 100 A, et soulève au moins autant de problèmes qu'elle ne prétend en résoudre. Les matières spécifiques dans lesquelles la Communauté est matériellement compétente recouvrent des domaines dans lesquels ses pouvoirs vont d'une compétence très large — comme c'est le cas en matière d'agriculture — à une compétence très restreinte — comme c'est le cas en matière de santé publique. À moins de préciser davantage ce critère, et compte tenu du fait que, comme nous l'avons déjà vu, l'exclusion de la possibilité d'harmonisation à l'article 129, paragraphe 4, ne peut affecter la compétence fondée sur l'article 100 A, cet argument ne peut être interprété comme excluant l'harmonisation des conditions de concurrence dans un secteur qui présente une importance capitale pour la santé publique. Cependant, pour les motifs que nous allons développer ci-après, il n'est pas nécessaire que nous prenions définitivement position sur cet argument.

Les objectifs du marché intérieur — Appréciation concrète

93. Pour déterminer si une mesure communautaire a pour finalité le marché intérieur, il est nécessaire de procéder en deux temps. Il faut tout d'abord s'assurer que les conditions préalables d'une harmonisation existaient, c'est-à-dire que la disparité des réglementations nationales entraînait soit

105 — Précité dans la note 51 ci-dessus, point 20, mis en relief par nos soins.

des entraves à l'exercice des quatre libertés, soit des distorsions des conditions de concurrence dans un secteur économique¹⁰⁶. Il faut, en second lieu, que l'action concrète effectivement entreprise par la Communauté soit compatible avec l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur. Cela implique de rechercher comment le législateur communautaire a essayé de concilier l'exigence principale de dispositions telles que les articles 57, paragraphe 2, et 100 A, à savoir que les mesures adoptées sur leur fondement facilitent la libre circulation ou rendent égales les conditions de concurrence dans un secteur déterminé, avec l'obligation de tenir dûment compte des considérations d'intérêt général, pouvant militer en faveur d'une approche très restrictive de certaines activités économiques.

94. Il a été suggéré, en particulier par la Commission, que cela pose surtout la question de savoir si un acte est approprié ou opportun, ce qui constitue une question de proportionnalité plutôt que de compétence. La Cour ne devrait donc pas, pour cette raison, intervenir à ce stade. Nous ne sommes pas d'accord. Si l'exercice de la compétence communautaire doit être soumis à un contrôle juridictionnel, il ne suffit pas dans ce cas de vérifier si les conditions préalables de l'harmonisation sont remplies, car les articles 57, paragraphe 2, et 100 A du traité ne confèrent pas une compétence universelle, autorisant n'importe quelle harmonisation dès lors que les conditions en sont remplies. La nécessité d'un contrôle concret portant sur l'acte

d'harmonisation effectivement adopté a été reconnue par la Cour dans une formule maintes fois reprise, selon laquelle l'examen de la compétence doit tenir compte «notamment du but et du contenu de la mesure». Dans les affaires telles que celles qui nous occupent, l'analyse concrète de la compétence communautaire doit se limiter à rechercher si la mesure poursuit les objectifs du marché intérieur en vue desquels la compétence a été conférée, tout en se souvenant que cela peut être compatible avec la réalisation parallèle d'autres objectifs complémentaires d'intérêt général qui ne peuvent à eux seuls justifier un recours aux articles 57, paragraphe 2, et 100 A du traité.

95. La Cour a procédé à de tels examens concrets dans le cadre de recours introduits par des États membres qui contestaient la compétence de la Communauté pour agir sur la base des articles 57, paragraphe 2, et 100 A: les affaires Espagne et Garanties des dépôts¹⁰⁷. Dans l'arrêt Espagne, la Cour a examiné et rejeté l'argument selon lequel le règlement n° 1768/92¹⁰⁸ aurait compartimenté le marché communautaire au-delà de la durée des brevets de base nationaux et empêché la libre concurrence avec les entreprises titulaires de brevets pour les opérateurs de l'industrie des médicaments génériques¹⁰⁹. Elle a jugé que l'extension uniformisée de la durée de protection du brevet était un moyen de prévenir une fragmentation du marché des médicaments

106 — Ce sont les deux arguments invoqués en faveur de la validité de la directive sur la publicité, dans les présentes affaires. Nous ne prenons pas position sur le point de savoir s'il existe d'autres bases d'actions sur le fondement des dispositions en cause.

107 — Un tel examen concret est également typique du contrôle opéré par la Cour sur l'applicabilité d'une base juridique plutôt que l'autre, comme dans l'arrêt Dioxyde de titane, précité dans la note 51 ci-dessus et dans les deux arrêts Déchets, analysés plus haut.

108 — Précité à la note 58 ci-dessus.

109 — Précité dans la note 58 ci-dessus, points 30 et 31.

en évitant une évolution hétérogène des législations nationales¹¹⁰, même si une telle protection étendue était inconnue dans la plupart des États membres¹¹¹. La Cour a également examiné l'équilibre obtenu entre les intérêts des entreprises titulaires de brevets et ceux des fabricants de médicaments génériques¹¹². Bien que cela relève clairement du chapitre « proportionnalité », la Cour semble avoir estimé, dans cette affaire, qu'il s'agissait d'un problème de compétence, en vertu des « objectifs énoncés à l'article [7 A du traité] »¹¹³, suggérant ainsi que l'existence ou la sévérité des restrictions imposées à une activité économique (en l'occurrence, celle de la production des médicaments génériques) peut s'avérer pertinente pour la question de savoir si une mesure d'harmonisation doit être considérée comme poursuivant des objectifs du marché intérieur¹¹⁴. L'approche générale que nous avons retenue dans le cadre des présentes affaires se trouve également renforcée par le fait que la Cour, après avoir vérifié que le but du règlement attaqué était lié au marché intérieur, n'a nulle part fait allusion au poids relatif, au sein du système créé par la réglementation, de l'objectif complémentaire consistant à promouvoir la recherche pharmaceutique dans la Communauté.

96. Dans l'arrêt *Garanties des dépôts*, la Cour a examiné le caractère prétendument contraire à l'objectif de l'article 57, para-

graphe 2, du traité de l'interdiction édictée par l'acte attaqué¹¹⁵, empêchant la promotion, par les succursales de banques établies dans d'autres États membres, des avantages offerts par les systèmes nationaux de garantie des dépôts plus protecteurs pour les intérêts des consommateurs que ceux prévus par la directive. La Cour a conclu que la limitation de la couverture maximale ainsi imposée aux succursales implantées dans les autres États membres était « beaucoup moins onéreuse que l'obligation de se soumettre à différentes législations sur les systèmes de garantie des dépôts dans différents États membres d'accueil », avec pour conséquence que même l'implantation dans d'autres États membres de succursales d'établissements de crédit agréés en Allemagne pouvait être considérée comme facilitée par la directive en cause¹¹⁶.

97. Ce type d'appréciation diffère du contrôle de proportionnalité. La question posée, pour vérifier si les conditions de recours à une compétence conférée pour remplir un but fonctionnel sont remplies, est la suivante: l'acte poursuit-il les objectifs du marché intérieur qu'il invoque? Il ne s'agit pas de savoir s'il va plus loin que ce qui est nécessaire pour atteindre ces objectifs. En outre, comme nous l'avons déjà dit, seule nous intéresse à ce stade la réalisation de ces objectifs, puisque c'est le but dans lequel la compétence a été conférée. Lorsqu'il s'agira d'examiner la proportionnalité de l'acte, en revanche, il faudra tenir compte également des autres objectifs de fond qui doivent être poursuivis par les actes se réclamant du marché intérieur, y

110 — Ibidem, points 35 et 36.

111 — Ibidem, point 34.

112 — Ibidem, points 37 à 39.

113 — Ibidem, point 37.

114 — Voir la discussion ci-dessus, aux points 83 à 87, sur le point de savoir si l'adoption de mesures entravant la circulation des biens est compatible avec la poursuite d'objectifs du marché intérieur.

115 — Directive 94/19/CE du Parlement européen et du Conseil, du 30 mai 1994, relative aux systèmes de garantie des dépôts (JO L 135, p. 5).

116 — Ibidem, point 44.

compris la recherche d'un niveau élevé de protection de la santé.

98. Il est clair que, en s'attaquant au contrôle concret de choix législatifs complexes, mettant en cause des intérêts économiques ou autres très divers, la Cour doit normalement accepter l'appréciation portée par le législateur sur l'efficacité d'un acte à l'égard de l'établissement ou du fonctionnement du marché intérieur, censé justifier les contraintes mises en place¹¹⁷. La Cour ne peut substituer sa propre appréciation à celle du législateur, ni mettre en doute l'efficacité d'une initiative politique donnée¹¹⁸. Même s'il s'agit ici de déterminer les limites des compétences législatives communautaires, l'appréciation concrète indispensable portée sur le rapport que présente la mesure adoptée avec ses objectifs annoncés implique, à notre avis, d'utiliser le type de contrôle exercé par la Cour dans le cas où les institutions bénéficient de vastes pouvoirs d'appréciation. Lorsque les institutions « dispose[nt] d'un large pouvoir d'appréciation, notamment quant à la nature et à l'étendue des mesures [qu'elles adoptent], le contrôle du juge communautaire doit se limiter à examiner si l'exercice d'un tel pouvoir n'est pas entaché d'une erreur manifeste ou d'un détournement de pouvoir ou encore si [les institutions n'ont] manifestement pas dépassé les limites de [leur] pouvoir d'appréciation »¹¹⁹.

99. La tâche de la Cour est cependant plus aisée dans le cas où la législation a des effets extrêmes sur le secteur concerné, comme une interdiction. On ne peut présumer que l'interdiction effective par le législateur communautaire d'une activité économique particulière sera contraire en soi aux objectifs du marché intérieur. Mais, dans le même temps, les effets d'une telle interdiction et les conclusions à en tirer du point de vue juridique seront plus facilement identifiés par une juridiction, qui serait beaucoup plus prudente en présence d'équilibres délicats créés par le législateur entre différents intérêts matériels¹²⁰. Cela permet d'apprécier plus facilement s'il existe la concordance nécessaire entre le *contenu* de l'acte édictant une interdiction et l'*objectif* du marché intérieur visé en particulier dans le préambule de l'acte et dans toute autre disposition de fond (telle que l'article 1^{er} de la directive sur la publicité) se référant expressément ou indirectement à ces objectifs. Cette concordance doit, en définitive, être appréciée par référence aux effets discernables de la mesure attaquée. L'objectif précis du marché intérieur qui est poursuivi doit ressortir de la mesure elle-même et ne peut, à notre sens, être complété par la référence à des objectifs plus vastes ou différents à un stade ultérieur¹²¹. Si les effets d'un acte ne sont pas compatibles avec les objectifs du marché intérieur visés par les textes utilisés comme base juridique, et *effectivement invoqués par le législateur*, il faut en conclure que le législateur a commis une erreur manifeste

117 — Voir conclusions de l'avocat général Léger, dans l'affaire Garanties des dépôts, précitée dans la note 52 ci-dessus, point 113.

118 — Voir arrêt Temps de travail, précité dans la note 80 ci-dessus, point 23.

119 — Arrêts du 5 mai 1998, Royaume-Uni/Commission (C-180/96, Rec. p. I-2265, ci-après l'« arrêt BSE », point 60), et du 25 janvier 1979, Racke (98/78, Rec. p. 69, point 5). Rappelons que, à notre avis, le détournement de pouvoir n'a pas été prouvé dans les présentes affaires.

120 — Voir, par exemple, l'arrêt Espagne, précité dans la note 58 ci-dessus, points 38 et 39.

121 — Ce n'est pas tout à fait la même chose de dire que la motivation de l'acte, y compris toute information pertinente quantitative ou qualitative, doit être présentée dans l'acte litigieux de façon plus approfondie que d'habitude. Notre souci n'est pas ici d'examiner l'adéquation des motifs fournis dans la directive sur la publicité [qui sera examinée au point vii] ci-après], mais de fixer clairement la nature de ces motifs ainsi que les objectifs poursuivis afin d'entreprendre le contrôle de fond de la directive par référence à son but et à son contenu.

d'appréciation ou excédé ses pouvoirs d'appréciation.

L'objectif de la directive sur la publicité

100. L'article 1^{er} de la directive énonce que son objectif est «le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de publicité et de parrainage en faveur des produits du tabac». Le premier considérant du préambule part du principe que les différences qui existaient entre les règles nationales dans ce secteur étaient susceptibles de créer des entraves non seulement à la libre prestation des services de publicité et de parrainage pour les produits du tabac, mais également à la libre circulation entre les États membres des produits servant de supports à une telle publicité ou à un tel parrainage. Ces disparités fausseraient également la concurrence. Ces derniers propos ne peuvent être compris que comme se référant à la concurrence entre les prestataires des services en question — de publicité et de parrainage pour le compte de produits du tabac — et entre les producteurs et vendeurs de supports pour cette publicité ou ce parrainage. Dans ces conditions, il est clair qu'il ne s'agit pas de la concurrence dans les secteurs de la publicité et du parrainage en général, qui ne sont mentionnés nulle part dans la directive. De plus, rien dans ce considérant ni ailleurs dans la directive ne permet de penser qu'elle concerne les entraves aux échanges des produits du tabac ou des produits de diversification, ni les distorsions de la concurrence entre les producteurs et distributeurs de tels produits, ni même les distorsions de la concu-

rence entre les producteurs et distributeurs de produits ou services portant des marques associées au tabac, d'une part, et les opérateurs offrant des produits ou services équivalents ne portant pas de telles marques, d'autre part. Le considérant indique, pour finir, que les entraves et distorsions de la concurrence auraient pour effet d'empêcher le fonctionnement du marché intérieur.

101. Le premier considérant peut être compris comme cherchant à démontrer que les conditions d'une action d'harmonisation par la Communauté, sur la base des articles 57, paragraphe 2 et 100 A, sont remplies. Le deuxième considérant explique plus précisément le rapport existant entre la situation actuelle, la réalisation des objectifs du marché intérieur — *but* ostensible d'une mesure adoptée sur la base des articles 57, paragraphe 2, et 100 A — et la mesure effectivement adoptée — son *contenu* ¹²²:

«considérant qu'il y a lieu d'éliminer ces entraves et, à cette fin, de rapprocher les règles relatives à la publicité et au parrainage en faveur des produits du tabac...».

Imperial Tobacco a soutenu que la directive n'incluait pas parmi ses objectifs la lutte contre une distorsion de la concurrence

122 — Bien entendu, nous ne voulons pas distinguer de façon rigide le but du contenu. Il est possible de déduire le but d'une mesure à partir de ses dispositions de fond comme de son préambule — Voir, par exemple, l'arrêt *Protection de la forêt*, précité dans la note 67 ci-dessus, point 13. En l'espèce, cependant, les autres dispositions de la directive sur la publicité ne sont d'aucune aide.

distincte des entraves aux échanges visées dans le deuxième considérant. Nous estimons qu'une telle lecture est trop restrictive. Le huitième considérant fait allusion à l'interdépendance entre les diverses formes de publicité et indique que la directive doit couvrir toutes les formes de publicité (à l'exception de la publicité télévisée) « afin d'éviter tout risque de distorsion de la concurrence ».

102. Nous allons tout d'abord examiner les objectifs que s'est fixé la directive en matière de marché intérieur sous l'angle de l'élimination des entraves aux échanges de produits et services de publicité et de parrainage pour le compte de produits du tabac. Nous pencherons ensuite sur la question de l'homogénéisation des conditions de concurrence dans ces mêmes secteurs d'activité.

Les entraves aux échanges de produits et de services assurant la promotion du tabac

103. Le point de savoir s'il existe ou non un commerce transfrontière significatif portant sur les produits et services liés à la promotion du tabac et, partant, des entraves à ce commerce a été longuement contesté dans les mémoires des parties.

104. La Cour a clairement dit qu'il n'existait pas de règle de *minimis* applicable à l'interdiction, par le traité, des entraves au

commerce résultant des disparités des législations nationales: dans le cadre de la libre circulation des marchandises, par exemple, un acte national est considéré comme constituant une restriction s'il est susceptible d'entraver, directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement, le commerce intracommunautaire « même si l'entrave est faible et s'il existe d'autres possibilités d'écoulement des produits importés »¹²³. Le fait qu'une règle nationale affecte un marché de taille réduite, que ce soit par sa taille géographique ou par référence au volume des échanges intracommunautaires affecté par la règle, est également indifférent pour l'application de l'article 30 du traité¹²⁴. La jurisprudence en matière de services autorise à penser que les mêmes principes s'appliquent dans ce domaine¹²⁵. La Communauté est compétente pour éliminer les obstacles aux échanges de produits et de services par le biais de mesures d'harmonisation fondées sur les articles 57, paragraphe 2, et 100 A du traité, étant précisé que ces derniers tiennent compte de préoccupations d'intérêt général qui conduisent en principe à l'adoption de mesures nationales. Il n'en résulte pas pour autant qu'une telle action serait automatiquement justifiée par des entraves *dérisoires* (« de *minimis* ») aux échanges. On peut au moins affirmer qu'une action d'harmonisation doit être liée à des réglementations nationales produisant des effets autres que *dérisoires* sur les échanges. Le problème ne se pose pas ici parce que les

123 — Arrêt du 5 avril 1984, Van de Haar et Kaveka de Meern (177/82 et 178/82, Rec. p. 1797, point 14). Voir également l'arrêt du 18 mai 1993, Yves Rocher (C-126/91, Rec. p. I-2361, point 21).

124 — Voir arrêt du 3 décembre 1998, Bluhme (C-67/97, Rec. p. I-8033, points 18 à 20 et 22, ainsi que nos conclusions dans cette affaire, points 18 et 19).

125 — Voir, par exemple, l'arrêt du 10 mai 1995, Alpine Investments (C-384/93, Rec. p. I-1141). Il ressort clairement de l'arrêt Bluhme, précité, point 22, que l'exclusion du champ d'application des dispositions du traité en cause dans des affaires telles que l'arrêt du 14 juillet 1994, Peralta (C-379/92, Rec. p. I-3453) d'entraves seulement indirectes ou aléatoires aux échanges de biens ou de services tient au caractère éloigné de leurs effets sur le commerce, plutôt qu'à l'ampleur de ces effets.

règles nationales disparates, dont certaines sont très restrictives, peuvent manifestement avoir des effets directs et importants sur le commerce des prestations de services et des supports servant à la publicité en faveur du tabac. La question de savoir si le niveau des échanges intracommunautaires de produits et de services qui se trouvent affectés est important en valeur absolue ou par rapport aux échanges purement internes peut également être envisagée. Cependant, elle intéresse moins l'analyse de la compétence que l'application du principe de proportionnalité, où il s'agit de déterminer si la portée d'une règle est trop large (par exemple, parce qu'elle affecte un commerce national important en même temps que des échanges intracommunautaires relativement limités) et, partant, la question de savoir si les effets trop vastes de la mesure excèdent ses avantages pour le marché intérieur.

105. Nous ne sommes pas convaincu par l'argument de la République fédérale d'Allemagne selon lequel il n'existerait pas de prestations de services transfrontières dans le domaine de la publicité ou du parrainage pour le compte du tabac ¹²⁶ susceptibles de souffrir de la disparité des réglementations nationales de cette activité économique ¹²⁷. De tels services peuvent être fournis, par exemple, par une agence internationale de

publicité établie dans un État membre en vue d'une utilisation dans toute la Communauté ou dans une partie de celle-ci ¹²⁸, ou par une agence locale en vue d'un usage purement interne, mais pour le compte d'un client international (y compris, éventuellement, une agence internationale de publicité) et peuvent inclure la conception de marques, de thèmes, de slogans, de campagnes de publicité, la commande de travaux d'art, l'engagement de modèles ou d'acteurs pour créer des images publicitaires, des films, etc., et le placement de publicités auprès de divers médias, ou de parrainage auprès de diverses organisations, manifestations ou équipes sportives, artistiques, ou autres, ainsi que l'organisation de la distribution directe de cadeaux gratuits ou d'autres matériels de publicité au public. La fourniture de tels services à titre onéreux constitue à l'évidence une activité de nature commerciale. Seule l'interdiction totale d'une prestation de services particulière dans tous les États membres pour des motifs d'ordre public la ferait échapper au domaine du traité ¹²⁹, ce qui n'est pas le cas pour la promotion du tabac. Le parrainage d'équipes ou d'événements, en contrepartie de la reconnaissance de la contribution du sponsor ou de la mise à disposition de matériel de promotion (qui peuvent également apparaître dans la retransmission télévisée ou radiodiffusée d'événements sponsorisés) constitue aussi la fourniture d'un service rémunéré par le premier au profit du second ¹³⁰. Il paraît établi, au vu des éléments fournis à la Cour, que de telles activités sont assez courantes.

126 — La promotion des produits de diversification, régie par l'article 3, paragraphe 3, sous b), de la directive — produits autres que le tabac portant des noms, marques ou emblèmes ou autres signes distinctifs utilisés pour les produits du tabac — est considérée comme une forme de promotion indirecte du tabac et est, pour cette raison, incluse dans l'examen ci-après de la promotion des produits du tabac, sauf lorsque des aspects de ce sujet seront isolés pour faire l'objet d'une analyse distincte.

127 — Sur les restrictions non discriminatoires apportées à la libre prestation de services, voir l'arrêt du 24 mars 1994, Schindler (C-275/92, Rec. p. I-1039, point 43), ainsi que l'arrêt du 25 juillet 1991, Säger (C-76/90, Rec. p. I-4221, point 12).

128 — Un service offert dans l'État membre B par une agence établie dans un État membre A pour le compte d'un client établi en un autre point quelconque de la Communauté, y compris l'État membre A, relève des dispositions du traité sur la libre prestation de services. Voir, par exemple, l'arrêt du 26 février 1991, Commission/France (C-154/89, Rec. p. I-659, point 9), concernant les activités des guides pour touristes.

129 — Arrêt Schindler, précité dans la note 127 ci-dessus, point 32.

130 — Arrêt du 11 avril 2000, Deliège (C-51/96 et C-191/97, Rec. p. I-2549, point 57).

106. Il peut y avoir restriction à la libre prestation de services, prévue à l'article 59 du traité, dans le cas où une agence de publicité qui propose légalement des services visant à promouvoir des produits du tabac à un opérateur établi dans un autre État membre se trouve empêchée de le faire, du fait de l'existence d'une conception nationale plus restrictive de la publicité et du parrainage pour le compte des produits du tabac. De même, la prestation de services demandée, par exemple, par des équipes sportives, des orchestres, des expositions itinérantes ou des compétitions sportives se déroulant en plusieurs lieux se heurte à un obstacle dans le cas où le parrainage que ces clients pourraient légalement accepter et rendre public dans un État membre se trouve interdit ou soumis à d'autres conditions dans un autre État membre. La fourniture de services de radiodiffusion transfrontière pourrait également se trouver entravée par des règles nationales tenant au contenu publicitaire de ces diffusions¹³¹.

107. La catégorie des produits susceptibles d'être touchés par des entraves aux échanges au sens de la directive sur la publicité nous paraît être plus réduite. À notre avis, il ne peut s'agir que des produits circulant entre les États membres qui ne font pas exclusivement office dans un cas donné de supports de publicité ou de parrainage pour

le compte de produits du tabac. L'exemple le plus évident de ces produits est fourni par les journaux et les magazines, qui ont normalement à la fois un contenu journalistique de fond et un autre contenu publicitaire, et dont la circulation dans les autres États membres se trouve entravée, de façon effective ou potentielle, par le fait que des publicités en faveur du tabac, qui sont licites dans l'État membre de production, se trouvent interdites ou soumises à d'autres conditions dans un autre État membre. Nous estimons que l'on ne peut prendre en considération, dans le contexte des produits, ni les cigarettes distribuées gratuitement à des fins promotionnelles (vraisemblablement fournies par le fabricant) ni les supports mobiles de publicité ou de parrainage tels que les voitures de course ou les tenues des équipes sportives utilisées dans les événements internationaux, puisqu'ils ne font pas, dans ces conditions, l'objet d'échanges même s'ils franchissent les frontières¹³². Toutefois, l'organisation d'une campagne de distribution ou d'un programme de parrainage (ainsi que l'acceptation d'un parrainage promotionnel) peut comporter des aspects transfrontières susceptibles d'être affectés par l'existence de règles nationales disparates. En ce qui concerne les éléments qui fonctionnent exclusivement comme supports de publicité pour le tabac — affiches, brochures, prospectus, etc. — il est sans doute préférable de les examiner sous l'angle du service de publicité dont ils sont l'expression tangible¹³³, même s'ils font, en un sens, l'objet d'un commerce par eux-mêmes (par exemple, la fourniture par un imprimeur de documents imprimés à une agence de publicité).

131 — Voir l'examen ci-dessus de la directive 89/552. La publicité transfrontière à titre onéreux, effectuée à la télévision, constitue la fourniture d'un service au sens de l'article 59 du traité, ainsi qu'il a été jugé dans l'arrêt du 26 avril 1988, *Bond van Adverteerders e.a.* (352/85, Rec. p. 2085).

132 — Cependant, les dispositions du traité sur la libre circulation des marchandises s'appliqueraient au commerce indépendant des répliques de vêtements de sport qui portent souvent les mêmes slogans de parrainage et pourraient être considérés comme étant des « produits servant de support pour cette publicité ou ce parrainage ».

133 — Voir arrêt *Schindler*, précité dans la note 127 ci-dessus, point 22.

108. Nous concluons par conséquent que les conditions nécessaires pour que la Communauté exerce ses pouvoirs d'harmonisation en matière d'échanges transfrontières de produits et services étaient bien en l'occurrence remplies. Reste donc à examiner la méthode choisie par la directive sur la publicité pour s'attaquer à ces entraves non discriminatoires aux échanges de produits et de services.

L'harmonisation opérée par la directive sur la publicité

109. L'élément principal de la directive est une interdiction extensive de la publicité directe et indirecte ainsi que du parrainage pour le compte de produits du tabac. En réalité, sans toucher à la prohibition déjà édictée par la directive 89/552 à l'égard de la publicité télévisée, l'article 3, paragraphe 1, de la directive sur la publicité édicte une interdiction formulée en termes généraux, mais l'application de cette directive fait ensuite l'objet d'un certain nombre d'exceptions explicites à l'article 3, paragraphe 5.

110. On a beaucoup débattu de l'importance économique et promotionnelle de ces exceptions par rapport à l'ensemble de l'activité publicitaire en faveur du tabac. La controverse sur le point de savoir si, en définitive, la directive impose ou non une «interdiction totale» de la publicité en faveur des produits du tabac constitue un litige sémantique. À notre avis, au regard de la publicité en faveur du tabac considé-

rée dans son ensemble, ces exceptions ont une portée mineure. L'interdiction peut être qualifiée de compréhensive. Elle interdit toute publicité à l'adresse des consommateurs par les opérateurs communautaires en dehors des points de vente.

111. Compte tenu de cette interdiction compréhensive, il faut rechercher comment le marché intérieur est censé bénéficier de la directive. Le point capital est, comme l'a dit en particulier Imperial Tobacco, que la directive ne cherche pas à harmoniser les règles existantes dans le domaine des formes limitées de publicité qu'elle n'interdit pas elle-même. Toutes choses restant égales par ailleurs, on aurait pu concevoir que les échanges de services et de produits dans les secteurs exemptés soient implicitement libéralisés par l'adoption de mesures harmonisant — en interdisant — de larges pans de l'activité économique en question. Mais ce n'est pas ce que fait la directive. Le paragraphe 5 montre parfaitement bien que la directive n'est pas destinée à avoir de tels effets libéralisateurs, même pour autoriser une telle publicité sous réserve de conditions, puisqu'il laisse la possibilité aux États membres d'imposer des conditions plus strictes dans les secteurs exemptés, pour protéger la santé. Bien que les mesures nationales de ce type doivent elles aussi être conformes au traité, la directive n'empêche aucunement qu'elles continuent de s'appliquer aux aspects de la publicité en faveur du tabac qui échappent à son interdiction harmonisée et quasi générale.

112. En parvenant à une telle conclusion, nous avons gardé à l'esprit le fait que, même si des règles harmonisées avaient été

adoptées pour les formes de publicité non prohibées par la directive, les États membres auraient eu la possibilité d'invoquer l'article 100 A, paragraphe 4, du traité pour continuer d'appliquer leurs mesures nationales plus restrictives en vue de protéger la santé. Cependant, le premier point à considérer est qu'une telle procédure n'est pas applicable lorsque la mesure est relative à des entraves à la libre prestation de services, car, dans ce cas, c'est l'article 57, paragraphe 2, et non l'article 100 A du traité qui fournit la base juridique adéquate. Et, au demeurant, l'hypothèse envisagée plus haut serait tout à fait différente de la situation qui résulte de l'absence d'harmonisation dans le domaine visé à l'article 3, paragraphe 5, de la directive. En effet, le recours à l'article 100 A, paragraphe 4, est soumis à une procédure spéciale de confirmation contrôlée par la Commission, dont les décisions peuvent être contestées en justice par les États membres¹³⁴. Les États membres ne peuvent agir unilatéralement sans l'approbation de la Commission¹³⁵. Un refus de confirmation par la Commission oblige l'État membre à demander l'annulation de la décision de la Commission avant de pouvoir agir¹³⁶. Et si, en l'absence d'une telle confirmation, l'État membre ne transpose pas une directive d'harmonisation dans les délais, cette directive peut produire des effets directs devant ses juridictions nationales¹³⁷. Dans ces circonstances, on ne peut prétendre, sans remettre en cause l'effet utile de l'action communautaire fondée sur l'article 100 A du traité, dans de nombreux domaines, que toute forme de libéralisation harmonisée, qu'elle soit totale ou condi-

tionnelle, des secteurs visés à l'article 3, paragraphe 5, de la directive aurait automatiquement abouti à une situation d'effet semblable à celle créée par la directive.

113. Il nous semble résulter de ce qui précède que la directive sur la publicité ne peut être considérée comme éliminant des entraves et, par conséquent, comme facilitant la circulation des services dont le contenu est exclusivement consacré à la publicité ou au parrainage pour le compte des produits du tabac, y compris les services qui prennent la forme matérielle de produits tels que les brochures imprimées, les prospectus ou les affiches, et les aspects de service que représente la distribution gratuite de produits du tabac. Le *seul* effet de la directive, à l'intérieur de son large champ d'application, est d'interdire le commerce des services en question. Il n'existe aucun bénéfice venant compenser cette interdiction pour les entreprises opérant dans le secteur de ces services. Les entraves existantes résultant de la disparité des règles nationales continuent de subsister dans les domaines non régis par la directive. Bien qu'un tel but ne soit pas expressément formulé, il est cependant clair, tant au vu du contenu de la directive que de son objectif complémentaire de prise en compte de la protection de la santé des personnes¹³⁸, qu'elle est destinée dans son principe même à réduire les échanges des services en question, ou, tout au moins, qu'un tel résultat est inévitable. Du point de vue juridique, une mesure dont le seul effet est d'interdire une activité économique ne peut, à notre sens, être considérée comme éliminant des entraves aux échanges *dans ce même secteur professionnel*. Nous en concluons que le législateur communau-

134 — Arrêt du 17 mai 1994, France/Commission (C-41/93, Rec. p. I-1829).

135 — Arrêt du 1^{er} juin 1999, Kortas (C-319/97, Rec. p. I-3143, points 28 et 36).

136 — Ibidem, point 27. Voir, par exemple, les affaires Allemagne/Commission (C-512/99) et Danemark/Commission (C-3/00), toutes deux pendantes.

137 — Arrêt Kortas, précité, point 22.

138 — Voir quatrième considérant de la directive.

taire a commis une erreur manifeste d'appréciation quant aux avantages que la directive est censée apporter aux entreprises opérant dans le secteur concerné, ainsi qu'à l'établissement et au fonctionnement du marché intérieur.

114. Il en irait autrement si la directive sur la publicité ne concernait que les échanges de services et de produits qui, tout en servant de supports pour la publicité et le parrainage, ont également une autre fonction et une valeur économique distincte. La fourniture de programmes de radiodiffusion transfrontière constitue un tel service. La raison d'être de l'interdiction de la publicité ou du parrainage liés au tabac à la radio est exactement la même que celle qui a commandé son interdiction plus tôt à la télévision. Constitue un autre exemple de ce type de service le parrainage fourni par des équipes ou organisations sportives elles-mêmes dans des sports ambulants tels que les courses de formule 1. Offrent deux autres illustrations des produits en question, déjà mentionnés, les journaux et les magazines, d'une part, et les répliques de vêtements de sport, d'autre part. Dans tous ces cas, bien que la rentabilité de l'activité puisse se trouver affectée par l'interdiction de la publicité et du parrainage pour le compte de produits du tabac, il n'est pas du tout évident que le législateur communautaire ait commis une erreur d'appréciation en concluant que leur libre circulation ou leur fourniture transfrontière serait facilitée par des règles uniformes régissant le contenu de la publicité ou du parrainage, éliminant les restrictions réelles ou poten-

tielles produites par l'existence de régimes nationaux disparates¹³⁹.

115. L'analyse qui précède vaut également mutatis mutandis pour l'interdiction, édictée par l'article 3, paragraphe 3, sous b), de la directive, au sujet de la publicité et du parrainage pour le compte de produits autres que ceux du tabac, mais portant des noms, marques, symboles ou autres éléments distinctifs utilisés pour un produit du tabac (les produits de diversification). La situation est plus complexe pour la publicité en faveur des produits et services déjà mis dans le commerce de bonne foi antérieurement au 30 juillet 1998 sous une marque également utilisée pour des produits du tabac¹⁴⁰. Les États membres peuvent, en vertu de l'article 3, paragraphe 2, de la directive, autoriser l'utilisation de cette marque pour la publicité de ces autres produits ou services. Il s'ensuit que les règles gouvernant la prestation des services de publicité dans ce domaine n'ont pas été totalement harmonisées. Certaines conditions sont imposées pour que cette publicité soit admise — il faut que le nom soit utilisé sous un aspect clairement distinct de celui utilisé pour le produit du tabac, à l'exclusion de tout autre signe distinctif déjà utilisé pour un produit du tabac — mais cela vise seulement à interdire les types de promotion non conformes, sans se préoccuper nullement de la disparité des règles nationales régissant les formes de publicité en faveur des produits et services en question qui échappent à l'interdiction. Ainsi, cette disposition aboutit à combiner curieusement les tendances à l'interdiction

139 — Voir, par exemple, l'article 5 de la première proposition de directive qui a précédé l'adoption de la directive sur la publicité, qui entendait interdire aux États membres de s'opposer au commerce des publications conformes.

140 — L'article 3, paragraphe 2, de la directive ne dit rien au sujet du parrainage.

ou à l'absence d'harmonisation qui caractérisent la structure de la réglementation dans son ensemble. En outre, puisque les États membres demeurent libres d'autoriser ou d'interdire la publicité conforme à la condition précitée de différenciation de la marque, cette disposition ne contribue même pas à éliminer des entraves à la libre prestation transfrontière de services ou aux échanges intracommunautaires de produits ne faisant pas exclusivement office de supports de publicité pour le tabac, tels que la radio et les journaux. Qui plus est, le fait que l'article 3, paragraphe 2, crée une exception optionnelle à l'interdiction édictée par le droit communautaire implique probablement que les disparités qui en résulteront entre les réglementations nationales échapperont à un examen au titre des articles 30 à 59 du traité. Nous en concluons que cette disposition ne contribue en rien à l'élimination des entraves aux échanges des produits et services associés à la publicité en faveur du tabac et que, par voie de conséquence, les articles 57, paragraphe 2, et 100 A du traité ne constituaient pas des bases juridiques adéquates pour son adoption.

116. L'article 3, paragraphe 3, sous a), de la directive sur la publicité appelle également une attention particulière. Cette disposition impose aux États membres de veiller à ce qu'aucun produit du tabac ne porte un nom, une marque, un symbole ou un autre élément distinctif d'un autre produit ou service, à moins que le produit du tabac n'ait déjà été commercialisé sous ce nom avant le 30 juillet 2001, date d'expiration du délai de transposition de la directive. Le but de cette disposition ne

ressort pas directement du préambule de la directive, puisqu'il n'est nulle part question d'une telle action. Les marques des produits du tabac ne relèvent même pas, en tant que telles, de la large définition de la publicité fournie à l'article 2, point 2, de la directive. Tout au plus peut-on suggérer que l'article 3, paragraphe 3, sous a), vise à éviter que les produits du tabac ne bénéficient indirectement de la libre publicité pour les produits autres que le tabac dont ils partagent la marque en vertu d'une forme de diversification inversée¹⁴¹. Cela pourrait présenter un intérêt pour le marché intérieur des services de publicité et des médias en général, si la directive était destinée à lutter contre la disparité des règles nationales autorisant la publicité des produits autres que le tabac mais portant des marques communes. Cependant, un tel objectif n'est pas cité par le législateur communautaire et n'apparaît nulle part ailleurs. La disposition ne semble pas présenter de lien direct avec la réalisation du marché intérieur des services et des produits liés à la publicité et au parrainage pour le compte des produits du tabac, puisque cette activité économique est, comme nous l'avons vu, interdite, avec très peu d'exceptions, quelle que soit la marque des produits du tabac en question. Nous en concluons, par conséquent, que, eu égard aux objectifs du marché intérieur invoqués par le législateur communautaire, celui-ci n'était pas compétent pour adopter une disposition telle que l'article 3, paragraphe 3, sous a), de la directive sur le fondement des articles 57, paragraphe 2, et 100 A du traité.

141 — Cela constitue également une règle d'harmonisation à l'égard des produits concernant la présentation, susceptible d'intéresser la libre circulation des produits du tabac dans la Communauté, mais, comme nous l'avons vu, cela n'apparaît pas dans les objectifs de la directive. Compte tenu de l'existence de l'objectif parallèle de protection de la santé publique de la directive, tel que cet objectif est énoncé, en particulier, dans le quatrième considérant, il est difficile de croire qu'elle vise à faciliter le commerce des produits du tabac.

La distorsion de la concurrence

117. Recherchons à présent si la directive peut être considérée comme susceptible d'éliminer des distorsions de la concurrence, censées résulter de l'application de règles nationales disparates à la promotion du tabac par le biais de supports publicitaires autres que les supports non exclusifs. Nous ne reviendrons plus en effet sur la situation des supports et médias non exclusifs, tels que les émissions de radio, les journaux, les manifestations sportives « mobiles », les événements artistiques, les équipes, les orchestres, etc., puisque nous avons déjà conclu que le législateur communautaire aurait été compétent, en vertu de l'article 57, paragraphe 2, et 100 A du traité, pour interdire la publicité et le parrainage assurant la promotion du tabac dans un tel cas, pour les motifs que nous avons vus. Nous contenterons par conséquent d'analyser l'incidence sur la concurrence de l'interdiction de principe de la publicité et du parrainage pour le compte des produits du tabac, édictée à l'article 3, paragraphe 1, de la directive. Les effets de l'article 3, paragraphes 2 et 3, peuvent être appréciés par extrapolation à partir de l'analyse que nous avons déjà effectuée à propos de l'élimination des entraves aux échanges.

118. Rappelons à nouveau que, comme nous l'avons déjà vu plus haut, la compétence attribuée à la Communauté par

l'article 100 A du traité en vue d'harmoniser les règles nationales dans le but de permettre une concurrence non faussée n'autorise à adopter que des mesures intéressant les conditions d'un secteur spécifique¹⁴², autrement que de manière purement accessoire, et que le secteur économique concerné par la directive sur la publicité est celui de la publicité et du parrainage pour le compte des produits du tabac ainsi que le commerce associé des produits des médias¹⁴³. Il n'est donc pas nécessaire de rechercher si et comment la concurrence a été faussée dans le secteur en question ni si de telles distorsions étaient substantielles ou supérieures à un seuil applicable. À notre avis, la directive ne peut tout simplement pas être considérée comme contribuant à rendre égales les conditions de concurrence dans le secteur visé, pour la simple raison, soulignée plus haut, qu'elle fait disparaître, dans une très grande mesure, le secteur en question et que, lorsqu'elle ne le fait pas, elle ne procède pas à une harmonisation des conditions.

119. Nous rejetons l'idée que, même si les États membres restent libres d'adopter des règles disparates pour les formes de publicité qui ne sont pas couvertes par l'interdiction, en vertu de l'article 3, paragraphe 5, de la directive, la concurrence dans ces domaines serait, néanmoins, rendue homogène en grande partie par le fait que les opérateurs publicitaires sont exclus des domaines interdits. Cet argument s'appuie

142 — Voir l'analyse de l'arrêt Dioxyde de titane, précité dans la note 51 ci-dessus et de l'arrêt Déchets I, précité dans la note 85 ci-dessus, au point 91 ci-dessus.

143 — Voir points 99 à 102 ci-dessus.

sur les effets potentiels à l'égard de la concurrence, qu'aurait, dans le cadre des formes admises de publicité, le refus d'économies d'échelle pour tous les opérateurs du marché du fait de l'exclusion de tous d'une large part du marché — effets qui sont, dans le meilleur des cas, indirects et éloignés. Cela importe peu pour les fournisseurs d'espaces publicitaires — publications commerciales, détaillants et publications des pays tiers — puisque, en tout état de cause, ils n'ont pas de lien nécessaire avec les médias interdits. Pour les fournisseurs de services de publicité générale à l'industrie du tabac, tels que les agences de publicité, l'égalisation des conditions de concurrence dans les secteurs restants de cette activité, par le biais d'une suppression pure et simple de vastes pans d'une activité connexe, constitue un avantage concurrentiel très indirect. Son effet ne peut, à notre avis, être comparé à celui d'une réglementation harmonisée (y compris au besoin par la voie d'interdictions) régissant les entrées et sorties d'un secteur spécifique destiné à bénéficier de conditions de concurrence uniformes, comme dans l'arrêt *Dioxyde de titane*. À notre avis, il y a lieu d'appliquer dans les cas d'espèce le principe de l'arrêt *Déchets I*¹⁴⁴, où il a été jugé que, si la législation en cause affectait le fonctionnement du marché intérieur, son effet n'était pas suffisant pour que l'article 100 A du traité s'applique en présence d'un effet purement accessoire. Nous avons déjà indiqué qu'il s'agissait d'une affaire dans laquelle les effets de l'acte sur les conditions de concurrence dans les secteurs concernés étaient trop éloignés pour que la directive puisse être valablement adoptée sur la base de l'article 100 A, même en l'absence d'autres bases juridiques possibles. Nous confirmons cette opinion dans les présents cas où il est clair que l'article 129 du traité n'offre pas une telle solution alternative.

120. Il en résulte que le législateur communautaire a commis une erreur manifeste d'appréciation ou a excédé ses pouvoirs discrétionnaires en prétendant qualifier la directive sur la publicité de mesure destinée à garantir des conditions de concurrence non faussées dans le secteur de la publicité et du parrainage pour le compte des produits du tabac.

Conséquences: nullité et séparabilité

121. Nous avons conclu que le législateur communautaire n'était pas compétent pour adopter la directive sur aucun des fondements invoqués — élimination des entraves au commerce des produits et des services ou homogénéisation des conditions de concurrence — dans le cas où il s'agit de la publicité effectuée dans des médias qui, en tout état de cause, contiennent exclusivement de la publicité en faveur du tabac. Si la Cour admet que la directive sur la publicité n'a pas été valablement adoptée sur la base juridique dont elle se prévaut, il résulte de l'article 174 du traité (devenu article 231 CE) qu'elle doit « déclarer nul l'acte contesté ».

122. En revanche, le législateur communautaire aurait, à notre avis, été compétent au regard de la libre circulation invoquée dans la directive pour interdire la publicité et le parrainage pour le compte de produits du tabac au moyen de supports qui ont également un autre contenu indépendant et pour lesquels il existe un élément de service ou d'échanges distinct, tel que les journaux

¹⁴⁴ — Précité dans la note 85 ci-dessus, points 18 et 19.

ou les émissions de radio. Quelles sont les conséquences de cette conclusion, si elle est admise, pour l'arrêt de la Cour dans les présentes affaires? La Cour peut certainement — comme elle le fait souvent — n'annuler qu'une partie de l'acte. La Cour n'a pas donné d'indications générales sur le point de savoir comment scinder un acte législatif en parties valables et en parties qui ne le sont pas. Néanmoins, il nous semble qu'elle choisit la voie de l'annulation partielle dans le cas où deux conditions sont réunies: tout d'abord, lorsqu'une disposition est distincte et donc séparable sans modifier le reste du texte; et, ensuite, lorsque l'annulation de cette disposition n'affecte pas la cohérence globale de la réglementation dans laquelle elle s'insère.

123. L'arrêt Temps de travail¹⁴⁵ en est une bonne illustration. La Cour a annulé la deuxième phrase de l'article 5 de la directive 93/104/CE du Conseil, du 23 novembre 1993, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail¹⁴⁶, où le dimanche était choisi, en principe, comme jour de repos hebdomadaire. Cette disposition a été annulée en particulier parce que le Conseil n'avait pas indiqué comment le repos pris ce jour-là serait plus étroitement lié qu'un autre jour de la semaine à la santé et à la sécurité des travailleurs — qui constituaient l'objectif de la directive attaquée. La Cour a explicitement déclaré que cette phrase était séparable du reste et il est clair qu'elle a considéré que sa suppression ne perturberait pas la réglementation, puisque la

disposition n'avait pas de rapport avec l'objectif de celle-ci.

124. La Cour a également abordé le problème des annulations partielles dans d'autres contextes, non législatifs. Ainsi, dans l'arrêt Consten et Grundig/Commission, la Cour a jugé que, dans le cas d'espèce, la Commission avait omis d'expliquer, dans la décision attaquée, pour quelles raisons elle interdisait la totalité d'un accord entre les entreprises considérées, pour contrariété à la concurrence, plutôt que certaines parties séparables du reste de l'accord, mais a également relevé qu'une telle interdiction pouvait s'appliquer «à l'accord dans son ensemble si ces éléments n'apparaissent pas séparables de l'accord lui-même»¹⁴⁷. Dans l'arrêt Transocean Marine Paint/Commission, la Cour n'a annulé que la disposition, contestée par l'association concernée, d'une décision plus vaste de la Commission, en dépit de son importance, parce qu'elle était susceptible d'être séparée des autres dispositions et parce que la décision, considérée dans son ensemble, était favorable aux intérêts des entreprises concernées¹⁴⁸. À notre sens, cela signifie que la Cour s'est souciée de la cohérence des dispositions restantes après avoir opté pour une annulation purement partielle.

125. Nous sommes d'avis que, sur la question de la cohérence des réglementations, l'approche retenue dans les systèmes juridiques où les juridictions ont le pouvoir d'annuler les lois au regard de dispositions

145 — Précité dans la note 80 ci-dessus, point 37.

146 — JO L 307, p. 18.

147 — Arrêt du 13 juillet 1966 (56/64 et 58/64, Rec. p. 429).

148 — Arrêt du 23 octobre 1974 (17/74, Rec. p. 1063, point 21).

d'une Constitution écrite, peut présenter une utilité.

126. Ainsi la Cour suprême d'Irlande a-t-elle jugé que:

« [T]here is a presumption that a statute or a statutory provision is not intended to be constitutionally operative only as an entirety. This presumption, however, may be rebutted... if what remains is so inextricably bound up with the part held invalid that the remainder cannot survive independently, or if the remainder would not represent the legislative intent, the remaining part will not be severed and given constitutional validity. It is essentially a matter of interpreting the will of the legislature in the light of the relevant constitutional provisions... If the courts were to sever part of a statutory provision as unconstitutional and seek to give validity to what is left so as to produce an effect at variance with legislative policy, the Court would be invading a domain exclusive to the legislature and thus exceeding the court's competency... » ¹⁴⁹.

Et, pour la Supreme Court des États-Unis, dans *Lynch/US*, le juge Brandeis a déclaré que:

« It is true that a statute bad in part is not necessarily void in its entirety. A provision

within the legislative power may be allowed to stand if it is separable from the bad. But no provision, however unobjectionable in itself, can stand unless it appears both that, standing alone, the provision can be given legal effect and that the legislature intended the unobjectionable provision to stand in case other provisions held bad should fall » ¹⁵⁰.

Nous serions favorable à l'adoption expresse d'une approche semblable en droit communautaire.

127. Or, aucune des conditions précitées n'est remplie ici. Tout d'abord, si une interdiction de la publicité effectuée par certains médias peut être jugée légitime, elle ne correspond à aucune formulation distincte au sein de la directive sur la publicité. L'article 2, points 1 et 2, de la directive définit la publicité et le parrainage en termes généraux, puis l'article 3, paragraphe 1, édicte une interdiction générale à l'égard de cette publicité et de ce parrainage. Il n'est pas question de publicité ou de parrainage effectués dans des médias particuliers, si ce n'est ceux qui font l'objet d'un traitement particulier à l'article 3, paragraphe 5. Ainsi, toute décision d'annulation, pro tanto, obligerait la Cour à réécrire la directive par voie d'interprétation. Il n'existe donc aucune disposition

150 — 292 US 571 (1934). Il semble que les juridictions des États-Unis n'appliquent pas la première condition énoncée, c'est-à-dire qu'elles puissent annuler une loi ou une disposition légale d'application générale en ce qui concerne certaines applications et non d'autres. Leur effort de respect de la volonté du législateur est d'autant plus réel qu'une approche plus stricte est adoptée en matière de séparabilité des dispositions législatives.

149 — *Maher/Attorney General IR 1973 140*.

clairement séparable, susceptible d'éviter une décision d'annulation pure et simple.

128. Ensuite, les parties de la directive qui seraient maintenues ne correspondraient qu'à une partie de l'objet de l'interdiction, alors que celle-ci a manifestement été conçue en termes généraux par le législateur communautaire. La Cour abattrait l'arbre tout en permettant à certaines branches de survivre, en dépit du fait que le huitième considérant de la directive souligne l'interdépendance entre les diverses formes de publicité et le risque de distorsion de la concurrence entre elles. Quel que soit le bien-fondé de cette dernière appréciation, il apparaît avec évidence, à la fois à la lecture de ce considérant et de l'article 2, point 2, ainsi que de l'article 3, paragraphe 1, que le législateur communautaire voulait prendre (sous réserve de certaines exceptions spécifiques à l'article 3, paragraphes 2 et 5) une mesure d'application générale et indifférenciée, et non une mesure limitée à certains moyens particuliers de publicité ou de parrainage. Toute tentative judiciaire de réécriture de la directive serait ainsi contraire au principe de la sécurité juridique: il serait extrêmement difficile de donner une description appropriée — puisqu'il n'en existe pas dans la directive — des parties de l'interdiction de la directive susceptibles de survivre (en supposant qu'elles ne soient pas sanctionnées par référence à l'un des autres moyens d'annulation soulevés dans ces affaires).

129. C'est pourquoi nous suggérons à la Cour d'annuler la directive sur la publicité dans son intégralité.

130. Notre examen des autres moyens d'annulation invoqués par les requérants sera nécessairement plus bref que la partie principale. Nous ne pouvons pas nous essayer à deviner quelle approche la Cour retiendra si elle devait rejeter nos conclusions principales. Cela vaut en particulier pour le principe de proportionnalité, où il faudrait alors envisager plusieurs hypothèses différentes.

ii) *Le principe de subsidiarité*

131. Bien qu'il existe un lien entre la base juridique et le principe de subsidiarité, la question posée est différente. Il ne s'agit pas de savoir si la Communauté était compétente pour adopter l'acte attaqué, mais de savoir si elle aurait dû exercer cette compétence ¹⁵¹.

132. Le principe de subsidiarité est apparu pour la première fois dans le traité dans le cadre limité des nouvelles compétences communautaires accordées en matière d'environnement, et ajoutées par l'Acte unique européen ¹⁵². Ce principe a été inséré plus généralement à l'article 3 B du traité par le

151 — Pour une analyse comparable, quoique non identique, voir les conclusions de l'avocat général Léger dans l'affaire Temps de travail, précitée dans la note 80 ci-dessus, points 126 et 127.

152 — L'article 130 R, paragraphe 4, du traité CEE prévoyait que «la Communauté agit... dans la mesure où les objectifs visés... peuvent être mieux réalisés au niveau communautaire qu'au niveau des États membres pris isolément». Cette disposition a été supprimée par le traité sur l'Union européenne lors de son entrée en vigueur le 1^{er} novembre 1993.

traité sur l'Union européenne. Le deuxième alinéa de l'article 3 B est ainsi rédigé:

« Dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, la Communauté n'intervient, conformément au principe de subsidiarité, que si et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les États membres et peuvent donc, en raison des dimensions et des effets de l'action envisagée, être mieux réalisés au niveau communautaire. »

133. Ce principe concerne exclusivement le choix entre action communautaire et action des États membres. Pour cette raison, et ne serait-ce que pour cette raison¹⁵³, il n'est au mieux que la traduction partielle du souhait exprimé dans le préambule ainsi qu'à l'article A du traité sur l'Union européenne que « les décisions [soient] prises... le plus près possible des citoyens ». En cas d'action des États membres, le degré de proximité vis-à-vis du citoyen dépendra de la Constitution et des structures internes propres à l'État membre concerné. Pour la même raison, il ne semble pas utile de discuter du contenu ou de l'application du principe plus vaste, selon lequel il est injuste « de retirer aux groupements d'ordre inférieur, pour les confier à une collectivité plus vaste et d'un rang plus élevé, les

153 — L'article L du traité sur l'Union européenne (devenu, après modification, article 46 UE) n'inclut pas l'article A ni l'article B (devenus, après modification, articles 1^{er} UE et 2 UE), qui exigent eux aussi que l'Union respecte le principe de subsidiarité, parmi les dispositions sur lesquelles la Cour peut exercer ses pouvoirs juridictionnels.

fonctions qu'ils sont en mesure de remplir eux-mêmes»¹⁵⁴. Pour cette seule raison, notre analyse de ces affaires au regard du principe de subsidiarité sera tout à fait limitée.

134. Les présentes affaires concernent la portée et l'applicabilité de ce principe, tel que formulé dans le traité. Il est défini et circonscrit par les premiers mots de l'article 3 B, deuxième alinéa:

« Dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive... »

135. Rechercher si le principe s'applique aux cas d'espèce revient à se demander si une action d'harmonisation au titre des articles 57, paragraphe 2, et 100 A du traité relève de la compétence exclusive de la Communauté. Dans l'affirmative, le principe de subsidiarité ne s'applique pas. Les requérants, dans ces deux affaires, semblent, au contraire, partir du principe que la base juridique sur laquelle la directive s'appuie ne conférerait pas de compétence exclusive à la Communauté. Si leur postulat est faux, comme nous le pensons, il n'y a pas lieu de rechercher si le principe a été, ici, respecté.

154 — Lettre encyclique papale, *Quadragesimo Anno* (1931), point 79.

136. Nous avons analysé plus haut la nature du rapprochement des règles nationales. Nous sommes d'accord avec l'argument, invoqué avec quelque force par le Parlement à l'audience, qui veut que les États membres ne puissent harmoniser eux-mêmes leurs réglementations, législations et réglementations réciproques dans des domaines qui relèvent du champ d'application du traité. L'action individuelle est exclue, ce qui tombe sous le sens, et l'action collective des quinze États membres (par exemple, par la voie d'un traité conclu en droit international public) est exclue, à notre avis, du point de vue juridique, eu égard, en particulier, aux termes de l'article 5 du traité (devenu article 10 CE)¹⁵⁵. Ainsi dans l'arrêt Temps de travail, la Cour a jugé, par une formule sur laquelle nous reviendrons, que, dès lors qu'une action d'harmonisation est nécessaire au titre de l'article 118 A du traité CE (les articles 117 à 120 du traité CE ont été remplacés par les articles 136 CE à 143 CE), elle « suppose nécessairement une action d'envergure communautaire »¹⁵⁶.

137. Cela ne signifie pas que le principe de subsidiarité ne s'applique pas lorsque sont exercées des compétences d'harmonisation

155 — Nous n'aborderons pas ici la légalité des actions de coordination entreprises dans de tels domaines par un nombre plus restreint d'États membres, puisque cela ne constitue pas une alternative à l'harmonisation au niveau communautaire pour toute la Communauté. Pour un cas particulier, voir l'article 233 du traité CE (devenu article 306 CE). Pour les mêmes raisons, nous n'examinerons pas la question des engagements extérieurs des États membres vis-à-vis des pays tiers, qui, dans le cas où la Communauté n'a pas encore entrepris d'action, peuvent devoir être appréciés au regard de la compétence plus limitée de la Communauté en matière extérieure.

156 — Précité dans la note 80 ci-dessus, point 47. Voir également les conclusions de l'avocat général Léger, au point 129, dans cette affaire, indiquant que l'harmonisation « suppos[e] nécessairement une action d'envergure supra-nationale ».

conférées à la Communauté ratione materiae, dans le but d'atteindre un résultat donné dans le secteur concerné, tel que la préservation, la protection et l'amélioration de la qualité de l'environnement¹⁵⁷. Bien que la Communauté soit, dans ces domaines, exclusivement compétente pour adopter des mesures d'harmonisation, une telle compétence n'est pas conférée avec pour objectif clair de réaliser l'uniformité¹⁵⁸. L'adoption de règles communautaires uniformes est plutôt prévue pour atteindre certains objectifs matériels qui sont également poursuivis, dans l'exercice de leurs propres compétences, par les États membres. En ce sens, la compétence *matérielle* de la Communauté et des États membres est concurrente. Il existe un choix entre l'action des États membres et l'action de la Communauté pour poursuivre les mêmes fins. Le principe de subsidiarité est applicable, mais il sera respecté, semble-t-il, s'il est démontré qu'il était nécessaire d'adopter des mesures harmonisées communes, instrument qui ne peut être employé qu'au niveau communautaire.

138. Ainsi, dans l'arrêt Temps de travail, la Cour a jugé que le deuxième aspect du contrôle de conformité au principe de subsidiarité cité à l'article 3 B du traité, à savoir que l'objectif en question soit mieux atteint au niveau communautaire qu'au

157 — Article 130 R, paragraphe 1, premier tiret, du traité.

158 — Nous ne commentons pas ici les compétences matérielles qui incluent l'adoption d'une politique commune. L'analyse qui suit du caractère exclusif des compétences de la Communauté en matière de marché intérieur peut présenter davantage d'intérêt pour celles-ci.

niveau national, était présent dans le cas d'espèce puisqu'une action communautaire était nécessaire¹⁵⁹. La Cour a en effet dit que:

«à cet égard, il y a lieu de constater que l'article 118 A charge le Conseil d'adopter des prescriptions minimales en vue de contribuer, par la voie de l'harmonisation, à la réalisation de l'objectif d'élévation du niveau de protection de la sécurité et de la santé des travailleurs qui, en vertu du paragraphe 1 de cette même disposition, incombe en premier lieu aux États membres. Dès lors que le Conseil a constaté la nécessité d'améliorer le niveau existant de la protection de la sécurité et de la santé des travailleurs et d'harmoniser, dans le progrès, les conditions existant dans ce domaine, la réalisation d'un tel objectif par voie de prescriptions minimales suppose nécessairement une action d'envergure communautaire qui, du reste, laisse, comme en l'occurrence, dans une large mesure aux États membres le soin de prendre les modalités d'application nécessaires»¹⁶⁰.

139. Dans l'arrêt Temps de travail, la Cour avait affaire à un domaine de compétence

159 — Précité dans la note 80 ci-dessus, point 55. Voir également les conclusions de l'avocat général Léger dans la même affaire, point 131. Le requérant avait introduit une certaine confusion en n'invoquant pas le principe de subsidiarité comme moyen de nullité tout en l'évoquant à plusieurs reprises dans le cadre de son argumentation (voir les conclusions de l'avocat général Léger, point 124, ainsi que le point 46 de l'arrêt); mais la Cour semble avoir traité la question comme ayant été soulevée.

160 — Précité, point 47.

partagé et n'avait donc pas besoin d'interpréter l'expression «compétences exclusives». La situation est différente et, à notre avis, plus claire lorsqu'il s'agit de l'exercice de la compétence de la Communauté pour adopter des mesures d'harmonisation dans la poursuite d'objectifs du marché intérieur. Nous avons déjà expliqué que les articles 57, paragraphe 2, et 100 A du traité créent une compétence communautaire générale de nature horizontale et fonctionnelle¹⁶¹. Lorsque des réglementations nationales disparates créent soit des obstacles aux échanges des marchandises ou à la libre prestation de services, soit des distorsions de la concurrence, la Communauté a un intérêt à harmoniser les conditions économiques, intérêt qui est tout à fait distinct de son intérêt à donner un contenu de fond aux règles uniformes adoptées. La coordination ou le rapprochement des réglementations nationales affectant une activité économique constitue l'essence même de ces compétences, à condition qu'elle ait pour objectif le marché intérieur et ne soit pas un simple instrument destiné à atteindre quelque autre objectif matériel distinct. Il est clair que seule la Communauté peut adopter des mesures répondant à ces exigences. Les États membres peuvent tenter d'atténuer quelques effets des réglementations nationales disparates par la voie de dispositions de reconnaissance mutuelle, par exemple, mais ne peuvent parvenir eux-mêmes à l'uniformité proprement dite dans le secteur concerné. Le fait que les États membres soient compétents dans un domaine matériel susceptible d'être affecté par des mesures liées au marché intérieur, telles que la protection de la santé, n'implique pas que les compétences de la Communauté en matière de marché intérieur sont concurrentes. De même que les objectifs poursuivis sont d'une nature dif-

161 — Voir points 62 à 66 ci-dessus.

férente¹⁶², de même, les compétences de base différent¹⁶³.

140. L'avocat général Léger a adopté une approche comparable dans l'arrêt Garanties des dépôts. Il a observé que l'article 57 du traité — la base juridique de la directive attaquée dans cette affaire — ne faisait nulle part référence à la compétence des États membres et que cette disposition « confie à la seule Communauté le soin de procéder à la coordination des normes nationales dans ce domaine, ce qui montre que, *dès l'origine*, les auteurs du traité ont considéré que la coordination en matière d'accès aux activités non salariées et d'exercice de celles-ci était mieux atteinte par une action communautaire que par une action au niveau national »¹⁶⁴. L'arrêt Garanties des dépôts pourrait, de ce fait, présenter davantage d'intérêt ici que l'arrêt Temps de travail, qui concernait une compétence matérielle partagée.

141. La République fédérale d'Allemagne a fait valoir que la Cour, dans la mesure où elle ne s'est pas prononcée sur le problème

de la compétence exclusive, n'avait pas suivi son avocat général sur ce point. Cependant, cette opinion repose sur une mauvaise compréhension de l'arrêt. La Cour a pris soin de dire que la République fédérale d'Allemagne, dans cette affaire, ne prétendait pas que la directive attaquée violait le principe de subsidiarité mais « reproch[ait] seulement au législateur communautaire de n'avoir pas fait état des motifs justifiant que son action était conforme à ce principe »¹⁶⁵. En d'autres termes, l'argument ne concernait pas le respect de ce principe mais l'obligation de motivation. C'est dans ce contexte que l'arrêt doit être compris. En outre, la Cour a introduit sa conclusion, selon laquelle l'obligation de motivation avait été respectée, par les termes « en tout état de cause »¹⁶⁶. Ainsi la Cour a-t-elle seulement jugé que la motivation était suffisante, que le principe de subsidiarité ait été applicable *ou non*, et n'a pas dit, comme il est prétendu ici, que ce principe *était* effectivement d'application. Il était parfaitement légitime pour la Cour de s'abstenir de prendre position sur une question d'importance constitutionnelle fondamentale qui était soulevée, dans le meilleur des cas, de façon indirecte par les parties. Son arrêt ne peut donc être considéré comme fournissant une solution ici.

162 — Voir point 69 ci-dessus.

163 — Ainsi, la compétence particulière des États membres en matière de questions de santé n'est pas limitée par le caractère exclusif de la compétence communautaire en matière d'harmonisation pour la poursuite des objectifs du marché intérieur. Si on laisse de côté les questions de conformité à des dispositions du traité telles que les articles 30 et 59, l'exercice d'une compétence nationale dans un domaine tel que la protection de la santé n'est exclu que dans la mesure où elle peut affecter des mesures effectivement adoptées en matière de marché intérieur. Voir les conclusions de l'avocat général Léger dans l'affaire Garanties des dépôts, précitée dans la note 52 ci-dessus, point 85, ainsi que la jurisprudence abondante en matière de préemption.

164 — Précité dans la note 52 ci-dessus, point 82. Au point 86, il a ajouté que la Communauté « n'agit pas dans le cadre d'une compétence subsidiaire, mais bien en vertu d'attributions exclusives... ».

142. Nous concluons, par conséquent, que l'exercice par la Communauté de ses compétences au titre des articles 57, paragraphe 2, et 100 A du traité est exclusif par nature et que le principe de subsidiarité ne

165 — Ibidem, point 24.

166 — Ibidem, point 28.

s'y applique pas. Il ne saurait exister de critère d'« efficacité comparative » entre les actions potentielles des États membres et de la Communauté. Si tel était le cas, cela soulèverait des questions encore plus délicates. Comment, en particulier, évalue-t-on les avantages comparatifs d'une action d'harmonisation communautaire pour la poursuite du marché intérieur et des règles des États membres portant sur des préoccupations nationales de fond ayant un caractère tout à fait autre?

143. Rien dans le protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité n'aurait, s'il avait été en vigueur à la date de l'adoption de la directive, changé notre conclusion. En particulier, il est clair que « le principe de subsidiarité ne remet pas en question les compétences conférées à la Communauté européenne par le traité, telles qu'interprétées par la Cour de justice »¹⁶⁷. Le protocole rappelle qu'il s'applique aux « domaines dans lesquels la Communauté ne possède pas de compétence exclusive ».

144. Il peut paraître effectivement surprenant, comme l'ont souligné les avocats des requérants, que le principe de subsidiarité ne s'applique pas dans un domaine qui oblige si intrinsèquement la Communauté à agir dans des secteurs qui relèveraient sinon de la compétence des États membres. Dans l'arrêt *Garanties des dépôts*, la République fédérale d'Allemagne avait soutenu que la reconnaissance au profit de la Communauté d'une compétence exclusive « en matière de marché intérieur reviendrait à

lui confier cette compétence dans presque tous les domaines d'activité, dès lors que la mesure en question élimine des obstacles au marché intérieur »¹⁶⁸. L'avocat général Léger a rejeté cet argument et analysé assez précisément les cas dans lesquels les États membres continuent de pouvoir intervenir. En outre, puisque la nécessité d'assurer l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur ne faisait pas de doute en soi, nous concluons que le contrôle juridictionnel exercé sur les conditions objectives du recours aux mesures ayant une telle base juridique portera, dans une certaine mesure, sur l'absence de nécessité d'une action communautaire dans les domaines où les États membres jouissent également de compétences, ce qui a conduit à insérer le principe de subsidiarité dans le traité.

145. Ayant ainsi conclu à l'inapplication du principe de subsidiarité, nous n'estimons pas nécessaire de rechercher s'il a été respecté en l'occurrence. Nous concluons par conséquent au rejet de ce moyen de nullité.

iii) *Le principe de proportionnalité*

iv) *La violation de l'article 30 du traité*

v) *L'atteinte aux droits économiques*

146. Nous traiterons ces moyens ensemble parce que notre approche dans les trois cas

¹⁶⁷ — Point 3 du protocole.

¹⁶⁸ — Voir point 79 des conclusions de l'avocat général Léger, précitées dans la note 52 ci-dessus.

est liée à la poursuite effective par la Communauté d'objectifs du marché intérieur.

147. L'article 3 B exige que « l'action de la Communauté n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs du présent traité ». La Cour a énoncé les trois conditions du contrôle de proportionnalité dans l'arrêt BSE:

« Le principe de proportionnalité... exige que les actes des institutions communautaires ne dépassent pas les limites de ce qui est approprié et nécessaire à la réalisation des objectifs légitimes poursuivis par la réglementation en cause, étant entendu que, lorsqu'un choix s'offre entre plusieurs mesures appropriées, il convient de recourir à la moins contraignante, et que les inconvénients causés ne doivent pas être démesurés par rapport aux buts visés »¹⁶⁹.

148. Ce critère peut être utilisé tant pour rechercher si la directive est conforme au principe général de proportionnalité en droit communautaire, ce qui est notre première préoccupation dans cette partie, que pour vérifier si elle porte légalement atteinte à l'exercice de droits fonde-

mentaux tels que la liberté d'expression¹⁷⁰. Cependant, ce critère ne conduira pas nécessairement à des solutions identiques dans les deux contextes, car les éléments mis en balance sont différents.

149. Il résulte de notre analyse ci-dessus qu'il est parfaitement légitime pour le législateur communautaire de poursuivre simultanément des objectifs du marché intérieur et des objectifs de santé publique. Ainsi, on ne remet pas en cause la base juridique de la directive sur la publicité si la protection de la santé joue un rôle dans l'analyse de la proportionnalité de cette mesure¹⁷¹. La possibilité théorique d'adopter des mesures moins restrictives aux fins du marché intérieur, comme l'élimination obligatoire des restrictions nationales à la promotion du tabac, ne peut, par conséquent, être utilisée pour démontrer que la directive ne constitue pas le moyen le moins contraignant d'atteindre les objectifs du législateur, parce que cela reviendrait à méconnaître son objectif parallèle de protection de la santé. Par ailleurs, il est également clair que la protection de la santé ne peut pas fonctionner indépendamment comme un objectif. C'est pourquoi, quels que puissent être les bénéfices pour la santé des restrictions apportées à la plupart des formes de publicité, y compris dans un cadre purement national, cela ne répondra à la première condition de proportionnalité que dans le cas où la directive contribue à réaliser les objectifs du marché intérieur; dans le cas contraire, la directive devrait être condamnée pour défaut de réalisation d'un objectif essentiel constituant égale-

169 — Précité dans la note 119 ci-dessus, point 96; voir également l'arrêt du 13 novembre 1990, Fedesa e.a. (C-331/88, Rec. p. I-4023, point 13).

170 — Voir, par exemple, l'analyse de l'avocat général Van Gerven dans ses conclusions dans l'affaire *Society for the Protection of Unborn Children Ireland* (arrêt du 4 octobre 1991, C-159/90, Rec. p. I-4685, point 35).

171 — Voir point 97 ci-dessus.

ment une condition première d'exercice de la compétence. Notre analyse de la base juridique de la directive, ci-dessus, aboutit à considérer qu'il y a eu erreur manifeste du législateur communautaire soit quant à la réalisation de la libre circulation des marchandises et de la libre prestation de services, soit quant au maintien de conditions de concurrence non faussées dans le secteur de la publicité et du parrainage pour le compte des produits du tabac. Pour les mêmes raisons, nous considérons que la directive ne constitue pas un moyen approprié d'atteindre les objectifs poursuivis, et ne remplit pas, par conséquent, la première condition du contrôle de proportionnalité¹⁷². Si la Cour devait décider de ne pas suivre notre avis sur la question de la compétence, que ce soit sur le fondement d'une autre appréciation des règles générales de compétence ou de leur application, nous renvoyons néanmoins à notre analyse à ce sujet pour démontrer que, à titre subsidiaire, la directive est disproportionnée au sens large de ce terme, dans la mesure où elle ne remplit pas la première des trois conditions de proportionnalité¹⁷³. Il n'est pas nécessaire de s'attarder davantage sur les autres approches possibles pour la Cour de la question de la compétence et de leurs implications pour le contrôle de proportionnalité, car cela pourrait nous amener à travailler sur la base d'hypothèses qui pourraient, en définitive, ne représenter ni notre avis ni celui de la Cour sur la question de la compétence.

150. L'argument de la République fédérale d'Allemagne tiré de l'article 30 du traité

172 — Sur ce point, l'examen de la compétence et de la proportionnalité se recoupe; voir le point 97 ci-dessus.

173 — Ainsi, il n'est pas nécessaire d'examiner la proportionnalité au sens strict, c'est-à-dire la mise en balance des intérêts, requise au troisième stade de l'examen de la proportionnalité, comme nous l'avons vu ci-dessus.

n'ajoute rien, à notre avis, à ce qui précède. Nous ne sommes pas totalement convaincu de l'utilité d'une appréciation par la Cour de la conformité à l'article 30 de dispositions particulières liées au marché intérieur¹⁷⁴ dans le cas où, comme nous l'avons vu¹⁷⁵, les restrictions imposées par de telles mesures peuvent être un élément nécessaire d'un programme visant à faciliter les échanges, lequel doit, simultanément, respecter certaines exigences d'intérêt général¹⁷⁶. Si, toutefois, la Cour devait le faire, son arrêt Kieffer et Thill¹⁷⁷ indique que l'analyse de la proportionnalité d'une restriction apparente à la libre circulation de marchandises au regard du marché intérieur ou d'un autre objectif de la mesure est identique à celle rappelée ci-dessus, avec pour résultat que la directive devrait également être annulée sur ce fondement.

151. Pour la même raison, nous concluons à l'annulation de la directive pour violation des droits de propriété et de libre exercice d'une activité professionnelle. Ces droits, comme tous les principes généraux du droit communautaire, n'apparaissent toutefois pas comme «des prérogatives absolues, mais doivent être pris en considération

174 — Voir, par exemple, l'arrêt du 9 août 1994, Meyhui (C-51/93, Rec. p. I-3879, points 13 et 14).

175 — Voir points 86 et 87 ci-dessus.

176 — Le recours à l'article 30 peut être utile dans le cas où l'activité économique prétendument affectée par la mesure visant le marché intérieur n'est autre que celle qui est censée bénéficier de la mesure. Toutefois, à la lumière de notre conclusion de la partie i) et de la présente partie, et compte tenu du débat toujours d'actualité concernant l'effet des règles nationales extrêmement restrictives des accords de vente sur l'accès au marché, il n'est pas nécessaire ni opportun d'examiner ici l'effet de la directive sur le commerce des produits du tabac. Voir les arrêts De Agostini, précité dans la note 99 ci-dessus, point 42; du 9 février 1995, Leclerc-Siplec (C-412/93, Rec. p. I-179), et les conclusions de l'avocat général Jacobs, points 37 à 39 dans cette affaire ainsi que l'arrêt du 27 janvier 2000, Graf (C-190/98, Rec. p. I-493, point 23), et les points 18 à 20 de nos conclusions dans cette affaire.

177 — Arrêt du 25 juin 1997 (C-114/96, Rec. p. I-3629, points 29 à 37).

par rapport à leur fonction dans la société»¹⁷⁸. Cela autorise par conséquent l'imposition de restrictions répondant à des objectifs d'intérêt général poursuivis par la Communauté, et ces restrictions ne constituent pas, au regard du but poursuivi, une intervention démesurée et intolérable qui porterait atteinte à la substance même des droits ainsi garantis¹⁷⁹. La directive n'impose pas, à notre avis, de restrictions correspondant à des objectifs du marché intérieur, qui seraient nécessaires pour qu'elle soit légalement adoptée.

vi) *La liberté d'expression*

152. Il est plus utile, pour deux motifs liés entre eux, d'examiner la compatibilité de la directive avec le principe de la liberté d'expression en supposant que la directive constitue, par ailleurs [et contrairement à nos conclusions dans les parties i) et iii) à v) ci-dessus], un moyen licite et proportionné de poursuivre les objectifs du marché intérieur, au regard des droits économiques et intérêts individuels qu'elle affecte. En réalité, les arguments invoqués en défense contre la prétendue atteinte portée par la directive à la liberté d'expression reposent presque exclusivement sur la poursuite de l'objectif de la protection de la santé publique, sur lequel nous n'avons pas encore fait de commentaires de fond. Nous sommes également conscient des implications potentielles de cette question sur la justification des effets restrictifs sur les échanges de produits et services par les

règles nationales régissant la promotion du tabac.

153. Les droits fondamentaux protégés en tant que principes généraux du droit communautaire incluent la liberté d'expression¹⁸⁰. Pour la définition de l'étendue des droits protégés par le droit communautaire et la portée de la protection qui leur est accordée, la CEDH revêt une « importance particulière » en tant que source d'inspiration¹⁸¹. L'article 10, paragraphe 1, de la CEDH dispose, pour ce qui nous intéresse, que :

« Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. »

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme nous apprend que toute forme d'expression mérite d'être protégée au titre de l'article 10, paragraphe 1, de la CEDH. Cela inclut aussi ce que l'on appelle communément l'« expression commerciale »¹⁸², c'est-à-dire la fourniture d'infor-

178 — Arrêt du 28 avril 1998, *Metronome Musik* (C-200/96, Rec. p. I-1953, point 21).

179 — *Ibidem*.

180 — Voir arrêts du 18 juin 1991, *ERT* (C-260/89, Rec. p. I-2925, point 44, et du 26 juin 1997, *Familiapress* (C-368/95, Rec. p. I-3689, point 25).

181 — Arrêt *ERT*, précité, point 41, ainsi que l'arrêt du 15 mai 1986, *Johnston* (222/84, Rec. p. 1651, point 18).

182 — Voir, par exemple, les arrêts *Markt Intern c. Allemagne* du 20 novembre 1989, série A n° 165, § 25 et 26; *Groppera c. Suisse* du 28 mars 1990, série A n° 173, § 55, et *Casado Coca c. Espagne* du 23 février 1994, série A n° 285, § 35 et 36.

mations, l'expression d'idées ou la communication d'images comme éléments de la promotion de l'activité commerciale et le droit concomitant de recevoir de telles communications.

154. L'expression commerciale devrait également être protégée en droit communautaire. L'expression commerciale ne contribue pas de la même manière que l'expression politique, journalistique, littéraire ou artistique, au sein d'une société démocratique, à la réalisation d'objectifs d'intérêt social tels que le renforcement du débat démocratique et de la responsabilité ou la mise en cause des orthodoxies courantes dans le but d'accroître la tolérance ou le changement. Cependant, à notre sens, les droits individuels sont reconnus comme étant fondamentaux par nature non seulement en raison de leur fonction instrumentale et sociale, mais également parce qu'ils sont nécessaires pour l'autonomie, la dignité et le développement personnel des individus¹⁸³. Ainsi, la liberté pour les individus de promouvoir des activités commerciales ne découle pas seulement de leur droit d'exercer une activité commerciale et de leur vocation générale, dans le contexte communautaire, à bénéficier d'une économie de marché fondée sur la libre concurrence, mais également de sa propriété intrinsèque, qui est de permettre aux êtres humains de s'exprimer et de recevoir librement des opinions sur *tout* sujet, y compris les qualités de produits ou services qu'ils vendent ou achètent.

183 — Pour une référence aux fonctions à la fois sociale et personnelle de la liberté d'expression, voir l'arrêt *Handyside* c. Royaume-Uni du 7 décembre 1976, série A n° 24 (ci-après l'« arrêt *Handyside* »), § 49.

155. Par ailleurs, il est clair que l'exercice de la liberté d'expression, comme celui d'autres droits ou libertés, peut être soumis à des restrictions proportionnées afin que d'autres puissent jouir de ces droits ou que certains objectifs relevant du bien commun puissent être atteints. La protection de la santé constitue un tel motif, cité par l'article 10, paragraphe 2, de la CEDH, comme pouvant autoriser l'imposition de restrictions à la liberté d'expression. Cet exemple devrait être suivi dans l'ordre juridique communautaire. En effet, la Cour a accordé la primauté à la protection de la santé humaine parmi les questions d'intérêt général énumérées à l'article 36 du traité¹⁸⁴ et, bien évidemment, cela marque les politiques propres de la Communauté fondées sur les articles 3, 100 A, paragraphe 3, et 129, paragraphe 1, du traité.

156. Néanmoins, compte tenu du caractère fondamental de la liberté d'expression, l'intérêt général qu'il y a à en limiter l'exercice dans certaines conditions ou dans certains buts doit être démontré par l'autorité publique qui propose ou impose une telle limitation. En particulier, celle-ci doit démontrer que le triple critère de proportionnalité exposé plus haut aux points 147 à 148 est respecté. Dans le cas de la directive sur la publicité, il est prétendu que la consommation de produits du tabac est dangereuse pour la santé des fumeurs, que la publicité et le parrainage ont pour effet de promouvoir de telles consommations et que l'interdiction compréhensive de ces formes d'expression aboutira à réduire la consommation du tabac et, partant, à

184 — Arrêt du 10 novembre 1994, *Ortscheit* (C-320/93, Rec. p. I-5243, point 16).

améliorer la santé publique. Le dommage causé à la santé par le tabagisme n'a pas été contesté dans les présentes affaires, et la République fédérale d'Allemagne a insisté sur son propre souhait de réduire la consommation de tabac. En revanche, on a beaucoup discuté sur le point de savoir si l'interdiction de la plupart des formes de promotion des produits du tabac atteindra son but, c'est-à-dire réduira la consommation du tabac, au lieu d'affecter simplement la concurrence entre les marques de tabac.

157. Comme nous l'avons déjà vu, le rôle de la Cour, lorsqu'elle apprécie la proportionnalité de choix législatifs dans des domaines complexes, consiste normalement à rechercher « si l'exercice d'un tel pouvoir n'est pas entaché d'une erreur manifeste ou d'un détournement de pouvoir ou si [les institutions n'ont] pas manifestement dépassé les limites de [leur] pouvoir d'appréciation »¹⁸⁵. Il est certain que l'appréciation des effets produits par la publicité sur le niveau de consommation d'un produit, et des effets potentiels à cet égard d'une large interdiction de la publicité, constitue une question complexe. Toutefois, ce niveau de contrôle juridictionnel n'est, à notre avis, pas approprié lorsqu'il s'agit d'examiner des restrictions à l'exercice d'un droit individuel fondamental tel que la liberté d'expression¹⁸⁶.

158. La Cour européenne des droits de l'homme exige en principe que les parties contractantes fournissent des preuves convaincantes de l'existence d'un besoin social impérieux justifiant une ingérence dans la liberté d'expression¹⁸⁷. Mais cette Cour a apparemment adopté une approche différente dans le cas de l'expression commerciale: des limites peuvent y être apportées dans le cas où les autorités compétentes ont « par des motifs raisonnables estimé nécessaires les restrictions en cause »¹⁸⁸. Une telle différence de traitement se justifie, à notre avis, par le mode différent d'interaction de l'expression commerciale et, par exemple, de l'expression politique, avec les questions d'intérêt plus général. Comme nous l'avons déjà observé, l'expression politique elle-même sert des intérêts sociaux extrêmement importants¹⁸⁹; en dehors de son rôle de promotion de l'activité économique, à l'égard de laquelle le législateur jouit de pouvoirs d'appréciation considérables pour imposer des restrictions d'intérêt général, la liberté d'expression commerciale ne remplit pas normalement de fonction sociale aussi vaste ayant la même signification.

159. Nous serions par conséquent favorable à l'adoption d'une même approche dans l'ordre juridique communautaire. Lorsqu'il est établi qu'une mesure communautaire porte atteinte à la liberté d'expression commerciale, comme le fait manifes-

185 — Arrêt BSE, précité dans la note 119 ci-dessus, point 60, déjà cité au point 98 ci-dessus.

186 — La situation est différente pour les droits économiques tels que le droit de propriété ou celui d'exercer librement une activité commerciale ou professionnelle, ne serait-ce qu'en raison des effets inévitables de l'exercice de tels droits sur la politique économique générale à l'égard de laquelle le législateur (ou ceux à qui il a délégué ce pouvoir) doit bénéficier d'un large pouvoir discrétionnaire. Voir l'arrêt du 17 octobre 1995, *Fishermen's Organisations* e.a. (C-44/94, Rec. p. I-3115, points 57 à 61).

187 — Voir arrêts *Sunday Times* c. Royaume-Uni du 26 avril 1979, série A n° 30, et *Observer & Guardian* c. Royaume-Uni du 26 novembre 1991, série A n° 216, § 59.

188 — Arrêts *Markt Intern* c. Allemagne, précité dans la note 182 ci-dessus, § 37, et *Groppera* c. Suisse, précité dans la note 182 ci-dessus, § 73.

189 — Voir, par exemple, l'arrêt *Lingens* c. Autriche du 8 juillet 1986, série A n° 103, § 41 sur l'importance de la liberté de la presse.

tement la directive sur la publicité, le législateur communautaire devrait également être tenu de démontrer à la Cour qu'il avait des motifs raisonnables d'adopter la mesure en question dans l'intérêt général. En termes concrets, il devrait fournir la preuve cohérente que la mesure sera efficace pour atteindre l'objectif d'intérêt général invoqué — en l'occurrence une réduction de la consommation du tabac par rapport au niveau qui serait dans le cas contraire constaté — et que des mesures moins restrictives n'auraient pas eu la même efficacité.

160. La preuve nécessaire pour justifier une telle restriction dépendra de la nature de ce qui est revendiqué. Il s'agit en grande partie ici d'évaluer objectivement les effets probables de la directive sur la publicité. Le législateur ne devrait pas bénéficier d'une large marge d'appréciation comme dans le cas, par exemple, de la protection des mœurs¹⁹⁰. Cependant, la Communauté ne saurait être empêchée d'agir dans l'intérêt général simplement parce que la justification de son action dépend nécessairement non pas d'études scientifiques «solides», mais de preuves de nature socio-scientifique, prédisant les réponses futures des consommateurs à des modifications dans leur degré d'exposition à la promotion sur la base d'expériences antérieures¹⁹¹. En outre, lorsque le législateur communautaire peut démontrer qu'il a agi en se fondant sur des études de spécialistes réputés dans le

secteur, le fait que d'autres études apparemment réputées aient abouti à une conclusion en sens inverse ne peut, à notre avis, démontrer que le législateur n'avait pas de motif raisonnable d'agir. Dans les présents cas, l'appréciation par le législateur des effets de la publicité en faveur du tabac est cohérente avec la propre opinion de la Cour selon laquelle «il n'est pas contestable que la publicité constitue une incitation à la consommation»¹⁹². En outre, la plupart des publicités ne peuvent être étroitement ciblées au point de ne s'adresser qu'aux fumeurs existants qui décident de choisir entre plusieurs marques, en excluant tous ceux qui pourraient être incités soit à se mettre à fumer, soit à renoncer de cesser de fumer.

161. Les exigences en matière de preuve peuvent être moins strictes lorsque la santé publique est en jeu. La Cour a jugé dans l'arrêt BSE que, «lorsque des incertitudes subsistent quant à l'existence ou à la portée de risques pour la santé des personnes, des institutions peuvent prendre des mesures de protection sans avoir à attendre que la réalité et la gravité de ces risques soient pleinement démontrées»¹⁹³. Cependant, les présentes affaires ne concernent pas une interdiction de commercialisation des produits du tabac eux-mêmes, dont les effets dommageables pour la santé n'ont pas été contestés, mais plutôt une large

190 — Voir Cour eur. D.H., arrêt Handyside, précité, § 48, ainsi que arrêt de la Cour Society for the protection of Unborn Children Ireland, précité, point 20, et point 37 des conclusions de l'avocat général Van Gerven.

191 — La distinction entre ces types de preuve n'est pas, en tout état de cause, aussi claire que l'on pourrait le croire: les conclusions scientifiques sont normalement arrêtées sur le fondement de la prédiction, avec un degré plus ou moins grand de probabilité, que, dans des circonstances futures semblables, les effets observés par le passé dans certaines conditions se maintiendront.

192 — Arrêt du 10 juillet 1980, Commission/France (152/78, Rec. p. 2299, point 17); voir également l'arrêt du 25 juillet 1991, Aragonesa de Publicidad Exterior et Publvia (C-1/90 et C-176/90, Rec. p. I-4151, ci-après l'«arrêt Aragonesa», point 17), où la Cour a jugé qu'il n'était pas «manifestement déraisonnable» d'imposer des restrictions à la publicité des boissons contenant de l'alcool au-delà d'une certaine teneur «dans le cadre de la lutte contre l'alcoolisme». Cependant, la question de la liberté d'expression n'était pas invoquée dans cette affaire.

193 — Arrêt précité, point 99. Voir, également, l'arrêt Fedesa e.a., précité dans la note 169 ci-dessus, point 9.

interdiction de la promotion en faveur de ces produits. Le débat scientifique en cause porte sur les effets de cette promotion à l'égard des niveaux généraux de consommation (par opposition au simple choix entre des marques par les fumeurs existants), ce qui est différent d'une appréciation des risques effectifs pour la santé créés par une telle consommation. En outre, l'interdiction en cause dans l'arrêt BSE était temporaire par nature et pouvait être modifiée après un réexamen de la situation¹⁹⁴. Les divergences d'opinion sur les effets de la publicité pour le tabac ne sont pas nées d'hier et ne seront probablement pas résolues dans un proche avenir. Le critère proposé au point immédiatement précédent tient compte de l'absence d'unanimité dans les cercles scientifiques; il serait cependant, à notre avis, insuffisamment respectueux de la liberté d'expression d'aller au-delà et d'autoriser le législateur à porter atteinte à l'exercice de ce droit sans qu'il soit clairement démontré qu'une telle restriction est susceptible d'entraîner des modifications de comportement qui, à leur tour, seraient susceptibles de bénéficier à la santé publique.

162. Le Conseil a produit, à titre de preuve, les conclusions de deux rapports, l'un établi par le United States National Bureau of Economic Research (ci-après le «NBER») ¹⁹⁵ et l'autre commandé par l'Institut für Therapie-und Gesundheitsforschung, Kiel, par le ministre de la Santé allemand ¹⁹⁶. Bien que les requérants dans

l'affaire Imperial Tobacco aient produit à titre de preuves des études concluant en sens contraire devant la juridiction nationale, le Royaume-Uni a, pour sa part, produit des études qui n'avaient pas été analysées dans le cadre de cette procédure. La République française a également fourni des documents sur les effets de ses restrictions nationales (la loi «Evin»). Il suffit, à notre avis, de tenir compte des études invoquées par les institutions. Les rapports établissent qu'une corrélation existe entre la publicité en faveur du tabac et le fait de commencer à fumer, en particulier pour les jeunes, ainsi que entre l'interdiction de la publicité et les réductions moyennes par tête de la consommation du tabac. Le rapport du NBER comprend une estimation, fondée sur une analyse de la régression causée par les effets probables de la version modifiée par la Commission en 1997 de la deuxième proposition de directive ¹⁹⁷, qui conclut qu'elle aurait probablement réduit la consommation du tabac d'environ 6,9 % pendant la période de référence ¹⁹⁸. De plus, elle conclut que, si des interdictions complètes ont un effet net sur la réduction de l'utilisation du tabac, des interdictions limitées parviennent assez mal à réduire l'impact de la publicité parce qu'elles autorisent sa substitution dans d'autres médias non limités et n'aboutissent pas à une réduction des dépenses de la publicité en faveur du tabac ni de l'exposition totale à cette publicité. Il est intéressant que les institutions aient tenté de contester le caractère total de l'interdiction, dans le but de défendre celle-ci, tout en prouvant qu'une interdiction moins complète aurait été bien moins efficace. La possibilité de contourner une interdiction qui ne couvre pas toutes les formes de publicité est mentionnée dans le

194 — Arrêt précité, point 101.

195 — Saffer, H., et Chaloupka, F., «Tobacco Advertising: Economic Theory and International Evidence», *NBER Working Paper n° 6958* (Cambridge, MA, 1999).

196 — Hanewinkel, R., et Pohl, J., *Advertising and tobacco consumption: Analysis of the effects, with particular reference to children and adolescents* (Kiel, 1998).

197 — Voir point 19 ci-dessus.

198 — L'analyse était fondée sur les données fournies par onze États membres pour la période allant de 1986 à 1992.

huitième considérant de la directive sur la publicité.

prouvé que leurs effets se recourent entièrement.

163. Nous concluons, sur la base de ces éléments de preuve, que le législateur communautaire avait des motifs raisonnables de croire qu'une large interdiction de la promotion du tabac aboutirait à une réduction significative des niveaux de consommation et contribuerait, ainsi, à protéger la santé publique.

164. Sur la condition que les restrictions n'excèdent pas ce qui est nécessaire, nous admettons qu'une interdiction quasi totale de la publicité en faveur d'une activité économique constitue une atteinte particulièrement grave à l'exercice du droit de libre expression¹⁹⁹. Plus les effets sont restrictifs, plus le législateur doit démontrer qu'une mesure moins contraignante n'aurait pas suffi. Cependant, nous concluons que le législateur a satisfait à cette preuve dans les présents cas, en démontrant qu'il avait des motifs raisonnables de considérer que des restrictions limitées à la promotion du tabac seraient inefficaces. Le fait que d'autres mesures positives, telles que les campagnes d'information, aient également pu avoir l'incidence ne prouve pas à lui seul qu'une interdiction quasi générale serait trop restrictive, puisque (sous réserve du partage des compétences entre la Communauté et les États membres) une option n'exclut pas l'autre, et qu'il n'est pas

165. Abordons à présent le troisième stade de l'analyse, c'est-à-dire le point de savoir si la directive impose ou non des restrictions à la libre expression commerciale qui seraient disproportionnées au regard des bénéfices envisagés pour l'intérêt public, quelle qu'en soit la poursuite effective. Compte tenu du rôle massif de la consommation du tabac comme facteur de mortalité et comme cause de graves problèmes de santé dans la Communauté, nous estimons qu'une réduction potentielle de la consommation de l'ordre de 6,9 % constituerait un gain positif important pour la santé publique permettant probablement de sauver des milliers de vies.

166. Nous sommes d'avis que, en principe, lorsque les conditions d'efficacité et de contraintes minimales sont remplies, des droits tels que la libre expression commerciale ne sont pas violés de façon intolérable par une interdiction de la promotion de produits dangereux, lorsque les échanges d'informations scientifiques et autres, ainsi que d'avis politiques sur la réglementation du commerce en question, demeurent libres de restriction. Les producteurs de tabac demeurent libres de commercialiser leurs produits, sur lesquels portent en définitive les droits d'expression invoqués, et peuvent, si les règles nationales les y autorisent, effectuer de la publicité sur le point de vente.

199 — Voir arrêt Aragonosa, précité dans la note 192 ci-dessus, point 18, dans le contexte de l'analyse de la proportionnalité d'un obstacle à la libre circulation des marchandises, la Cour a attribué une importance au fait que les restrictions à la publicité des boissons alcooliques en cause n'étaient pas totales.

167. Le fait que la directive interdise la promotion de produits qui sont légalement commercialisés dans la Communauté n'est pas déterminant, même si ce fait n'est pas non plus dépourvu de pertinence. La Cour européenne des droits de l'homme a observé, dans son arrêt *Open Door Counselling/Irlande*, que les règles nationales contestées imposaient au juge de «contrôler de près» la compatibilité de l'atteinte incriminée parce que l'information interdite portait dans ce cas sur une activité licite à l'endroit où elle était exercée²⁰⁰, en laissant entendre que la fourniture d'informations sur des activités licites peut dans certaines circonstances se voir légitimement assigner des limites. Nous suggérons à la Cour de relever l'existence des autres problèmes que pourrait rencontrer l'interdiction pure et simple des activités créant une dépendance, telle que le tabagisme²⁰¹ (ainsi que des restrictions que cela impliquerait pour la liberté personnelle des fumeurs). Le caractère licite d'une activité (et l'impossibilité pratique de l'interdire) n'implique pas, par conséquent, qu'elle n'a pas d'effet nuisible que le législateur puisse chercher à contrôler dans l'intérêt général. En outre, il n'est pas nécessairement compatible avec l'exigence d'un recours aux moyens les moins restrictifs pour atteindre des objectifs légitimes d'exiger qu'une activité elle-même soit interdite afin d'autoriser des restrictions à sa promotion.

168. Nous ne considérons pas que l'arrêt *Open Door*, dont la pertinence a été âprement débattue à l'audience, en partie parce qu'il concernerait une restriction soi-

disant totale et disproportionnée à la liberté d'expression, comme étant une décision susceptible d'apporter une solution dans les présents cas.

169. La Cour européenne des droits de l'homme a admis l'argument du gouvernement irlandais selon lequel «la restriction [résultant d'une ordonnance de la Cour suprême]... poursuivait le but légitime de protéger la morale, dont la défense en Irlande du droit à la vie de l'enfant à naître constitue un aspect»²⁰². Cependant, c'était seulement la restriction particulière opposée aux requérants dans cette affaire par une décision judiciaire qui a été considérée comme étant ici de nature absolue. En réalité, la Cour a ajouté que les informations sur les services d'avortement étrangers étaient disponibles dans un certain nombre d'autres sources²⁰³.

170. La Cour européenne des droits de l'homme, dans son examen de la nécessité et, par conséquent, de la proportionnalité de cette restriction particulière, a mis dans la balance la protection de la santé des femmes, considération bien évidemment pertinente dans ce contexte mais venant compliquer l'équilibre direct entre la liberté d'expression et un simple besoin social impérieux.

171. La Cour européenne des droits de l'homme a été spécialement influencée par

200 — Arrêt du 29 octobre 1992, série A n° 246, ci-après l'«arrêt *Open Door*», § 72.

201 — Voir, par exemple, l'arrêt *La Forest J.* de la Cour suprême du Canada dans *RJR MacDonald Inc./Canada (Attorney General)* 1995, SCR 199, point 34.

202 — Arrêt *Open Door*, précité, § 63.

203 — § 70 à 75.

l'idée que, puisqu'il existait des femmes qui décidaient de ne pas recourir à l'avortement conformément aux conseils non directifs en cause dans cette affaire, «le lien entre la fourniture des informations et la destruction d'une vie à naître n'est donc pas aussi clair que le gouvernement le prétend». En même temps, «l'ordonnance semble s'être révélée fort peu efficace...» au regard du grand nombre de femmes irlandaises continuant à se faire avorter en Grande-Bretagne.

172. En effet, la majorité des membres de la Cour européenne des droits de l'homme a résolu la question de la proportionnalité par référence à sa propre conception des valeurs concurrentes que sont la santé des femmes (liée au droit d'information), la liberté d'expression et la protection de la vie de l'enfant à naître. Elle ne semble pas avoir attaché quelque poids que ce soit à ce qu'elle paraît implicitement avoir admis comme une protection *partiellement effective* de cette dernière valeur. Si cette analyse devait être transposée littéralement aux circonstances des présentes affaires, il serait difficile de prétendre que le but d'une réduction présumée de 6,9 % seulement de la consommation de tabac pourrait justifier une interdiction totale de la publicité en faveur des produits du tabac, en dépit de la réduction importante du nombre absolu de fumeurs (et probablement des maladies et décès liés au tabac) que cela représenterait.

173. En réalité, dans l'arrêt *Society for the Protection of Unborn Children Ireland*, en cherchant essentiellement à résoudre la même question dans le contexte du droit

communautaire mais également à la lumière de l'article 10 de la CEDH, l'avocat général Van Gerven a estimé que la restriction était proportionnée²⁰⁴.

174. En tout état de cause, nous n'estimons pas possible de couper l'arrêt *Open Door* de son contexte extrêmement difficile et sensible ni d'en tirer quelque conclusion définitive que ce soit à l'effet des présentes affaires. L'arrêt *Open Door* portait sur l'absence de fourniture d'informations plutôt que sur l'absence de promotion commerciale de l'avortement²⁰⁵; or, dans les présentes affaires, nous sommes en présence d'une restriction apportée à des mesures *promotionnelles* directes et indirectes²⁰⁶ et il n'est pas suggéré que les informations non promotionnelles sur des produits licites seront restreintes²⁰⁷.

175. Nous concluons, par conséquent, que la directive sur la publicité ne constitue pas une restriction disproportionnée à la liberté d'expression dans la mesure où elle impose

204 — Précité, points 32 à 38 de ses conclusions. La Cour n'a pas examiné cette question dans son arrêt. Voir également l'opinion dissidente du juge Baka dans l'arrêt *Open Door*, précité.

205 — Précité, § 75. Pour cette raison, la Cour européenne des droits de l'homme ne semble pas avoir considéré l'affaire comme mettant en cause la liberté d'expression commerciale.

206 — Voir les définitions de la publicité et du parrainage à l'article 2, points 2 et 3, de la directive.

207 — Pour cette raison, entre autres, nous ne traiterons pas ici du problème de la liberté de recevoir des informations, qui pourraient entrer en jeu si un client actuel ou potentiel cherchait des informations sur son produit auprès d'un producteur de tabac ou d'un distributeur. La vraisemblance de l'intérêt pour le consommateur à recevoir du matériel promotionnel semble plus éloignée.

une large interdiction de la publicité en faveur des produits du tabac²⁰⁸.

176. Il n'en va pas de même, cependant, à notre avis, de l'interdiction de la publicité pour les produits de diversification. Il ne va pas du tout de soi que la publicité pour les produits et services autres que le tabac portant des marques ou autres éléments distinctifs associés au tabac puisse avoir un effet sur le niveau de consommation de ces derniers produits, *de manière globale*²⁰⁹. Le législateur communautaire n'a pas tenté de justifier l'existence d'un tel lien. Dans ces conditions, nous concluons qu'il n'a pas satisfait à la charge de la preuve et n'a pas démontré qu'il avait des motifs raisonnables d'imposer des restrictions à cette publicité, à l'article 3, paragraphe 3, sous b), de la directive, et que cette disposition doit être annulée. Elle n'est en aucun cas justifiée par la possibilité que sa portée soit limitée en pratique par les États membres qui tirent avantage des termes de l'article 3, paragraphe 2, de la directive. De même, aucun élément ni preuve n'a été fourni pour expliquer pourquoi l'article 3, paragraphe 3, sous a), interdit aux produits du tabac de porter des noms ou autres éléments distinctifs déjà associés à d'autres produits ou services. Dans la mesure où l'application d'une telle marque ou d'un tel nom à un produit incarne également l'exercice de la liberté d'expression commerciale, nous concluons qu'il n'a pas été démontré que l'article 3, paragraphe 3, sous a), de la

directive sur la publicité constitue une restriction justifiée à cette liberté, et qu'il doit par conséquent être annulé. Les deux parties de l'article 3, paragraphe 3, de la directive peuvent être séparées, à notre avis, au vu des critères exposés aux points 122 à 126 ci-dessus.

vii) *Le défaut de motivation*

177. La Cour a jugé, dans le cadre d'une jurisprudence constante, que l'obligation de motivation imposée par l'article 190 du traité exige que les mesures concernées contiennent l'exposé des motifs qui ont conduit les institutions en question à les adopter, afin que la Cour puisse exercer son pouvoir de contrôle et que les États membres et les ressortissants concernés puissent savoir dans quelles conditions les institutions communautaires ont appliqué le traité²¹⁰. En même temps, le niveau de détails requis peut varier selon la nature de l'acte en cause. Dans le cas d'une mesure d'application générale, le préambule peut se limiter à indiquer la situation générale qui a conduit à son adoption, d'une part, et les objectifs généraux qu'elle est censée atteindre, de l'autre. Il n'est pas nécessaire d'exposer l'ensemble des faits pris en compte par le législateur, qui sont généralement nombreux et complexes, ni que la mesure procède à une qualification plus ou moins complète de ces faits²¹¹.

208 — On ne sait pas clairement si le rapport du NBER inclut le parrainage sous le titre général de la publicité pour les besoins du calcul des effets probables de la proposition de directive. En l'absence d'arguments à cet égard, devant la Cour, et puisque nous discutons de la liberté d'expression à titre purement subsidiaire par rapport à nos conclusions principales allant dans le sens d'une annulation complète de la directive, nous n'examinerons pas ici l'interdiction du parrainage.

209 — Il ne s'agit pas de savoir si une telle publicité renforce certaines marques de tabac vis-à-vis des autres.

210 — Arrêt France/Commission, précité, point 34.

211 — Arrêt du 30 novembre 1978, *Welding* (87/78, Rec. p. 2457, point 11).

178. Il devrait résulter clairement de notre analyse du problème de compétence que l'exposé des motifs dans le préambule de la directive est, à notre avis, suffisant pour permettre à la Cour d'exercer son contrôle. La position fondamentale du législateur communautaire à l'égard du marché intérieur est clairement exposée par les premier et deuxième considérants, et leur nature de motif ne saurait être contredite par l'échec de la directive à atteindre ces objectifs. Il n'était pas nécessaire que le législateur inclue des données précises à propos des études réalisées sur les effets de la publicité à l'égard de la consommation du tabac ni sur les niveaux relatifs d'échanges transfrontières de services et de médias publicitaires. Nous recommandons que la directive soit annulée intégralement pour défaut de motivation dans le cas uniquement où la Cour envisagerait de juger que la Communauté était compétente pour l'adopter, au regard de ses effets sur l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur dans des secteurs économiques qui ne sont nullement mentionnés dans le préambule, tels que la production et la distribution de produits du tabac ou de l'industrie publicitaire en général. Il n'est pas possible, à notre avis, d'autoriser le législateur à invoquer des avantages pour le marché intérieur qui n'auraient pas été mentionnés antérieurement, dans le cas où il existe un doute sur la réalisation des objectifs initialement invoqués.

179. Nous recommandons, en revanche, que l'article 3, paragraphe 3, sous a), de la directive soit annulé pour défaut de

motivation. Cette disposition exceptionnelle n'est pas motivée en ce qui concerne l'utilisation des marques ou autres éléments distinctifs d'autres produits ou services pour les produits du tabac et, comme nous l'avons vu au point 116 ci-dessus, elle ne semble pas présenter de rapport avec l'objectif annoncé de la directive de réaliser le marché intérieur des produits et services associés à la publicité et au parrainage pour le compte des produits du tabac.

VI — Sur les dépens

180. En vertu de l'article 69, paragraphe 2, du règlement de procédure de la Cour de justice, le Conseil et le Parlement devraient être condamnés à supporter les dépens de la République fédérale d'Allemagne dans l'affaire C-376/98. Dans la mesure où la procédure dans l'affaire C-74/99 constitue pour les parties au principal une étape de la procédure pendante devant la juridiction nationale, la décision sur les dépens appartient à cette juridiction. Dans aucune des deux affaires, les frais engagés par la Commission ou les autres États membres intervenus ou ayant présenté des observations devant la Cour ne sont récupérables. Nous ne proposons pas de solution quant à la charge des dépens pour le cas où la Cour admettrait l'une de nos recommandations subsidiaires tendant à l'annulation partielle, ou pour le cas où elle n'en accepterait aucune.

VII — Conclusion

181. À la lumière de ce qui précède, nous suggérons que la Cour:

- annule la directive 98/43/CE du Parlement européen et du Conseil, du 6 juillet 1998, concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de publicité et de parrainage en faveur des produits du tabac, au motif que la Communauté n'était pas compétente pour l'adopter sur la base juridique qui y est citée.

Si la Cour ne devait pas suivre cet avis, nous recommandons, à titre subsidiaire, que la Cour:

- annule la directive 98/43 pour violation du principe général de proportionnalité, violation de l'article 30 du traité CE (devenu, après modification, article 28 CE), du droit de propriété et de libre exercice d'une activité commerciale ou professionnelle.

À titre infiniment subsidiaire, nous recommandons que la Cour:

- annule l'article 3, paragraphe 3, de la directive 98/43 pour atteinte à la liberté d'expression; et/ou
- annule l'article 3, paragraphe 3, sous a), de la directive 98/43 pour défaut de motivation.