

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL

M. F. G. JACOBS

présentées le 16 décembre 2004¹

1. Le problème soulevé dans cette affaire concerne l'obligation faite aux États membres de notifier à la Commission des Communautés européennes (et, par ce biais, aux autres États membres) les projets de normes techniques en application de la directive relative aux normes et réglementations techniques². La question est plus précisément celle de savoir si cette obligation s'applique en cas de modification du droit national comportant une interdiction d'organiser des jeux d'argent sur un type particulier de machines de jeu.

tion de règles ou de normes techniques nationales susceptibles de constituer des entraves aux échanges, à moins qu'elles ne soient nécessaires pour satisfaire à des exigences impératives et qu'elles ne poursuivent un but d'intérêt général dont elles sont la garantie essentielle. Par conséquent, si un État membre envisage d'adopter une telle mesure, la Commission et les autres États membres doivent en être informés et disposer d'un délai suffisant pour proposer des modifications en vue d'éliminer ou de réduire toute entrave éventuelle qu'elle est susceptible de créer à la libre circulation des marchandises ou, en ce qui concerne la Commission, pour proposer ou adopter une directive communautaire dans le même domaine. La Cour de justice a décrit cet objectif comme étant de «protéger, par un contrôle préventif, la libre circulation des marchandises, qui est l'un des fondements de la Communauté»⁴.

I — La directive

2. L'objectif de la directive, tel que décrit dans son préambule³, est d'empêcher l'adop-

3. L'article 1^{er} de la directive contient un certain nombre de définitions.

1 — Langue originale: l'anglais.

2 — À l'époque des faits, s'agissant de dispositions adoptées en 1996, la version applicable de la directive était la directive 83/189/CEE du Conseil, du 28 mars 1983, prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques (JO L 109, p. 8), telle que modifiée par les directives 88/182/CEE du Conseil, du 22 mars 1988 (JO L 81, p. 75), et 94/10/CE du Parlement européen et du Conseil, du 23 mars 1994 (JO L 100, p. 30) (ci-après la «directive»).

3 — Voir deuxième à septième considérants.

4 — Voir, par exemple, arrêts du 20 mars 1997, *Bic Benelux* (C-13/96, Rec. p. I-1753, point 19), et du 6 juin 2002, *Sapod Audic* (C-159/00, Rec. p. I-5031, point 34).

4. Selon l'article 1^{er}, point 9, de la version applicable à l'époque des faits, une «règle technique» recouvre trois types de mesures.

5. Elle inclut d'abord les «spécifications techniques» dont le respect est obligatoire, de jure ou de facto, pour la commercialisation ou l'utilisation d'un produit dans un État membre ou dans une partie importante de cet État. Selon l'article 1^{er}, point 2, une «spécification technique» définit «les caractéristiques requises d'un produit, telles que les niveaux de qualité ou de propriété d'emploi, la sécurité, les dimensions, y compris les prescriptions applicables au produit en ce qui concerne la dénomination de vente, la terminologie, les symboles, les essais et méthodes d'essai, l'emballage, le marquage et l'étiquetage, ainsi que les procédures d'évaluation de la conformité».

6. Elle inclut ensuite les «autres exigences», y compris les dispositions administratives, qui sont obligatoires dans la même mesure. En vertu de l'article 1^{er}, point 3, le terme «autre exigence» signifie «exigence, autre qu'une spécification technique, imposée à l'égard d'un produit pour des motifs de protection, notamment des consommateurs ou de l'environnement, et visant son cycle de vie après mise sur le marché, telle que ses conditions d'utilisation, de recyclage, de réemploi ou d'élimination lorsque ces conditions peuvent influencer de manière significative la composition ou la nature du produit ou sa commercialisation».

7. En troisième lieu, elle inclut les «dispositions législatives, réglementaires ou administratives [...] visant l'interdiction de fabrication, d'importation, de commercialisation ou d'utilisation d'un produit».

8. Pour les besoins de ces définitions, on entend par «produit»: «tout produit de fabrication industrielle et tout produit agricole» (article 1^{er}, point 1).

9. Enfin, les «projets de règle technique» sont en principe des textes de règles techniques se trouvant à un stade de préparation où il est encore possible d'y apporter des amendements substantiels (article 1^{er}, point 10).

10. L'article 8, paragraphe 1, exige que les États membres notifient à la Commission tout projet de règles techniques relevant du champ d'application de la directive, à moins qu'il ne s'agisse de la simple transposition du texte complet d'une norme internationale ou européenne, auquel cas une information concernant la norme en question suffit. Si, après la notification, il est apporté au projet, de manière significative, des changements qui, entre autres, en modifient le champ d'application, y ajoutent des spécifications ou rendent celles-ci plus strictes, il doit faire l'objet d'une nouvelle notification.

11. L'article 9 prévoit que les États membres doivent différer l'adoption de projets de règles techniques de plusieurs mois de façon à permettre à la Commission de vérifier s'ils sont compatibles avec le droit communautaire, ou de proposer une directive sur le sujet.

12. L'article 10 prévoit un certain nombre d'exceptions limitées à l'une ou l'autre de ces obligations ou aux deux. En particulier, les articles 8 et 9 ne s'appliquent pas, essentiellement, aux dispositions qui ne font que mettre le droit national en conformité avec le droit communautaire (article 10, paragraphe 1) et l'article 9 ne s'applique pas, notamment, aux règles interdisant la fabrication, lorsqu'elles ne font pas obstacle à la libre circulation des marchandises (article 10, paragraphe 2).

13. On peut noter que cette version de la directive est à présent abrogée et que la situation est actuellement régie par la directive 98/34/CE⁵. Celle-ci a été presque aussitôt modifiée par la directive 98/48/CE⁶, qui a étendu son champ d'application aux «services de la société de l'information», c'est-à-dire aux «service[s] presté[s] norma-

lement contre rémunération, à distance par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de services»⁷.

14. La Cour de justice a jugé que la méconnaissance de l'obligation de notification entraîne l'inapplicabilité des règles techniques concernées, de sorte qu'elles ne peuvent pas être opposées aux particuliers, et qu'il incombe aux juridictions nationales d'écarter l'application d'une règle technique nationale qui n'a pas été notifiée conformément à la directive⁸.

II — La procédure devant la juridiction nationale et les règles nationales en cause

15. M. Lars Erik Staffan Lindberg est poursuivi pour avoir illégalement organisé, entre janvier 1997 et avril 1998, des jeux d'argent sur des machines à sous interdites en Suède. Le Högsta domstolen (cour suprême, Suède) a été saisi du point de savoir si l'interdiction d'organiser des jeux d'argent publics sur le type de machines en question pouvait être valablement opposée à l'intéressé, dans la mesure où elle équivaldrait à une norme technique qui n'a pas fait l'objet d'une notification conforme à la directive.

5 — Directive du Parlement européen et du Conseil, du 22 juin 1998, prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information (JO L 204, p. 37).

6 — Directive du Parlement européen et du Conseil, du 20 juillet 1998 (JO 1998, L 217, p. 18).

7 — Voir directive 98/48, article 1^{er}, point 2.

8 — Arrêt du 30 avril 1996, CIA Security International (C-194/94, Rec. p. I-2201, points 54 et 55, et point 2 du dispositif).

16. Les machines en question semblent appartenir au type courant d'appareils de jeu automatiques, qui permettent aux joueurs de gagner un prix dans le cas où certains symboles sont alignés par la machine, ce résultat dépendant en grande partie du hasard. Ce qui les distingue spécifiquement des autres machines du même genre, dans la présente espèce, c'est que ces machines ne versent pas elles-mêmes les gains, sous quelque forme que ce soit. Les gains éventuels doivent être retirés manuellement auprès d'une personne responsable des machines.

17. Le code pénal suédois qualifie de délit le fait d'organiser des jeux publics d'argent fondés sur le hasard si les enjeux ont une valeur économique importante, à moins que, essentiellement, la forme du jeu en question i) ne soit pas interdite par la loi sur les loteries, ou ii) ne soit susceptible d'être autorisée en vertu de cette loi et que l'organisateur n'ait obtenu une autorisation.

18. Antérieurement au 1^{er} janvier 1995, l'exploitation de machines de jeu automatiques était tout simplement interdite, sauf à bord des navires croisant dans les eaux internationales. Depuis cette date, une nouvelle loi sur les loteries, adoptée en 1994 (ci-après la «loi de 1994»), a permis d'autoriser l'exploitation de certaines de ces machines de jeu sur le territoire suédois.

19. La loi de 1994 interdit d'organiser sans autorisation des loteries ouvertes au public. La définition du terme «loterie» recouvre également les «jeux de loto, jeux automatisés, roulettes, dés, cartes, lettres pyramidales et autres jeux analogues» et, dans ces hypothèses, l'interdiction s'étend à tous les cas où le jeu est organisé en vue d'un gain, indépendamment du caractère ouvert au public ou non.

20. Dans la version initiale de la loi, les machines de jeu étaient définies de façon exhaustive comme étant des machines qui versent les gains, sous la forme d'articles, de sommes en numéraire, de bons d'achat, de jetons de jeu ou autres, lorsque la possibilité de gagner est aléatoire, ou qui versent des gains en numéraire lorsque les chances de gagner dépendent de l'adresse du joueur.

21. L'exploitation de telles machines peut être autorisée à certaines conditions, tenant en particulier à la valeur des mises et des prix.

22. L'interprétation de ces dispositions, à l'égard des machines qui ne remettent pas elles-mêmes les prix sous une forme ou une autre, a donné lieu à des divergences. Certaines cours d'appel ont en effet interprété la loi de 1994 comme étant tout bonnement inapplicable à ces machines, si

bien que leur exploitation ne se trouverait pas interdite, ni même soumise à autorisation.

23. C'est donc pour combler ce qui semble avoir été une lacune législative involontaire que la loi de 1994 a été modifiée avec effet au 1^{er} janvier 1997 (ci-après la «loi modifiée de 1996»). La définition de la «machine de jeu» a été étendue à toute machine de jeu mécanique ou électronique, mais la possibilité d'autorisation est restée réservée aux catégories qui étaient énumérées antérieurement, c'est-à-dire aux machines qui remettent elles-mêmes le prix gagné. Il en résulte que l'organisation de jeux d'argent ouverts au public sur ce type d'appareils de jeu se trouvait interdite.

24. La loi modifiée de 1996 n'a pas fait l'objet d'une notification à la Commission en tant que projet de règle technique, le gouvernement suédois ayant estimé qu'elle constituait une simple clarification des règles préexistantes et ne nécessitait pas une notification en application de la directive.

25. Certaines autorités ont cependant émis des doutes sur le bien-fondé de cette appréciation. C'est pourquoi, sans modifier sa position initiale, le gouvernement a décidé de procéder néanmoins à une notification. À la suite de cette notification, la loi modifiée a été à nouveau adoptée pour prendre effet le

1^{er} février 2002. La notification et la réadoption de la loi sont toutefois postérieures aux faits de la présente affaire, qui se situent dans la période allant de janvier 1997 à avril 1998.

26. Devant la juridiction nationale, M. Lindberg soutient que la loi modifiée de 1996, qui constitue le fondement juridique des poursuites engagées contre lui, aurait dû faire l'objet d'une notification en application de la directive et que, puisque tel n'a pas été le cas, elle ne peut pas lui être valablement opposée.

27. Cet argument semble avoir été admis par le ministère public qui ne s'oppose pas à l'abandon des poursuites du chef d'organisation de jeu illicite.

28. Cependant, avant de statuer, le Högsta domstolen s'est tourné vers la Cour de justice et lui a soumis les questions préjudicielles suivantes:

«1) L'introduction, dans une réglementation nationale, d'une interdiction d'utiliser un produit peut-elle constituer une réglementation technique qu'il faut notifier en vertu de la directive 83/189/CEE?

- 2) L'introduction, dans une réglementation nationale, d'une interdiction d'un service qui a une incidence sur l'utilisation d'un produit peut-elle constituer une réglementation technique qu'il faut notifier en vertu de la directive 83/189/CEE?
- ou interdiction limitée à un certain nombre d'utilisations concevables?»

- 3) La redéfinition, dans une réglementation nationale, d'une prestation de services liée à la fabrication d'un produit peut-elle constituer une réglementation technique devant être notifiée en vertu de la directive 83/189/CEE, si la nouvelle définition a une incidence sur l'utilisation du produit?

29. M. Lindberg (qui renvoie aux mémoires qu'il a présentés devant les juridictions nationales), ainsi que les gouvernements portugais, suédois et du Royaume-Uni et la Commission ont présenté des observations écrites. À l'audience, M. Lindberg, le gouvernement français, le gouvernement portugais et la Commission ont présenté des observations orales.

- 4) Pour l'obligation de notification prévue par la directive, quel sens faut-il donner aux faits suivants:

— passage, dans la réglementation nationale, d'un régime d'autorisation à une interdiction de produits ou de services,

— valeur et importance sur le marché, et nouvelles dispositions de droit interne ayant une incidence sur l'utilisation,

— interdiction totale d'utilisation

III — Appréciation

30. Avant d'examiner successivement les quatre questions posées par la juridiction nationale, il est utile de se pencher sur deux questions préliminaires: la portée de ces questions au regard des restrictions actuelles ou potentielles sur les échanges et du droit pour les États membres de réglementer le jeu; ainsi que la pertinence de la date d'introduction de l'interdiction litigieuse en droit national.

A — *La portée des questions*

31. La question à propos de laquelle la juridiction nationale souhaite être éclairée consiste à savoir si la loi modifiée de 1996 relève de la définition des règles techniques contenue dans la version de la directive applicable à l'époque des faits.

32. L'obligation de notification imposée par la directive dépend en effet de cette définition, et non pas du point de savoir si la loi modifiée a pour effet de créer une restriction actuelle ou potentielle au commerce intra-communautaire.

33. Il est vrai que l'objectif de la directive est de protéger la libre circulation des marchandises.

34. Cependant, le mécanisme qu'elle utilise est un contrôle préventif. L'obligation pour les États membres de participer à ce contrôle ne peut pas dépendre d'une incompatibilité avérée entre la mesure concernée et les règles du traité CE relatives à la libre circulation.

35. Pour déterminer si une mesure est compatible avec les dispositions du traité

en matière de libre circulation des marchandises, il est nécessaire de rechercher non seulement s'il existe une restriction aux échanges, mais également si cette restriction peut être justifiée par l'un des motifs prévus par le traité ou la jurisprudence, et si elle est proportionnelle au but poursuivi. Il serait néanmoins déplacé d'examiner ces éléments avant de déterminer si la mesure doit être notifiée dans le cadre du système de contrôle préventif. Le mécanisme de contrôle est lui-même destiné à évaluer ces éléments et se trouverait considérablement affaibli s'il pouvait être ainsi court-circuité. De plus, comme nous avons déjà eu l'occasion de le souligner⁹, s'il fallait procéder à une évaluation préalable de l'effet produit par la mesure, il serait moins facile d'identifier les mesures concernées.

36. Il est également vrai que l'article 10, paragraphe 2, de la directive prévoit une dérogation en faveur des mesures qui ne font pas obstacle à la libre circulation des marchandises.

37. Cependant, cette dérogation ne s'applique qu'aux mesures qui interdisent la fabrication d'un produit et ne dispense que de l'obligation de différer l'adoption de la mesure, et non pas de l'obligation d'informer la Commission. Elle ne présente donc pas d'intérêt dans la présente affaire.

⁹ — Voir point 48 de nos conclusions dans l'affaire Sapod Audic, précitée dans la note 4.

38. Enfin, si, dans l'arrêt *CIA Security International*, la Cour a jugé que «la méconnaissance de l'obligation de notification constitue un vice de procédure substantiel de nature à entraîner l'inapplicabilité des règles techniques en cause aux particuliers»¹⁰, elle a jugé ensuite, dans l'arrêt *Van der Burg*¹¹, qu'il n'était pas nécessaire de préciser si cette inapplicabilité s'étend à toutes les affaires ou se limite exclusivement aux affaires impliquant une entrave à la libre circulation des produits spécifiquement en cause. L'avocat général Ruiz-Jarabo Colomer a néanmoins estimé, dans cette dernière affaire, qu'une réglementation technique non notifiée ne devrait être tenue en échec que dans la mesure où elle pourrait provoquer une entrave à l'utilisation ou à la commercialisation du produit à propos duquel le juge national a été saisi, point de vue qui semble trouver un appui dans l'arrêt *Lemmens*, rendu par la Cour quelques années plus tôt¹².

39. Les questions posées par la juridiction nationale partent toutefois du principe que la règle nationale en question a une incidence sur l'utilisation de certaines machines de jeu en Suède, et il semble clair que les mesures qui affectent l'utilisation d'un produit particulier dans un État membre sont également susceptibles d'affecter la commercialisation des mêmes produits à l'intérieur de cet État — et par conséquent leur circulation dans

cet État¹³ — si bien que le problème que nous venons d'évoquer ne semble pas se poser dans les circonstances de la présente affaire.

40. Par conséquent, un certain nombre d'observations formulées par le gouvernement portugais concernant, sur un plan général, la compatibilité avec les règles du traité relatives à la libre de circulation des mesures adoptées par les États membres dans l'exercice de leur pouvoir souverain de réglementation des jeux d'argent dans l'intérêt général ainsi que la justification de telles mesures au regard de la nature du jeu ne sont pas directement pertinentes pour la solution de la question qui doit être ici résolue.

41. Nous souhaitons seulement rappeler que la Cour de justice a récemment confirmé que les règles nationales restreignant l'exploitation de jeu peuvent, même si elles constituent des entraves aux échanges, être justifiées par des raisons impérieuses d'intérêt général¹⁴.

B — *La date d'introduction de l'interdiction en cause*

42. Les questions de la juridiction nationale partent en outre du principe qu'une inter-

10 — Précité dans la note 9, point 48.

11 — Arrêt du 8 mars 2001 (C-278/99, Rec. p. I-2015, points 17 et 23); voir aussi points 20 et 24 des conclusions.

12 — Arrêt du 16 juin 1998 (C-226/97, Rec. p. I-3711, point 36).

13 — Comparer arrêt du 14 juillet 1998 (C-284/95, Rec. p. I-4301, point 29 à 32).

14 — Arrêt du 11 septembre 2003, *Anomar e.a.* (C-6/01, Rec. p. I-8621, points 62 à 75).

diction d'organiser des jeux sur certaines machines a été introduite avec la loi modifiée de 1996 et qu'elle n'était pas prévue auparavant par la loi de 1994.

43. Or le gouvernement suédois soutient dans ses observations écrites que la modification n'a pas substantiellement changé le droit et que l'interdiction en question était déjà en vigueur depuis 1995. Il demande donc à la Cour de préciser qu'il n'existe pas d'obligation de notifier une règle technique qui ne modifie pas l'état du droit préexistant.

44. Il va de soi que la Cour de justice n'est pas compétente pour interpréter la législation suédoise. Seule la juridiction nationale peut déterminer si l'interdiction en question a été introduite par la loi de 1994 ou par la loi modifiée de 1996. Nous examinerons par conséquent les questions posées en supposant, comme l'a fait la juridiction de renvoi, que c'est la loi modifiée qui a introduit l'interdiction.

45. Nous nous limiterons à deux remarques au sujet de l'hypothèse contraire avancée par le gouvernement suédois.

46. Tout d'abord, il semble logique qu'un amendement législatif qui n'affecte que le

libellé d'une règle technique sans modifier l'état du droit préexistant n'ait pas besoin d'être notifié en application de la directive. Ainsi que la Cour l'a déclaré dans l'arrêt Colim¹⁵, «ne saurait être considérée comme 'projet' de règle technique [...] ni, par conséquent, être soumise à l'obligation de notification une mesure nationale qui reproduit ou remplace, sans y ajouter des spécifications nouvelles ou supplémentaires, des règles techniques existantes et, si ces règles ont été arrêtées après l'entrée en vigueur de la directive [...]».

47. Mais il est sans doute rare qu'une modification du libellé d'une mesure soit sans effet sur son contenu. Lorsqu'un tel effet est susceptible de se produire — et il semble que les autorités suédoises n'aient pas unanimement pensé que la loi modifiée de 1996 ne modifiait pas le droit existant — il semble nécessaire de procéder à une notification pour respecter l'objectif de contrôle préventif qui constitue la raison d'être du système instauré par la directive. Rappelons que, en vertu de l'article 8, paragraphe 1, troisième alinéa, de la directive les États membres doivent communiquer à nouveau un projet s'ils y ont apporté des modifications importantes.

48. Ensuite, si la loi de 1994 contenait bien l'interdiction en question dès la date de son adoption initiale, et si cette adoption est

15 — Arrêt du 3 juin 1999 (C-33/97, Rec. p. I-3175, point 22).

postérieure à l'entrée en vigueur de l'accord sur l'Espace Économique Européen (ci-après l'«EEE») le 1^{er} janvier 1994, auquel le royaume de Suède était partie, alors — contrairement à ce qu'a apparemment estimé le ministère public — il semble que la directive était déjà applicable au royaume de Suède à cette époque¹⁶.

49. La version de la directive qui s'appliquait à l'époque des faits appelle toutefois une analyse différente. Le délai de mise en œuvre des modifications introduites par la directive 94/10, applicable aux législations nationales adoptées en 1996, n'expirait pas avant le 1^{er} juillet 1995. Ces modifications ont largement complété la définition des règles techniques. En outre, les obligations du gouvernement suédois et les conséquences d'un non-respect de ces obligations devraient être appréciées au regard du statut du royaume de Suède en 1994 en tant qu'État membre de l'EEE, et non pas en qualité d'État membre de l'Union européenne, à laquelle il n'a adhéré que le 1^{er} janvier 1995.

C — Sur la première question

50. La première question porte sur le point de savoir si l'introduction en droit national

d'une interdiction d'utiliser un produit peut constituer une règle technique devant être notifiée en vertu de la directive.

51. Si l'on formule la question en termes aussi généraux, la réponse est à l'évidence affirmative. L'article 1^{er}, point 9, de la directive précise que les règles techniques incluent les «dispositions législatives, réglementaires ou administratives [...] visant l'interdiction [...] d'utilisation d'un produit». Une telle interdiction relève donc bien de la troisième catégorie de règles techniques prévue à l'article 1^{er}, point 9, de la directive et visée au point 7 ci-dessus.

52. Cependant, la règle en cause dans le litige au principal n'interdit peut-être pas tant d'utiliser un produit que, plus indirectement, de fournir un service qui a des répercussions sur l'utilisation du produit. Il résulte clairement de la jurisprudence¹⁷ que la fourniture au public de la possibilité d'utiliser des machines de jeu constitue un service.

53. La juridiction nationale tient compte de cette possibilité dans ses deuxième et troisième questions.

16 — Voir articles 3, 7, 8, 23 et 129, paragraphe 3, de l'accord EEE, ainsi que point 11 du protocole 1 et point 1 du chapitre XIX de son annexe II (JO 1994, L 1, p. 3, 9 à 11, 30, 38, 263 et 313 à 315).

17 — Voir arrêts du 21 septembre 1999, Läära e.a. (C-124/97, Rec. p. I-6067), et Anomar e.a., précité dans la note 14, point 56.

D — *Sur la deuxième question*

54. La deuxième question porte ainsi sur le point de savoir si l'introduction en droit interne d'une interdiction de fournir un service qui affecte l'utilisation d'un produit peut constituer une règle technique devant être notifiée en application de la directive.

55. Dans la version applicable de la directive, l'exigence de notification ne s'applique qu'aux règles techniques qui affectent les produits, et non pas à celles qui affectent les services. Ce n'est qu'avec la directive 98/34, telle que modifiée par la directive 98/48, qu'est entrée en vigueur l'obligation étendue à certains types de services, mais pas toutefois à la catégorie de services concernée dans la présente affaire¹⁸.

56. Néanmoins, cette circonstance importe peu ici puisque le problème ne concerne pas le commerce des prestations de services, mais plutôt l'effet que peut avoir sur le commerce des produits une interdiction de fournir un service particulier. Une règle qui interdit un service supposant l'emploi d'un produit particulier interdit à l'évidence d'employer ce produit pour la fourniture du service en question. À moins que le

produit ne puisse être utilisé librement dans d'autres buts, l'interdiction pourra par conséquent avoir pour effet supplémentaire soit d'interdire totalement tout emploi de ce produit, soit d'exiger qu'il soit conforme à certains critères techniques pour pouvoir être utilisé dans un autre but autorisé.

57. À ce propos, le gouvernement portugais fait toutefois valoir que, en application de la maxime «accessorium sequitur principale», les dispositions interdisant ou restreignant la prestation de services et affectant ainsi l'emploi d'un produit qui constitue l'accessoire nécessaire de la prestation de ce service ne peuvent pas constituer une règle technique à l'égard du produit lui-même.

58. Cependant, la Cour a clairement énoncé dans l'arrêt *Anomar e.a.*¹⁹ que, si l'exploitation de machines de jeu relève des dispositions du traité relatives à la libre prestation de services, l'importation de ces mêmes machines relève des dispositions relatives à la libre circulation des marchandises, en dépit du lien qui existe entre les deux.

59. Par conséquent, il doit être possible d'apprécier une règle qui affecte à la fois l'exploitation de machines de jeux et leur

18 — Voir point 13 ci-dessus.

19 — Précité dans la note 14, point 55.

utilisation (laquelle, à son tour, affecte la commercialisation des machines) dans le contexte à la fois de la libre prestation des services, pour ce qui est du premier aspect, et de la libre circulation des marchandises — y compris la possibilité qu'elle constitue une règle technique — pour ce qui est du second aspect.

60. Ainsi, dans la présente affaire, une règle qui interdit d'organiser des jeux pour le public et/ou dans le but d'obtenir un gain sur des machines de jeu ne versant pas elles-mêmes les gains peut être considérée comme équivalant soit à une interdiction d'employer de telles machines, soit à une condition exigeant que toutes les machines de jeu soient fabriquées de sorte à remettre les prix gagnés sous la forme d'articles, d'espèces, de bons d'achat, de jetons et autres.

61. Sur la première possibilité, le gouvernement du Royaume-Uni fait valoir que la législation suédoise restreint simplement mais n'interdit pas l'emploi des machines en cause; elle ne peut donc pas relever de la notion de règle technique de ce point de vue.

62. Il est cependant nécessaire, à notre avis, d'examiner de plus près les possibilités d'utilisation que laisse subsister l'interdiction.

63. Dans quelle mesure une machine de jeu peut-elle remplir l'objectif pour lequel elle a été conçue si elle ne peut pas être exploitée dans l'espoir d'obtenir un gain et ne peut pas être mise à la disposition du public? On peut supposer que certaines formes d'utilisation privée resteront possibles, mais il convient de se souvenir que la loi suédoise sur les loteries semble considérer les clubs privés comme relevant de la notion de «public»²⁰.

64. Une interdiction d'utiliser un produit, qui va moins loin que l'interdiction de détenir le produit, ne constituera pratiquement jamais une interdiction de toute utilisation concevable (par exemple, une machine de jeu pourrait être utilisée comme butoir de porte, même si peu de personnes envisagent d'en acheter une dans ce but).

65. Pour déterminer si l'interdiction d'une prestation de services qui affecte l'emploi d'un produit équivaut à l'interdiction d'utiliser le produit en question, il est nécessaire à notre avis de ne pas tenir compte des utilisations purement marginales dont le produit pourrait toujours faire l'objet, mais pour lesquelles il n'est pas prévu de par sa conception²¹. Si seules de telles utilisations demeurent possibles, il convient de considérer que l'utilisation est interdite, toujours dans le cadre de la troisième catégorie de

20 — Article 1^{er}, deuxième alinéa, de la loi.

21 — Comparer avec l'arrêt Lemmens, précité dans la note 12, point 25.

règle technique visée à l'article 1^{er}, point 9, de la directive et au point 7 ci-dessus. Si, en revanche, les possibilités d'utilisation subsistantes sont limitées mais ne sont pas purement marginales, nous sommes d'accord avec le Royaume-Uni pour affirmer que l'utilisation du produit n'est pas interdite au sens de la directive.

66. Nous approuvons également la suggestion du gouvernement portugais, faite à l'audience, selon laquelle, si le produit concerné est une machine qui peut être programmée pour différentes fonctions et si l'interdiction ne concerne que l'une de ces fonctions, dans ce cas, à nouveau, il n'y a pas interdiction d'utilisation au sens de la directive.

67. En ce qui concerne la deuxième possibilité — celle qu'une règle qui interdit d'organiser des jeux sur des machines ne versant pas elles-mêmes les gains soit équivalente à une condition exigeant que toutes les machines de jeu soient fabriquées de sorte à verser les prix — les mêmes considérations valent en grande partie. En particulier, la possibilité d'utilisations purement marginales dont le produit pourrait faire l'objet, mais pour lesquelles il n'a pas été conçu, doit être laissée de côté.

68. Cependant, plutôt que de rechercher si l'interdiction du service en question peut

être considérée comme une interdiction totale d'utiliser un produit donné, il convient de rechercher si elle équivaut à interdire cette utilisation dans la mesure où le produit ne correspond pas à certains critères techniques (applicables dans le cas d'autres utilisations autorisées). Cela reviendrait à exiger que le produit corresponde à ces critères pour pouvoir être utilisé, et cela pourrait donc signifier que l'interdiction constitue une spécification technique définissant les caractéristiques exigées d'un produit, au sens de la première catégorie de règle technique citée à l'article 1^{er}, point 9, de la directive et au point 5 ci-dessus, définie à l'article 1^{er}, point 2.

69. Dans la présente affaire, il nous semble qu'exiger que les machines de jeu soient fabriquées de sorte à remettre les prix selon des modalités précises relève clairement du sens habituel du terme «spécification technique» et que la définition donnée par l'article 1^{er}, point 2, de la directive ne comporte aucun élément en sens contraire.

70. Ainsi, lorsque la prestation d'un service qui suppose l'emploi d'un produit particulier se trouve interdite, de sorte que l'utilisation du produit pour la fourniture de ce service se

trouve elle aussi interdite, les questions à poser sont les suivantes: E — *Sur la troisième question*

— ce produit peut-il légalement être utilisé dans d'autres buts, pour lesquels il a également été conçu et qui ne sont pas purement marginaux?

— dans l'affirmative, est-ce seulement à condition de respecter certaines spécifications techniques qu'il peut légalement être utilisé dans de tels buts?

71. Si la réponse à la première question est non, ou si la réponse à la deuxième question est oui, l'interdiction du service constitue bien une règle technique devant être notifiée conformément à la directive.

72. L'appréciation incombe à la juridiction nationale, mais il semble probable, au vu du dossier de l'affaire, que la règle nationale en cause sera considérée comme une règle technique exigeant une notification en vertu de la directive, à moins qu'il n'existe, en pratique, des manières d'utiliser les machines en question dans le but pour lequel elles ont été conçues, à savoir le jeu, qui ne sont pas purement marginales et qui n'exigent pas qu'elles soient fabriquées de sorte à verser les gains.

73. La troisième question vise à savoir si la redéfinition en droit interne d'une prestation de services liée à la fabrication d'un produit peut constituer une règle technique devant être notifiée, dans le cas où la nouvelle définition affecte l'utilisation du produit.

74. Il ne serait ni facile, ni même peut-être utile, de tenter de répondre à cette question dans des termes aussi généraux. Il convient de la lire dans son contexte, comme se rapportant à la redéfinition d'un service réglementé (c'est-à-dire une activité qui n'est autorisée qu'à certaines conditions) qui, parce qu'elle concerne la fabrication d'un produit utilisé pour ce service, affecte l'utilisation du produit.

75. Une grande partie de la réponse à cette question découle de la solution apportée à la deuxième question. Dans la mesure où la fourniture d'un service est limitée ou interdite de telle sorte que l'utilisation d'un produit particulier se trouve interdite soit de manière absolue, soit à la condition que le produit corresponde à certains critères techniques, l'introduction de la mesure de restriction ou d'interdiction constituera une règle technique devant être notifiée en l'état de projet.

76. La troisième question comprend toutefois un autre élément: elle concerne la définition d'un service et non pas l'introduction d'une interdiction de ce service.

77. Nous avons déjà mentionné l'arrêt Colim et l'article 8, paragraphe 1, troisième alinéa, de la directive²² qui, comme le souligne la Commission, indiquent la voie à suivre dans cette affaire.

78. Conformément à la raison d'être du troisième alinéa de l'article 8, paragraphe 1, toute nouvelle définition d'un service qui a pour effet de modifier de manière significative le champ d'application d'une règle technique, d'ajouter des spécifications ou exigences, ou de rendre des spécifications ou exigences plus strictes doit incontestablement être notifiée à la Commission, et cela vaut a fortiori dans le cas où la redéfinition introduit effectivement une règle technique au sens de la directive.

79. Et si les mesures qui reproduisent ou remplacent une règle technique, sans ajouter de spécifications nouvelles ou supplémentaires, ne sont pas soumises à l'obligation de

notification, il faut en conclure a contrario que celles qui ajoutent de nouvelles spécifications supplémentaires sont soumises à cette obligation.

80. En d'autres termes, c'est l'effet de la redéfinition plutôt que la nature même de redéfinition qui déterminera si elle doit être notifiée ou non.

F — *Sur la quatrième question*

81. Pour finir, la juridiction nationale souhaite savoir si:

- le remplacement d'un régime d'autorisation par une interdiction,

- la valeur du produit ou service en question,

- la taille du marché des produits ou services, ou

22 — Voir points 46 et 47 ci-dessus.

— le fait qu'une nouvelle disposition relative à l'utilisation ait pour effet d'interdire totalement l'utilisation ou d'interdire ou de restreindre l'utilisation dans un ou plusieurs domaines possibles

subordonnent l'exercice d'une activité à une autorisation préalable ne constituent pas des règles techniques²³.

sont des facteurs qui ont une incidence sur l'obligation de notifier.

85. Les deuxième et troisième facteurs mentionnés semblent soulever la question d'une éventuelle exception de minimis à l'exigence de notification.

82. En ce qui concerne les premier et quatrième facteurs, la réponse semble claire au vu de ce qui a déjà été dit.

86. Comme le souligne la Commission, la directive ne prévoit aucune exception de cette nature, autre peut-être qu'une exception territoriale que l'on peut déduire de l'article 1^{er}, point 9: les spécifications techniques et autres exigences dont le respect n'est pas obligatoire dans au moins une partie importante d'un État membre ne relèvent pas de la notion de règle technique. Puisque rien n'indique que l'interdiction en question soit limitée d'une façon ou d'une autre sur le plan territorial, cet aspect est sans incidence dans la présente affaire.

83. L'introduction d'une interdiction d'utiliser un produit relève de la définition de l'article 1^{er}, point 9, de la directive, tandis qu'une restriction qui permet de continuer à utiliser le produit d'autres manières qui ne sont pas purement marginales échappe à cette définition.

87. De plus, qu'il y ait ou non place pour une règle de minimis dans le cadre de l'appréciation de l'existence d'une restriction aux échanges — et la Cour a fréquemment jugé que tel n'était pas le cas — une telle approche ne semble pas appropriée dans le contexte d'un système de contrôle préventif, puisque le système est destiné en particulier à permettre d'apprécier les effets actuels ou

84. Sur ce point, il ne semble pas pertinent de rechercher si l'utilisation nouvellement interdite était antérieurement autorisée sans restriction ou était soumise à un régime d'autorisation, puisque les dispositions qui

23 — Voir arrêt du 22 janvier 2002, Canal Satellite Digital (C-390/99, Rec. p. I-607, point 45).

potentiels sur les échanges. Quoi qu'il en soit, il résulte des observations de la Commission qu'un certain nombre de plaintes ont été déposées par des exploitants, fabricants et importateurs suédois de machines de jeu du type en question, au regard des effets restrictifs de la loi modifiée de 1996. Une telle situation tend à suggérer que quels que soient ces effets, ils ne sont pas négligeables.

91. Par exemple, nous continuons à penser qu'il est difficile de suivre cette approche dans certaines procédures opposant des particuliers²⁴, et nous avons déjà fait état de l'opinion de l'avocat général Ruiz-Jarabo Colomer, selon laquelle seules les règles susceptibles de provoquer une entrave à l'utilisation ou à la commercialisation des produits concernés devraient être déclarées inapplicables²⁵.

G — Remarques finales

88. Au vu de l'analyse que nous proposons, il semble possible que, sous réserve d'autres investigations de fait qui s'avèreraient nécessaires, la juridiction nationale estime que la loi modifiée de 1996 constitue une règle technique au sens de la directive.

92. Il ne semble pas toutefois que l'on soit dans un tel cas limite dans la présente affaire, qui appartient clairement à la jurisprudence abondante sur l'inopposabilité aux particuliers des dispositions nationales incompatibles avec une directive obligatoire pour les États membres, et qui concerne une règle incontestablement susceptible d'empêcher l'utilisation et la commercialisation d'un produit spécifique.

89. Dans ce cas, il résulte de la jurisprudence de la Cour que, puisque la loi modifiée n'a pas été notifiée à la Commission conformément à la directive, les juridictions nationales doivent en écarter l'application.

93. L'affaire n'est pas non plus comparable aux circonstances de l'arrêt Lemmens²⁶, où la Cour a décidé que le défaut de notification

90. Néanmoins, il doit exister, à notre avis, certaines limites à cette obligation de ne pas appliquer de telles mesures.

24 — Voir points 99 à 102 de nos conclusions dans l'affaire Unilever (arrêt du 26 septembre 2000, C-443/98, Rec. 2000, p. I-7535).

25 — Note 11 ci-dessus.

26 — Précité dans la note 12.

d'une réglementation technique relative aux éthylomètres ne pouvait pas être invoqué en défense dans le cadre de poursuites pénales engagées sur la base d'une disposition différente, mais fondées sur des preuves obtenues grâce à l'équipement autorisé

conformément à la règle en question. Ici, les poursuites sont engagées pour non-respect de la réglementation même qui n'a pas été notifiée, et il doit être possible d'en invoquer le défaut de notification à titre de défense.

IV — Conclusion

94. Nous sommes par conséquent d'avis que la Cour devrait apporter les réponses suivantes aux questions du Högsta domstolen:

«1) L'introduction en droit interne d'une interdiction d'utiliser un produit constitue une règle technique qui doit être notifiée en application de la directive 83/189/CEE du Conseil, du 28 mars 1983, prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques, telle que modifiée par les directives 88/182/CEE du Conseil, du 22 mars 1988, et 94/10/CE du Parlement européen et du Conseil, du 23 mars 1994.

2) L'introduction en droit interne d'une interdiction de fournir un service qui affecte l'utilisation d'un produit constitue une règle technique qui doit être notifiée en application de la directive 83/189, si cette interdiction a pour effet:

— qu'il n'est pas possible d'utiliser légalement le produit dans d'autres buts en vue desquels il a aussi été conçu, et qui ne sont pas purement marginaux;

ou

— qu'il n'est possible d'utiliser légalement le produit dans de tels buts qu'à la condition qu'il respecte certaines spécifications techniques.

- 3) La redéfinition en droit interne d'une prestation de services liée à la fabrication d'un produit constitue une règle technique qui doit être notifiée en application de la directive 83/189 si la nouvelle définition affecte l'utilisation du produit d'une des manières définies ci-dessus.
- 4) Le remplacement en droit interne d'un régime d'autorisation par une interdiction est soumis à la même obligation de notification que l'introduction d'une interdiction.
- 5) Des facteurs tels que la valeur plus ou moins importante du produit ou du service concernés ou la taille du marché de ces produits ou services sont sans incidence pour l'appréciation de l'obligation de notification.»