

LA NORMALISATION TECHNIQUE EUROPÉENNE VUE DE LUXEMBOURG

par Peter PECHO

Référéndaire au Tribunal de l'Union européenne – Collaborateur scientifique à l'Institut des études européennes de l'université libre de Bruxelles

et Arnaud VAN WAEYENBERGE

Chercheur au Centre Perelman de philosophie du droit – Université libre de Bruxelles (*)

La normalisation technique constitue un mode de régulation hybride recouvrant un ensemble de normes à portée générale. Depuis quelques années, la mondialisation est le théâtre d'un véritable envahissement du « droit » par ces « normes » dont témoignent les foyers de productions de normalisation toujours plus nombreux (ISO, CEI, UIT, CEN consortiums privés...). Aussi, alors que le recours à la normalisation participe d'un phénomène global aux acteurs variés, une description de la normalisation européenne permet-elle de souligner son originalité, ses forces, mais également ses faiblesses. En effet, la façon dont la normalisation technique fut employée par les

typographie) et de mesure (le système métrique décimal), la normalisation s'est ensuite appropriée, avec la seconde révolution industrielle, le secteur des pièces détachées, de l'acier, des chemins de fer, de l'électricité et des télécommunications. Ensuite, forte de ces succès et parallèlement à la naissance et à l'évolution des rôles dévo-



de l'information et de la communication, ainsi que dans la sphère de la responsabilité sociale des entreprises (3).

Depuis quelques années, la mondialisation est le théâtre d'un véritable envahissement du « droit » par ces « normes » (4) dont témoignent les foyers de productions de normalisation toujours plus nombreux. Il y a tout d'abord l'ISO (5) qui regroupe un véritable réseau d'agences où « les États ne sont pas directement représentés, mais dont les frontières politiques servent à désigner les membres » (6). L'ISO, quoique figure de proue, n'est pas la seule organisation internationale de normalisation. Elle a tissé de forts liens collaboratifs avec ses deux *alter ego*, que sont la Commission électrotechnique internationale (CEI) et l'Union internationale des télécommunications (UIT). À côté de ces organisations internationales, il existe de nombreuses organisations régionales de normalisation représentant l'Afrique, les pays arabes, la région couverte par la Communauté des États indépendants, l'Europe, l'Amérique latine, la zone Pacifique et les nations de l'Asie du Sud-Est, qui évaluent également à côté de l'ISO et des normalisateurs nationaux. Enfin, en parallèle à ce « réseau officiel » de normalisateurs nationaux, régionaux et internationaux, se trouvent les consortiums privés (7).

Aussi, alors que le recours à la normalisation participe d'un phénomène global aux acteurs variés, une description de la normalisation européenne permet-elle de souligner son originalité, ses forces, mais également ses faiblesses. En effet, la façon dont la normalisation technique fut employée par les décideurs européens facilita grandement l'achèvement du marché intérieur. En outre, elle continue de jouer un rôle clef dans le système normatif européen, mais peut laisser l'impression que la finalité politique consistant dans l'achèvement du marché unique pouvait justifier les moyens juri-

diques, à savoir des procédures et des organes imaginés à cet effet (8). Il était donc opportun que la Cour de justice balise celle-ci. À cet égard, après avoir décrit les grandes lignes de la normalisation technique européenne (partie I), nous synthétiserons l'apport jurisprudentiel de la Cour de justice de l'Union européenne à la lumière, entre autres, du traité de Lisbonne (partie II).

I. — LA NOUVELLE APPROCHE ET LA NORMALISATION TECHNIQUE (9)

Traditionnellement, toute la réglementation européenne relative au marché intérieur passait par une approche classique « top/down » qui consistait en l'adoption de réglementations générales, d'application uniforme pour tous les États membres. Cette manière de procéder était particulièrement lourde car l'unanimité était la règle au Conseil et obligeait, en outre, la Commission à proposer des réglementations très détaillées dans de nombreux secteurs. Cette lourdeur avait nécessairement pour conséquence que l'harmonisation des règles techniques ne couvrait qu'un nombre relativement limité de domaines, ce qui laissait le marché intérieur loin d'être achevé. En effet, en l'absence d'harmonisation au niveau européen, il appartient aux États membres de réglementer la production et la commercialisation des produits en question tout en respectant les règles énoncées par le traité, telles que l'interdiction des restrictions quantitatives à l'importation et à l'exportation, ainsi que des Mesures d'Effet Équivalent (« MEE »). Or pour savoir ce qu'est une MEE, il fallait se référer à la définition donnée par la Cour de justice de l'Union européenne dans l'arrêt *Dassonville* (10), qui la définit comme toute

réglementation commerciale des États membres susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement le commerce intracommunautaire. Très large, mais également relativement vague, notamment à l'époque de l'émergence même du marché intérieur, cette règle était d'application pratique difficile.

C'est dans ce contexte de contraste flagrant entre d'une part, la nécessité d'harmonisation, et d'autre part, le manque de moyens nécessaires à cette fin, qu'est intervenu l'ar-

(3) GRAZ J., « Quand les normes font loi – Topologie et processus différenciés de la normalisation internationale », *Revue études internationales*, vol. XXXV, n° 2, juin 2004, p. 246 et DUDOUET F., MERCIER D. et VION A., « Politiques internationales de normalisation – Quelques jalons pour la recherche empirique », *Revue française de science politique*, vol. 56, n° 3, juin 2006, p. 367.

(4) FRISON-ROCHE M.-A., « Le contrat et la responsabilité: consentements, pouvoirs et régulation économique », *Revue trimestrielle de droit civil*, vol. 97 (1), 1998, pp. 43 et s.

(5) Parce que le nom « Organisation internationale de normalisation » aurait donné lieu à des abréviations différentes selon les langues (« IOS » en anglais et « OIN » en français), ses fondateurs ont opté pour un nom court, universel: « ISO ». Ce nom est dérivé du mot grec *isos*, signifiant « égal ». Cette organisation, née en 1947, a élaboré plus de 17 500 normes internationales sur des sujets très variés et quelque 1 100 nouvelles normes ISO sont publiées chaque année.

(6) DUDOUET F., MERCIER D., VION A., « La régulation par les standards ISO », *Colloque de la Section d'Études Internationales de l'AFSP sur les politiques publiques internationales*, 21-22 avril 2005, disponible sur le site http://www.lest.cnrs.fr/lesdocumentsdetravail/mercier/la_regul.pdf, p. 4.

(7) GRAZ J., « Diplomatie et marché de la normalisation internationale », *L'économie politique*, 2002-1, pp. 59 et s.

(8) OST F. et van de KERCHOVE M., *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Éditions des FUSL, 2002, pp. 71 et 72.

(9) GALLAND J., « Normalisation, construction de l'Europe et mondialisation – éléments de réflexion », notes du Centre de prospective et de veille scientifique, n° 14, 2000, p. 20; MAC MILLAN J., « La certification », la reconnaissance mutuelle, et le marché unique », *Revue du marché unique européen*, n° 2, 1991.

(10) Arrêt du 11 juillet 1974, *Dassonville*, 8/74, Rec., p. 837, point 5.



rêt *Cassis de Dijon* (11), qui a précisé le principe énoncé dans l'arrêt *Dassonville* en ce sens qu'un produit ne faisant pas l'objet de mesures d'harmonisation européenne, mais qui est légalement fabriqué et commercialisé dans un État membre, peut être commercialisé dans les autres États membres, même s'il n'est pas (entièrement) conforme aux réglementations de ces derniers (12). Explicité par une communication interprétative de la Commission (13), le principe de la reconnaissance mutuelle est devenu une première alternative à l'harmonisation selon la méthode classique. Désormais, la libre circulation des marchandises n'était plus mise en œuvre exclusivement par les directives européennes harmonisant certains aspects des produits, mais également par une application consécutive des articles 34 à 36 TFUE (14). En conséquence, il n'était alors plus nécessaire que les produits légalement fabriqués et commercialisés dans un État membre, c'est-à-dire, des produits respectant la réglementation de cet État membre, se conforment également aux exigences de l'État membre de destination. Ce dernier devra faire preuve de confiance dans la réglementation de l'État membre d'origine, voire aux contrôles qu'il a effectués, à savoir, qu'ils soient propres à assurer les objectifs poursuivis par sa propre réglementation et ses propres contrôles, à moins qu'un intérêt légitime n'était pas encore ou pas suffisamment assuré par l'État membre d'origine, la charge de preuve de cette circonstance incombant naturellement à l'État membre de destination, s'il s'en prévaut (15).

Concrètement, les États membres ne pouvaient donc plus se fonder sur leurs normes techniques pour restreindre arbitrairement la commercialisation de marchandises produites dans un autre État membre (16). Selon une jurisprudence constante de la Cour, si un État membre peut soumettre, au titre de la protection des exigences impé-

ratives ou des intérêts visés à l'article 36 TFUE, un produit ayant déjà fait l'objet d'une agrégation dans un autre État membre à sa propre procédure d'agrégation, ses autorités sont néanmoins tenues de contribuer à un allègement des contrôles dans le commerce intracommunautaire. Il en résulte qu'elles ne sont pas en droit d'exiger sans nécessité des analyses techniques ou chimiques ou des essais de laboratoire lorsque les mêmes analyses et essais ont déjà été effectués dans l'État membre d'origine et que les résultats sont à la disposition de ces autorités de l'État membre de l'importation ou peuvent, sur leur demande, être mis à leur disposition (17). Le strict respect de cette obligation exige une attitude active de la part de l'organisme national saisi d'une demande d'homologation d'un produit ou de reconnaissance, dans ce cadre, de l'équivalence d'un certificat émis par un organisme d'homologation d'un autre État membre. Une telle attitude active s'impose d'ailleurs, le cas échéant, à ce dernier organisme également. Il incombe dès lors aux États membres de s'assurer que les organismes d'homologation compétents coopèrent mutuellement, dans le but de faciliter les procédures à suivre pour obtenir l'accès au marché national de l'importation (18). Ainsi, la Cour a pu juger que les articles 34 à 36 TFUE s'opposent à des règles ou à des pratiques administratives nationales qui, en confiant les procédures d'évaluation de la conformité en vue de la mise sur le marché et de la mise en service des équipements hertziens au pouvoir discrétionnaire de l'Administration, interdisent aux opérateurs économiques, en l'absence d'homologation nationale, d'importer, de commercialiser ou de détenir pour la vente des appareils radio, sans qu'il existe la possibilité de prouver d'une façon équivalente et moins onéreuse la conformité desdits appareils aux conditions concernant le bon usage des fréquences radio autorisées par le droit natio-

nal (19). Constitue une MEE non admissible au regard des exigences impératives et non justifiable au regard de l'article 36 TFUE fait pour un État membre d'inciter, voire d'obliger *de facto*, des opérateurs économiques désirant commercialiser sur son territoire des produits ne relevant d'aucune

(11) Arrêt du 20 février 1979, *Rewe Zentral* (dit « Cassis de Dijon »), 120/78, Rec., p. 649, points 8 et 14. Voir à cet égard A. MATTERA, « Les barrières frontalières de l'intérieur de la CEE et l'action de la Commission pour leur démantèlement », *Revue du marché commun*, 1987, str. 264 à 267; A. MATTERA, *Le marché unique européen, ses règles, son fonctionnement*, Jupiter, Paris, 1990, p. 246.

(12) Il n'en va autrement que (i) si l'État membre de destination du produit peut se prévaloir de l'un ou de plusieurs des intérêts légitimes énumérés à l'article 34 TFUE ou des exigences impératives tendant à la sauvegarde des objectifs comme la protection des consommateurs ou de l'environnement, la loyauté des transactions commerciales, (ii) si la restriction infligée à la commercialisation du produit dans ledit État membre est nécessaire et proportionnelle eu égard à l'intérêt légitime invoqué, et (iii) si elle n'est pas discriminatoire à l'égard des produits importés pour ce qui concerne les exigences impératives. Une discussion existe toutefois si les États membres peuvent se prévaloir des exigences impératives également pour faire admettre des restrictions discriminatoires. Voir à cet égard D. MARTIN, « "Discriminations", "Entraves" et "Raisons impérieuses" dans le traité CE: trois concepts en quête d'identité », *CDE*, 1998, str. 261; C. W. A. TIMMERMANS, *Creative Homogeneity*, in *Liber Amicorum in Honour of Sven Norberg – A European for All Seasons*, Bruylant, Brusel, 2006, str. 476; P. PECHO, « Good-Bye Keck? A comment on the remarkable judgement in *Commission v. Italy*, C-110/05 », *Legal Issues of Economic Integration*, n° 3/2009.

(13) JOCE du 3 octobre 1980, C-256, p. 2.

(14) Ex-articles 28 à 30 CE.

(15) Voir, par exemple, arrêt du 8 mai 2003, *ATRAL*, C-14/02, Rec., p. I-4431, points 67 et 68.

(16) Voir, par exemple, arrêt du 7 juin 2007, *Commission/Belgique* (systèmes de détection automatique d'incendie), C-254/05, Rec., p. I-4269.

(17) Arrêts du 17 décembre 1981, *Frans-Nederlandse Maatschappij voor Biologische Producten*, 272/80, Rec., p. 3277, point 14, et du 17 septembre 1998, *Harpegnies*, C-400/96, Rec., p. I-5121, point 35.

(18) Arrêt du 10 novembre 2005, *Commission/Portugal*, C-432/03, Rec., p. I-9665, point 46.

(19) Arrêt du 20 juin 2002, *Radiosistemi*, affaires jointes C-388/00 et C-429/00, Rec., p. I-5845, points 46 et 47.



règle d'harmonisation technique, mais qui sont légalement fabriqués et/ou commercialisés dans un autre État membre, à obtenir des marquages de conformité de l'État membre de destination (20).

Bien que le principe de reconnaissance mutuelle fût un pas essentiel dans la construction du marché unique européen, il n'est pas d'application pratique aisée. En réalité, un producteur souhaitant commercialiser une marchandise ne relevant d'aucun domaine harmonisé au niveau européen et ne correspondant pas (entièrement) aux règles techniques établies dans l'État membre de destination, est confronté à un choix triple: (i) soit il peut rendre son produit conforme à la réglementation de l'État membre de destination; (ii) soit lorsque cela s'avère trop coûteux ou trop difficile, il peut totalement renoncer à entrer sur le marché de cet État membre; (iii) ou encore il peut « passer outre » ladite réglementation et se prévaloir du principe de la reconnaissance mutuelle. Néanmoins, dans cette dernière option, il doit compter avec le risque d'être attrait dans des procédures administratives ou judiciaires destinées à établir si l'État membre est véritablement en droit de restreindre ou prohiber la commercialisation du produit en question.

Afin de rendre les aléas de l'application pratique du principe de la reconnaissance mutuelle aussi minimes que possible, tant pour les opérateurs économiques, que pour les autorités nationales, le législateur européen a adopté le règlement (CE) n° 764/2008 (21) définissant les droits et obligations des autorités nationales envers les entreprises souhaitant vendre des produits légalement fabriqués et commercialisés dans un autre État membre, dès lors que des mesures techniques nationales restrictives pourraient s'appliquer à lui. En particulier, le règlement met l'accent sur la charge de la preuve en fixant les conditions procédurales

dans lesquelles la reconnaissance mutuelle peut être rejetée. Enfin, ce règlement doit être considéré comme complémentaire de la directive 98/34 (22), instituant une procédure d'information préalable sur les réglementations techniques nationales, visant à empêcher que les États membres prennent des mesures incompatibles avec le marché intérieur.

La reconnaissance mutuelle suscitait également des craintes qu'un recours généralisé à ce principe aboutirait à un alignement des règles nationales sur le plus petit dénominateur commun résultant en une mise en danger des consommateurs, à un manque de protection de l'environnement, ainsi qu'à une régression technique. Par conséquent, en vue de finaliser le marché unique prévu par l'Acte unique européen pour fin 1992, la Commission a adopté, en parallèle à ses efforts de tirer le plus grand profit du principe de la reconnaissance mutuelle, une nouvelle stratégie d'harmonisation appelée « Nouvelle approche » (23). Celle-ci a pour but de favoriser la libre circulation des marchandises, tout en garantissant un niveau minimum de sécurité équivalent dans tous les pays européens (24).

Reposant sur le principe de la reconnaissance mutuelle, l'harmonisation technique, au sens de la Nouvelle approche, se limite à harmoniser uniquement les exigences essentielles (concernant la santé, la sécurité, l'environnement...) relatives aux produits qui sont rendues obligatoires par des directives. Ces exigences essentielles sont complétées par des spécifications techniques, sous la forme de normes européennes harmonisées non-obligatoires (25). S'il le souhaite, le fabricant peut ainsi mettre en application ces normes pour satisfaire aux exigences essentielles. Il a tout intérêt à les observer car leur application présume de la conformité aux exigences essentielles (26).

Les normes harmonisées sont élaborées, sur mandat de la Commission, par des organismes européens de normalisation, en l'occurrence le CEN (27) pour la plupart des secteurs, le CENELEC (28) dans le domaine de l'électrotechnique et l'ETSI (29) dans les télécommunications. Ces organismes sont des *Associations Internationales Sans But Lucratif* (AISBL) de droit belge, composées des organismes nationaux des divers États membres et dont le statut est mixte, c'est-à-

(20) Arrêt du 13 mars 2008, Commission/Belgique (produits de construction), C-227/06, non publié au Recueil.

(21) Règlement (CE) n° 764/2008 du Parlement européen et du Conseil, du 9 juillet 2008, établissant les procédures relatives à l'application de certaines règles techniques nationales à des produits commercialisés légalement dans un autre État membre et abrogeant la décision n° 3052/95/CE (JO, L 218, p. 21).

(22) Directive 98/34/CE du Parlement européen et du Conseil, du 22 juin 1998, prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques (JO, L 04, p. 37).

(23) La nouvelle approche est basée sur la résolution du Conseil du 7 mai 1985 concernant une nouvelle approche en matière d'harmonisation technique et de normalisation, JO, C-36 du 4 juin 1985 pp. 1 à 9. Cette approche fut également mise en lumière par le célèbre et précurseur arrêt *Cassis de Dijon*.

(24) <http://www.vnorm.lul/cms/veille/content.nsf/id/5VIL-7B7-HBU?opendocument&language=fr>

(25) L'élaboration et l'adoption de ces normes européennes harmonisées se fondent sur les orientations générales pour la coopération entre les organismes européens de normalisation et la Commission, signées le 13 novembre 1984 et revues le 28 mars 2003 qui contiennent une série de principes et d'engagements en ce qui concerne la normalisation, comme la participation de toutes les parties intéressées (par exemple les fabricants, les associations de consommateurs et les syndicats), le rôle des pouvoirs publics, la qualité des normes et l'application uniforme des normes dans l'ensemble de l'Union européenne - http://ec.europa.eu/enterprise/newapproach/legislation/guide/document/guide_publicif.pdf

(26) <http://www.vnorm.lul/cms/veille/content.nsf/id/5VIL-7B7-HBU?opendocument&language=fr>

(27) Comité européen de normalisation.

(28) Comité européen de normalisation électrotechnique.

(29) Institut européen des normes de télécommunications.

dire public/privé. Cette dissociation entre les objectifs (exigences essentielles) et les moyens non obligatoires pour y arriver (normes techniques) permet au marché de ne pas se voir imposer des standards inadéquats et/ou dépassés et à l'Union européenne de garantir un résultat acceptable en terme de santé, sécurité et environnement à l'ensemble des consommateurs. Plus spécifiquement, les organismes européens de normalisation reçoivent des missions d'identifier et d'élaborer des normes harmonisées au sens de la Nouvelle approche et de présenter à la Commission une liste des normes harmonisées adoptées. Ces organismes peuvent, dans ce cadre, choisir d'utiliser les normes ISO ou décider de créer une norme originelle, valable uniquement au niveau européen. Ils assument l'entière responsabilité de ce choix et donc du contenu technique de ces normes et aucune procédure n'est prévue pour permettre aux pouvoirs publics de vérifier ou d'approuver, au niveau communautaire ou national le contenu des normes harmonisées. *Le dialogue entre les organismes de normalisation et les autorités et, le cas échéant, leur participation au processus de normalisation doivent, néanmoins, contribuer à garantir que les clauses du mandat sont correctement comprises et que les préoccupations publiques sont convenablement prises en compte dans le processus* (30).

Ce système original a permis au marché intérieur de connaître un franc succès et a contribué à mettre en place un cadre propice à l'innovation dans laquelle les spécifications techniques permettant de se conformer aux exigences légales sont élaborées par les parties intéressées elles-mêmes et actualisées en fonction de l'état des techniques (31). De surcroît, en renvoyant à la normalisation la définition des spécifications techniques, le législateur ne serait plus ainsi prisonnier des experts, voire des groupes d'intérêts qui œuvrent derrière (32). La nature du système mis en place peut être considérée comme un modèle de co-réglemen-



tation ayant fait ses preuves (33), dans la mesure où les exigences essentielles seraient déterminées par le législateur et l'harmonisation technique serait – en partie – élaborée, appliquée et contrôlée par les acteurs qui en sont concernés en premier chef.

II. — L'APPORT DE LA COUR DE JUSTICE

L'origine privée des normes techniques harmonisées, ayant pour objectif d'assurer la protection des exigences essentielles, définies quant à elles, par des pouvoirs publics européens, ainsi que les conséquences juridiques attachées à la conformation volontaire de produits auxdites normes ont créé à l'évidence une combinaison inédite qui devait être éclairée par la Cour de justice et par le Tribunal de l'Union européenne. Les quelques précisions fournies à ce jour par ces deux juridictions concernent (1.) la présomption de conformité des produits munis du marquage CE aux exigences essentielles, (2.) les modalités strictes pour la renverser, (3.) la désignation de la personne responsable pour l'apposition induit dudit marquage, et (4.) l'immunité juridictionnelle relative des normes techniques harmonisées, voire de tout le système mis en place.

1. Marquage CE – un passeport européen des marchandises

La libre circulation des marchandises relevant du champ d'application des mesures de rapprochement de législations n'est donc pas conditionnée par le respect des normes techniques harmonisées mettant en œuvre les exigences essentielles. Tout opérateur économique est toujours libre de démontrer aux autorités compétentes de l'État membre d'importation que les produits qu'il entend y commercialiser satis-

font auxdites exigences, formulées d'ailleurs souvent en termes relativement larges, laissant effectivement place à une pluralité de solutions techniques (34). Cependant, le marquage CE facilite énormément l'accès des produits qui en sont munis à l'ensemble du marché de l'Union, dans la mesure où les directives d'harmonisation technique prévoient, d'une part, que les États membres présument que sont conformes aux exigences essentielles qu'elles définissent, les produits qui satisfont aux normes harmonisées, dont la référence a été publiée au *Journal officiel de l'Union européenne (JOUE)*, ou aux normes nationales correspondantes adoptées conformément à ces dernières. Ces directives confèrent donc une présomption de conformité aux produits revêtus du marquage CE. Ce marquage indique la conformité des produits qui en sont assortis avec tous les éléments de la directive applicable, y compris avec les procédures d'évaluation de leur conformité qui y sont

(30) http://ec.europa.eu/enterprise/newapproach/legislation/guide/document/guide_publicif.pdf

(31) Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen et au Comité économique et social européen, Vers une contribution accrue de la normalisation à l'innovation en Europe, COM (2008) 133 final, 11 mars 2008, p. 8.

(32) BORRAZ O., « Les normes. Instruments dépolitisés de l'action publique », in Lascosmes P. et Le Galès P., Gouverner par les instruments, Presses de Sciences Po, Paris, 2004, p. 145.

(33) Rapport de la Commission du 26 septembre 2001 cité par BORRAZ O., « Les normes. Instruments dépolitisés de l'action publique », in Lascosmes P. et Le Galès P., Gouverner par les instruments, Presses de Sciences Po, Paris, 2004, p. 145.

(34) Voir, par exemple, l'annexe I de la directive 93/42/CE du 14 juin 1993, relative aux dispositifs médicaux (JO, L 169, p. 1), telle que modifiée; ou l'article 3, paragraphe 1, de la directive 1999/15/CE du Parlement européen et du Conseil, du 9 mars 1999, concernant les équipements hertziens et les équipements terminaux de télécommunications et la reconnaissance mutuelle de leur conformité (JO, L 91, p. 10).



prévues (35). D'autre part, il est interdit aux États membres de faire obstacle à la mise sur leur marché des produits portant le marquage CE, assorti d'une déclaration de conformité (36). Par conséquent, les produits marqués « CE » peuvent être mis sur le marché sans devoir être soumis à un mécanisme quelconque d'autorisation préalable (37). La Cour assure le respect de cette règle d'une manière particulièrement stricte en énonçant, non sans rappeler l'arrêt fondateur *Dassonville*, que constitue une violation de cette dernière toute mesure susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement, le commerce intracommunautaire des marchandises munies du marquage CE (38). Il en est ainsi, à titre d'exemple, d'une mesure hongroise qui exigeait d'un distributeur de produits munis du marquage CE, à savoir des équipements hertziens, d'établir préalablement à leur commercialisation dans cet État membre une déclaration de conformité comprenant les données techniques alors que ces produits bénéficient déjà d'une telle déclaration de la part de leur producteur, qui est l'une des personnes à qui selon la directive en question incombe la responsabilité (39). Il s'ensuit que sont interdites toutes les règles nationales soumettant les produits munis du marquage CE à des obligations dépassant celles fixées par la directive applicable en l'espèce, c'est-à-dire, des mesures qui ne respectent pas la présomption de conformité desdits produits sans pour autant respecter les conditions et la procédure strictes pour la renverser.

2. Conditions strictes pour renverser la présomption de conformité des produits munis du marquage CE aux exigences essentielles

Même si les directives d'harmonisation technique présentent des divergences entre elles en raison de la diversité des produits

auxquels elles s'appliquent, il est possible de constater qu'elles sont taillées d'une manière relativement uniforme non seulement quant à la règle de présomption de conformité de produits munis du marquage CE, mais également en ce qui concerne les modalités de son renversement. On peut donc parler d'une certaine normalisation des directives elles-mêmes, dont il convient de présenter les traits communs.

La législation européenne prévoit deux principaux cas de figure. En premier lieu, un État membre ou la Commission peut estimer, au vu des normes techniques harmonisées, élaborées sur la base d'un mandat donné par la Commission à l'un des organismes privés, que celles-ci ne garantissent pas le respect des exigences essentielles en question. En pareille situation, l'État membre concerné ou la Commission saisit pour avis ou consulte, un ou plusieurs comités techniques institués ou désignés par la directive applicable. À la suite de la consultation, la Commission peut soit indiquer aux États membres de retirer les normes techniques ou agréments transposant la norme harmonisée, soit procéder elle-même au retrait des normes harmonisées en publiant un avis au *JOUE* (40). En second lieu, un État membre qui constate que des produits munis du marquage CE ne sont malgré cette circonstance pas à même d'assurer la protection des exigences essentielles, dont notamment la protection de la santé des consommateurs, est tenu d'engager la clause dite « de sauvegarde ». En l'occurrence, il prend toutes les mesures utiles pour retirer lesdits produits du marché, et en informe immédiatement la Commission. À cette occasion, l'État membre indique les raisons de sa décision. La Commission consulte alors rapidement les parties concernées, à la suite de quoi elle détermine si les mesures prises par l'État membre sont justifiées ou non. Au cas où ces mesures de sauvegarde seraient justifiées

par les insuffisances des normes techniques harmonisées, la Commission entame une procédure de retrait desdites normes (41).

Dans la mesure où les conditions du renversement de la présomption de conformité font l'objet d'une harmonisation, dans le cadre de laquelle ce renversement constitue une exception à une règle générale, et où les modalités procédurales pour sa mise en œuvre confèrent des droits à ceux qui se prévalent du marquage CE, la Cour de justice contrôle scrupuleusement si les mesures édictées restrictives de la libre circulation des produits assortis du marquage CE sont conformes aux procédures fixées par la directive applicable (42). Si l'État membre fonde ses mesures restrictives sur la protection des exigences essentielles prises en compte par la directive, son action doit être encadrée, elle aussi, par la procédure que cette législation fixe. Il n'en va autrement que si l'État justifie

(35) Arrêt du 30 avril 2009, *Lidl Magyarország*, C-132/08, non encore publié au Recueil, point 26.

(36) Voir, par exemple, articles 4 et 5 de la directive 98/37/CE du Parlement européen et du Conseil, du 22 juin 1998, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux machines (JO, L 207, p. 1).

(37) Voir, en ce sens, arrêts précités *ATRAL*, point 52, et *Lidl Magyarország*, point 28.

(38) Arrêt du 17 avril 2007, *A.G.M.-COS.MET*, C-470/03, Rec., p. I-2749, point 60.

(39) Directive 1999/5.

(40) Voir, par exemple, article 5, paragraphe 1, de la directive 89/106/CEE du Conseil du 21 décembre 1988 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres concernant les produits de construction (JO, L 40 du 11.2.1989, p. 12); article 5, paragraphes 3 et 6, paragraphe 2 de la directive 93/42; et l'article 5 de la directive 1999/5.

(41) Voir, par exemple, article 8, de la directive 93/42, et l'article 7 de la directive 98/37.

(42) Voir, par exemple, arrêts *A.G.M.-COS.MET*, précité, points 63 et 64; du 14 juin 2007, *Medipac-Kazantzidis*, C-6105, Rec., p. I-4557, point 52, et du 19 mars 2009, *Commission/Grèce*, C-489/06, non encore publié au Recueil, point 43.



ses restrictions par un objectif non couvert par l'harmonisation. C'est alors le régime de l'article 36 TFUE ou des exigences impératives qui s'applique (43).

3. Personne responsable pour l'usage incorrect du marquage CE

Une certaine standardisation des directives « Nouvelle approche » peut être décelée également en ce qui concerne la désignation de la personne responsable pour l'apposition indue du marquage CE. Il s'agit soit de la personne qui a établi la déclaration de conformité (44), soit de celle qui a apposé le marquage (45). L'économie de ces directives s'oppose à la multiplication des personnes qui peuvent être responsables pour une apposition du marquage CE à des produits non conformes (46). Il s'ensuit, qu'en précisant toujours clairement à l'encontre de quelles personnes peuvent ou doivent être prises des mesures lorsque des produits munis de ce marquage ne répondent pas aux exigences essentielles, le législateur européen entend assurer la sécurité juridique pour toutes les parties concernées: les victimes de l'apposition indue, les États membres, mais aussi les producteurs et les importateurs de ces produits.

4. Norme technique harmonisée: une norme à l'abri de contestation par les particuliers?

En cas de contestation, les droits des particuliers de demander en justice l'annulation des normes sont particulièrement ténus. En effet, la combinaison de l'intervention publique et privée a conféré aux normes techniques harmonisées une certaine immunité. Dans la mesure où elles sont d'origine privée, elles ne sont, sans aucun doute, pas attaques en tant que telles, au moyen d'un recours en annulation (47), celui-ci ne pouvant être dirigé qu'à l'encontre des actes adoptés par les institutions de l'Union (48). Toutefois, pour que ces normes deviennent

applicables, une action des institutions européennes est également indispensable. Il s'agit de leur publication au *JOUE*. La même importance peut être attachée aux décisions de la Commission de rejeter les éventuelles objections d'un des États membres relatives à l'adéquation des normes aux exigences essentielles. Or, sous l'empire du traité de Nice, et même avant, ces deux types d'actes de la Commission étaient bel et bien à l'abri des contestations de la part des particuliers. Il en était ainsi du moins pour la simple raison, que ceux-ci n'étaient pas individuellement affectés par lesdites normes au sens de la jurisprudence *Plaumann* (49). Le traité de Lisbonne ayant éliminé cette condition d'affectation individuelle des particuliers pour demander l'annulation des actes réglementaires « autosuffisants » les concernant directement (50), la question se pose alors de savoir s'il est possible de considérer les mesures de publication des normes techniques harmonisées au *JOUE* comme des actes réglementaires autosuffisants, faisant grief, et susceptibles d'affecter certains particuliers d'une manière directe.

En premier lieu, les juridictions de l'Union n'ont pas encore eu l'occasion de préciser ce qu'est un « acte réglementaire ne comportant pas de mesures d'exécution », le traité de Lisbonne n'étant en vigueur que depuis le 1^{er} décembre 2009. Cependant, à titre d'hypothèse, on pourrait supposer qu'il s'agisse d'actes applicables *erga omnes* et ne nécessitant pas de mesures d'exécution à prendre par les autorités de l'Union, ainsi que d'aucun acte de transposition en droits nationaux. À première vue, les mesures de publication pourraient remplir ces critères, car elles concernent tous les producteurs potentiels des marchandises relevant de la directive en question, ainsi que toutes les autorités nationales concernées, et que la publication des références aux normes techniques harmonisées au niveau national ne

semble pas être une condition de leur validité dans les États membres.

En deuxième lieu, lesdites mesures de publication pourraient être regardées comme faisant grief, car elles sont de nature à affecter les intérêts des particuliers, en modifiant de façon caractérisée la situation juridique de ceux-ci (51). De surcroît, de telles mesures fixent définitivement la position de l'institution compétente (52), c'est-à-dire de la

(43) Arrêts *Lidl Magyarország*, précité, point 45, ainsi la jurisprudence citée, et du 19 novembre 2009, *Nordiska Dental*, C-288/08, non encore publié au Recueil, points 27 à 30.

(44) Solution retenue par exemple à l'article 21, paragraphe 4, de la directive 89/106.

(45) Il en est par exemple de la directive 95/16/CE du Parlement européen et du Conseil, du 29 juin 1995, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux ascenseurs (JO, L 213, p. 1), article 7, paragraphe 3, de la directive 97/23/CE du Parlement européen et du Conseil, du 29 mai 1997, relative au rapprochement des législations des États membres concernant les équipements sous pression (JO, L 250, p. 14); article 8, paragraphe 3, de la directive 98/37, article 8, paragraphe 3; ou de la directive 2006/42/CE du Parlement européen et du Conseil, du 17 mai 2006, relative aux machines et modifiant la directive 95/16/CE (refonte) (JO, L 157, p. 24), article 11, paragraphe 5.

(46) Arrêt du 8 septembre 2005, *Yonemoto*, C-40/04, Rec., p. I-7755, point 44.

(47) Article 263, alinéa 4 TFUE.

(48) Arrêt du 31 mars 1971, *Commission/Conseil*, dit « AETR », 22/70, Rec., p. 263, points 38 et 39.

(49) Arrêt du 15 juillet 1963, *Plaumann/Commission*, 25/62, Rec., p. 197. Voir à cet égard ordonnance du Tribunal du 25 mai 2004, *Schmoldt e.a./Commission*, T-264/03, Rec., p. II-1515, et ordonnance de la Cour du 16 septembre 2005, *Schmoldt e.a./Commission*, C-342/04 P, non publié au Recueil. *VAN WAERYENBERGE A. et PECHO P.*, « L'arrêt Unibet et le traité de Lisbonne – un pari sur l'avenir de la protection juridictionnelle effective », *Cahiers de Droit Européen*, 2008/1-2, pp. 126 à 156.

(50) Toute personne physique ou morale peut former, dans les conditions prévues aux premier et deuxième alinéas, un recours contre les actes dont elle est la destinataire ou qui la concernent directement et individuellement, ainsi que contre les actes réglementaires qui la concernent directement et qui ne comportent pas de mesures d'exécution.

(51) Arrêt du 11 novembre 1981, *IBM/Commission*, 60/81, Rec., p. 2639, point 9.

(52) Arrêt du 5 décembre 1963, *Henricot e.a./Haute Autorité*, affaires jointes 23/63, 24/63 et 52/63, Rec., p. 439.



Commission, en ce sens qu'elle reconnaît les normes élaborées par les organismes auxquels elle a délégué cette tâche, comme les normes techniques harmonisées au sens de la directive en question.

En troisième lieu, il convient de vérifier si une mesure de publication des normes techniques harmonisées peut être considérée comme concernant certains particuliers d'une manière directe. L'exigence d'être concerné « directement » n'a jamais posé de grands problèmes d'interprétation ou d'application. À cet égard, la jurisprudence de la Cour exige que le requérant soit directement concerné par l'acte attaqué, sans qu'aucun autre acte communautaire ou national, dans l'adoption duquel l'organe compétent disposait d'une discrétion, s'y interpose. Même des actes ultérieurs de pure exécution n'empêchent pas que l'acte attaqué affecte directement la situation juridique du requérant (53). En l'espèce, d'une part, les spécifications techniques sont précisées par les normes techniques harmonisées elles-mêmes. D'autre part, les mesures de publication prennent la forme d'une décision ou d'une communication de la Commission au JOUE, série C. Toutefois, de telles mesures de publication sont porteuses de réelles conséquences juridiques. C'est à partir de leur publication que le respect des normes techniques harmonisées, matérialisé par le marquage CE, confère la présomption que les produits qui en sont assortis sont conformes aux exigences essentielles. Les producteurs qui ne s'y conforment pas peuvent être amenés à prouver dans chaque État membre que leurs produits respectent les dites exigences. En ce sens, la publication des normes techniques harmonisées au JOUE enclenche une très forte incitation à leur observation. Par conséquent, l'affectation directe de certains particuliers n'est pas totalement exclue. Il appartiendra cependant aux juridictions de l'Union de donner l'interpré-

tation de l'article 263, alinéa 4, TFUE, et des directives Nouvelle approche.

En tout état de cause, au moment où le *locus standi* des particuliers dans des recours en annulation des actes juridiques de l'Union est devenu plus ouvert qu'il ne l'était avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, le droit des particuliers lésés par une norme technique harmonisée de demander l'annulation de celle-ci ne devrait pas être amoindri pour la seule raison que les autorités de l'Union n'ont pas légiféré d'une manière classique, mais en co-réglementation avec des acteurs privés. Il ne serait surtout pas concevable que cette ouverture législative ait pour conséquence paradoxale une immunité totale de telles normes.

III. — CONCLUSION

La normalisation constitue un processus de rationalisation sociétale puissant qui est *en passe de remplacer, concurrencer ou compléter les dispositifs juridiques classiques* (54). La relation entre norme technique et norme juridique a d'ailleurs évolué. Ces deux types de normes sont encore trop souvent perçus en terme d'opposition avec, d'un côté des normes techniques consensuelles et non obligatoires, et de l'autre des normes juridiques comme résultat d'un choix politique et pouvant s'imposer par voie de contrainte. Or, *non seulement ces différences se sont estompées, mais encore une relation d'imbrication, ou d'emboîtement, conduit à une complémentarité croissante* (55). Cette complémentarité trouve une excellente illustration dans le système communautaire de normalisation.

Ce système européen original qui a permis d'obtenir des résultats étonnants en terme de libéralisation des marchés est un fin mélange entre le respect d'objectifs essen-

tiels et le soutien à l'innovation technique. Derrière cette description enthousiaste de la normalisation européenne, se cache toutefois un système qui fait également l'objet d'un certain nombre de critiques. Celles-ci sont de quatre ordres: (i) les délais jugés trop longs dans l'élaboration des normes techniques vu le nombre important d'interlocuteurs et les différentes étapes intermédiaires par lesquelles un projet de norme doit passer; (ii) la représentation directe des intérêts qui devrait s'élargir à toutes les parties intéressées représentatives à l'échelle européenne, et non plus désignées dans le cadre national par les organismes de normalisation nationaux, (iii) le contrôle du respect des normes, *via* la certification, est jugé trop disparate d'un pays à l'autre et entraîne des disparités sous-régionales qui affaiblissent l'efficacité globale des normes techniques et enfin (iv) les difficultés, voire, l'impossibilité pour les particuliers de contester la validité de telles normes (56).

En ce qui concerne cette dernière difficulté, il serait sans doute bienvenu que les institutions européennes compétentes précisent complètement le système qu'elles ont mis en place, le régime juridique des normes techniques, ainsi que les moyens mis à disposition des particuliers pour les contester, comme le voudrait le principe de la protection juridictionnelle effective, qui constitue l'un des socles de chaque ordre juridique démocratique, tel que celui de l'Union ■

(53) Arrêt du 1^{er} juillet 1965, Töpfer et Getreide-Import Gesellschaft/Commission, 106/63 et 107/63, Rec., p. 525.

(54) FRYDMAN B., introduction au séminaire Gouverner par les normes – de Hume au Ranking, organisé par le Centre Perelman de philosophie du droit et prononcé à l'Université libre de Bruxelles en février 2008.

(55) CHEVALLIER J. L'État post-moderne, Paris, LGDJ, 2008, p. 144.

(56) BORRAZ O., op. cit., pp. 137 et s.