CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. ANTONIO LA PERGOLA

présentées le 18 mai 1999 *

1. Dans la présente affaire, l'Oberster Gerichtshof (Autriche) pose à la Cour une question préjudicielle sur l'article 30 du traité CE (devenu, après modification, article 28 CE). Le juge national demande si une réglementation interne qui n'autorise certaines modalités de vente de produits alimentaires que lorsque le commerçant dispose d'un établissement à l'intérieur de la circonscription dans laquelle il entend pratiquer une telle vente, ou dans une circonscription limitrophe, est compatible avec cet article du traité.

Cadre normatif et matériel du litige au principal

2. La règle nationale applicable dans le litige au principal est l'article 53 bis du Gewerbeordnung (code du commerce et de l'industrie, ci-après le « GewO »). Il prévoit que les boulangers, les bouchers et les commerçants de denrées alimentaires peuvent offrir à la vente ambulante, par tournées d'une ville à l'autre ou au porte-à-porte, des marchandises qu'ils sont autorisés à commercialiser au titre de leur licence commerciale, uniquement lorsqu'ils exercent leur activité commerciale dans un établissement stable situé dans la circonscription administrative où ils pratiquent cette forme de vente ambulante ou dans une commune qui en est limitrophe. Les marchandises qu'ils peuvent offrir à la vente ambulante ou au porte-à-porte sont seulement celles qu'ils vendent à l'intérieur de cet établissement stable. Conformément à l'article 50, paragraphe 1, n° 2, du GewO, les commerçants peuvent néanmoins livrer des marchandises sur commande en tout lieu, sans que leur soit imposée une quelconque limitation territoriale.

En substance, les règles nationales en question réservent la possibilité de pratiquer cette forme de vente de produits alimentaires — essentiellement la vente dite « ambulante » — uniquement aux commerçants établis dans une circonscription limitrophe de la zone à l'intérieur de laquelle ils envisagent de pratiquer de telles méthodes commerciales. Les dispositions de la législation autrichienne, telles qu'elles sont décrites dans l'ordonnance de renvoi, sont indistinctement applicables aux commerçants autrichiens et à ceux établis dans les États membres limitrophes de l'Autriche [1].

* Langue originale: l'italien.

1 — Ce point a été précisé par le gouvernement autrichien, les parties au litige au principal et la Commission, dans leur réponse à une question écrite de la Cour.

Les infractions aux dispositions du GewO sont sanctionnées en droit interne sous la qualification de concurrence illicite.

3. Les faits à l'origine du litige au principal s'inscrivent dans le cadre normatif décrit ci-dessus et sont, en bref, les suivants.

La requérante, la Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb (ci-après la «Schutzverband»), est une association de protection des intérêts des opérateurs économiques dont le but est, notamment, de lutter contre la concurrence déloyale [2].

La partie défenderesse, TK-Heimdienst Sass GmbH (ci-après la «TK»), est une société autrichienne qui exerce ses activités dans le secteur du commerce au détail de denrées alimentaires. Son siège principal est situé à Heiming, dans le Tyrol, et elle a des succursales à Völs, également au Tyrol, et à Wolfurt, dans le Vorarlberg. En dehors de la vente de marchandises dans ces établissements, la TK exerce également une activité de vente ambulante ainsi que de livraison de produits surgelés au domicile des consommateurs. Elle dispose en effet de chauffeurs qui parcourent à intervalles réguliers un trajet prédéterminé au cours duquel ils distribuent des catalogues sur les produits surgelés offerts par la société et s'efforcent d'obtenir des commandes éventuelles [3]. Les conducteurs disposent également d'un stock constant de marchandises (qui n'ont pas été commandées) grâce auquel ils peuvent procéder à une vente directe, sans commande préalable. Cette activité de vente ambulante est également exercée dans des zones du territoire autrichien extérieures à celles où la défenderesse dispose d'un établissement stable, et non limitrophes de cette zone.

4. Dans l'affaire au principal, la requérante demande qu'il soit interdit à la défenderesse d'exercer l'activité de vente à domicile de produits alimentaires qui n'ont pas été préalablement commandés. Elle fait valoir que cette activité est contraire à l'article 53 bis du GewO, au motif que la défenderesse n'exerce pas une activité de vente de produits alimentaires à l'intérieur d'un établissement stable situé dans la circonscription administrative où elle exerce l'activité de vente ambulante, ou dans une commune limitrophe.

La demande de la requérante a été jugée fondée dans les deux premiers degrés de juridiction. Le juge d'appel a également exclu que l'article 53 bis puisse être incompatible avec le droit communautaire, car il réglemente uniquement une certaine catégorie de vente, au sens de la jurisprudence Keck et Mithouard [4].

2 — Elle est composée de membres représentant de multiples catégories, ordres ou corporations professionnels, dont l'union régionale des commerçants au détail de denrées alimentaires et d'épicerie fine de la chambre de commerce du Vorarlberg, et la section commerciale de cette chambre.

3 — Les commandes peuvent être effectuées par téléphone ou par l'envoi d'un formulaire au siège central de la société ou peuvent être communiquées directement aux conducteurs. La livraison intervient ensuite au cours du tour suivant sur le même trajet.

4 — Arrêt du 24 novembre 1993 (C-267/91 et C-268/91, Rec. p. I-6097).

5. Le juge de renvoi, l'Oberster Gerichtshof, estime toutefois qu'il existe un doute quant à la compatibilité de la disposition nationale avec les articles 30 et 36 du traité CE (devenu, après modification, article 30 CE). L'Oberster Gerichtshof précise ensuite qu'il manque un élément transfrontalier en l'espèce. La question de la compatibilité avec le droit communautaire de l'article 53 bis du GewO n'en constitue pas moins un préliminaire de la décision demandée au juge national en ce qui concerne l'existence éventuelle d'une discrimination au détriment de citoyens nationaux. Le juge de renvoi rappelle en effet que, selon la Cour constitutionnelle autrichienne, une discrimination non motivée d'un entrepreneur autrichien par rapport à des entrepreneurs d'autres États membres constituerait une violation du principe d'égalité. A la lumière de ces considérations, l'Oberster Gerichtshof a déféré à la Cour la question préjudicielle suivante:

« L'article 30 du traité CE doit-il être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une législation selon laquelle les boulangers, bouchers et commerçants en produits alimentaires ne sont autorisés à proposer à la vente ambulante, sous forme de tournées d'une localité à une autre ou de porte-à-porte, des marchandises que leur licence commerciale les habilite à vendre que s'ils exercent aussi leur activité commerciale dans un établissement fixe dans la circonscription administrative dans laquelle ils proposent les produits en cause sous la forme précitée, ou dans une commune limitrophe, seules les marchandises que ces commerçants proposent également à la vente dans cet établissement fixe pouvant alors être offertes à la vente ambulante sous forme de tournées d'une localité à une autre ou de porte-à-porte? »

La compétence de la Cour

6. Avant de passer à l'examen au fond, il convient de se pencher sur la question préliminaire soulevée par la Schutzverband. Cette dernière prétend en effet que la demande préjudicielle serait irrecevable pour deux sortes de raisons. D'abord, le cas d'espèce ne présenterait aucun élément transfrontalier, aucun autre État membre n'étant concerné par les faits de l'affaire. Ensuite, l'article 53 de la GewO réglemente des modalités de vente et sa compatibilité avec le droit communautaire aurait facilement pu être appréciée sur la base de la jurisprudence relative à l'article 30 du traité [5]. Le critère de la nécessité de saisir la Cour d'une question préjudicielle ne serait donc pas satisfait.

7. Nous ne sommes pas convaincu par ces arguments. En ce qui concerne l'observation exposée en dernier lieu, il suffit de rappeler que l'article 177 du traité CE (devenu article 234 CE) permet de toute façon aux juridictions nationales de déférer à la Cour une question préjudicielle, même si elle est identique, en fait, à une question qui a déjà fait l'objet d'un renvoi dans une affaire analogue [6].

Quant à l'allégation, ensuite, du caractère purement interne de l'affaire en instance

5 — Il est fait référence, en particulier, à la jurisprudence Keck et Mithouard précitée

6 — Arrêt du 27 mars 1963, Da Costa e.a. (28/62 à 30/62, Rec p. 58, 73).

devant le juge national, il convient de rappeler que la question préjudicielle déférée à la Cour porte sur l'article 30 du traité, dont l'objet est d'éliminer les obstacles à la libre circulation des marchandises dans la Communauté. Or, comme l'a précisé la Cour dans l'arrêt Pistre e.a., de tels obstacles peuvent exister même si, « dans le cas concret soumis à la juridiction nationale, tous les éléments sont cantonnés à l'intérieur d'un seul État membre » [7]. En effet, dans une telle situation, « l'application de la mesure nationale peut également avoir des effets sur la libre circulation des marchandises entre États membres, notamment lorsque la mesure en cause favorise la commercialisation des marchandises d'origine nationale au détriment des marchandises importées. Dans de telles circonstances, l'application de la mesure, serait-elle limitée aux seuls producteurs nationaux, crée et maintient par elle-même une différence de traitement entre ces deux catégories de marchandises entravant, au moins potentiellement, le commerce intracommunautaire » [8].

8. En conséquence, selon votre jurisprudence, lorsqu'est alléguée l'infraction à l'article 30 du traité, la Cour reste en toute hypothèse compétente pour apprécier si la mesure nationale peut affecter le commerce intracommunautaire, même si tous les éléments spécifiques du litige au principal sont cantonnés à l'intérieur d'un seul État membre [9].

Sur le fond

9. En ce qui concerne le fond de la question, nous dirons d'emblée que, selon nous, la disposition nationale décrite par le juge de renvoi n'enfreint pas l'article 30. Nous estimons en effet qu'elle relève des réglementations nationales que, depuis l'arrêt Keck et Mithouard et ensuite, la Cour a soustraites au champ d'application de l'article 30. On le sait, l'arrêt précité contenait l'affirmation du principe selon lequel « n'est pas apte à entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement, le commerce entre les États membres... l'application à des produits en provenance d'autres États membres de dispositions nationales qui limitent ou interdisent certaines modalités de vente, pourvu qu'elles s'appliquent à tous les opérateurs concernés exerçant leur activité sur le territoire national, et pourvu qu'elles affectent de la même

7 — Arrêt du 7 mai 1997 (C-321/94 à C-324/94, Rec. p. I-2343, point 44).

8 — Ibid., point 45.

9 — En revanche, la jurisprudence invoquée par la TK dans ses observations écrites (arrêts du 18 octobre 1990, Dzodzi, C-297/88 et C-197/89, Rec. p. I-3763; du 8 novembre 1990, Gmurzynska-Bscher, C-231/89, Rec. p. I-4003; du 26 septembre 1985, Thomasdünger, 166/84, Rec. p. 3001, et du 17 juillet 1997, Leur-Bloem, C-28/95, Rec. p. I-4161) ne nous semble pas pertinente. Dans ces affaires, en effet, le droit communautaire n'était pas applicable directement, mais seulement en vertu d'un renvoi résultant de dispositions nationales qui se conformaient, pour réglementer des situations purement internes, aux solutions retenues en droit communautaire. La présente espèce est toutefois différente. Il ne s'agit pas ici — contrairement à ce que semble penser le juge de renvoi — d'une affaire purement interne, en dehors du champ d'application du droit communautaire. La question préjudicielle porte en effet sur l'article 30 du traité et — comme on l'a dit — cette disposition est applicable également lorsque les éléments spécifiques du litige au principal sont cantonnés à l'intérieur d'un seul État membre. Le cas qui nous occupe ne constitue pas une extension du mécanisme de l'article 177 à des litiges extérieurs au champ d'application du droit communautaire.

manière, en droit comme en fait, la commercialisation des produits nationaux et de ceux en provenance d'autres États membres» [10]. Les raisons à la base de cette orientation jurisprudentielle sont connues. Ayant constaté que «les opérateurs économiques invoquent de plus en plus l'article 30 du traité pour contester toute espèce de réglementations qui ont pour effet de limiter leur liberté commerciale, même si elles ne visent pas les produits en provenance d'autres États membres» [11], la Cour a voulu ramener cette disposition à son objectif d'origine, à savoir de protéger les *échanges de marchandises entre États membres*. L'article 30 n'interdit donc pas aux États membres d'adopter des règles de caractère général visant à régir l'activité commerciale lorsque ces règles ne constituent pas un obstacle spécifique à l'accès des produits des autres États membres au marché national. En substance, pour pouvoir invoquer l'article 30, il faut que la mesure nationale en cause entraîne une réduction *spécifique* du flux du commerce entre les États membres [12]. Cette condition n'est pas satisfaite en ce qui concerne les réglementations qui ne portent pas sur les caractéristiques des produits, mais uniquement sur les modalités de leur vente. En effet, comme elles s'appliquent à tous les opérateurs commerciaux qui exercent leur activité sur le territoire national, quelle que soit l'origine des produits vendus, de telles réglementations n'affectent pas dans une mesure différente la commercialisation des produits en provenance d'autres États membres et celle des produits nationaux [13].

10. L'orientation qui vient d'être décrite a fait l'objet d'applications répétées et cohérentes. Il suffit de rappeler ici que, en dehors de l'interdiction de revente à perte, objet de l'affaire Keck et Mithouard, la Cour a estimé que l'article 30 du traité ne s'applique pas à une règle de déontologie, édictée par un ordre professionnel des pharmaciens d'un État membre, qui interdit à tous les pharmaciens soumis à sa compétence territoriale de faire, en dehors de la pharmacie, de la publicité pour les produits parapharmaceutiques qu'ils sont autorisés à vendre, dans la mesure où cette règle s'applique sans distinguer selon la provenance des produits en cause et n'affecte donc pas d'une manière différente la commercialisation des produits en provenance d'autres États membres et celles des produits nationaux [14]. La Cour a encore estimé que l'article 30 du traité n'était pas applicable à une législation nationale réservant à des distributeurs agréés la vente au détail des tabacs manufacturés de toute origine, sans toutefois entraver ainsi l'accès au marché national des produits en provenance d'autres États membres ni le gêner plus qu'elle ne le fait pour l'accès des produits nationaux au réseau de distribution. Cette réglementation ne vise en effet pas les caractéristiques des produits, mais seulement les modalités de leur vente au détail: l'obligation de passer par un réseau de détaillants autorisés s'applique quelle que soit l'origine des produits et sans affecter de manière différente la commercialisation des produits en provenance

10 — Point 16.

11 — Point 14 de l'arrêt Keck et Mithouard précité.

12 — Dans l'arrêt du 20 juin 1996, Semeraro Casa Uno e.a. (C-418/93 à C/421/93, C-460/93 à C-462/93, C-464/93, C-9/94 à C-11/94, C-14/94, C-15/94, C-23/94, C-24/94 et C-332/94, Rec. p. I-2975), la Cour a souligné qu'il ne suffit pas, pour faire entrer une mesure nationale dans le champ d'application de l'article 30, qu'elle ait pour seul effet une réduction générale du volume des ventes et, par voie de conséquence, une diminution des importations. Il faut une diminution spécifique des importations en tant que telles.

13 — Arrêt du 14 décembre 1995, Banchero (C-387/93, Rec. p. I-4663, points 37 et 44).

14 — Arrêt du 15 décembre 1993, Hünermund e.a. (C-292/92, Rec. p. I-6787).

d'autres États membres et celle des produits nationaux [15]. Pour les mêmes raisons, il a été constaté qu'une réglementation nationale réservant aux pharmacies l'exclusivité de la distribution du lait destiné à la prime enfance n'est pas contraire à l'article 30 du traité [16].

11. Selon nous, la jurisprudence rappelée ci-dessus peut s'appliquer au cas qui nous occupe. D'abord, les règles décrites par le juge de renvoi s'appliquent indifféremment aux opérateurs économiques autrichiens et à ceux d'autres États membres: les commerçants établis dans les États limitrophes peuvent en effet, eux aussi, pratiquer la vente ambulante sur le territoire autrichien, dans des conditions qui sont les mêmes que celles imposées aux commerçants nationaux. Il n'y a donc aucun obstacle, sous cet aspect, à l'importation de marchandises en provenance d'autres États membres.

Surtout, ce qui nous semble décisif est que la législation en cause n'a pas pour objet ni pour effet de limiter le volume des importations. Pour reprendre les termes de votre jurisprudence, elle ne concerne pas les caractéristiques des produits alimentaires qui peuvent être commercialisés, mais seulement la réglementation de certaines «modalités de vente» de ces produits. Il s'agit donc de règles visant à régir l'activité commerciale, applicables quelle que soit l'origine (nationale ou d'importation) des marchandises et qui ne semblent aucunement de nature à réduire le flux des importations en provenance d'autres États membres [17].

12. Nous ne pensons pas, ensuite, que la réglementation nationale en examen constitue une restriction dissimulée au commerce entre États membres, comme le prétendent au contraire la Commission et la TK dans leurs observations écrites. Selon cette dernière optique, un boucher, un boulanger ou un autre commerçant en alimentation souhaitant offrir ses propres produits à la vente à domicile en Autriche serait obligé d'y créer un établissement s'ajoutant à celui de son pays d'origine. Cela entraînerait des frais supplémentaires et rendrait désavantageuse cette forme de vente. Nous ne partageons toutefois pas ce point de vue. En effet, la législation autrichienne ne concerne pas le commerce entre les États membres, pas plus qu'elle ne soumet à des conditions l'accès des produits étrangers au marché national. Elle comporte seulement une limitation du groupe des distributeurs

15 — Arrêt Banchero, précité.

16 — Arrêt du 29 juin 1995, Commission/Grèce (C-391/92, Rec. p. I-1621).

17 — Il importe à cet égard de préciser que les faits qui font l'objet de la présente espèce diffèrent de ceux à la base de l'arrêt Du Pont de Nemours Italiana cité par la Commission (arrêt du 20 mars 1990, C-21/88, Rec. p. I-889). La Cour y a affirmé qu'une réglementation nationale ne pouvait se soustraire à l'interdiction énoncée à l'article 30 du traité au motif que ses effets restrictifs ne favorisent pas la totalité des produits nationaux, mais seulement une partie d'entre eux. L'affaire portait sur des règles nationales qui réservaient aux entreprises situées dans certaines régions du territoire national un pourcentage des marchés publics de fournitures: cela favorisait donc les marchandises transformées dans une région déterminée d'un État membre, en empêchant les administrations et les établissements publics intéressés de se fournir, pour une partie du matériel, auprès d'entreprises situées dans d'autres États membres. Tel n'est pas le cas ici, où les restrictions à la vente ambulante ne dépendent pas de l'origine des produits offerts. Les commerçants autorisés à pratiquer la vente ambulante dans certaines circonscriptions administratives autrichiennes peuvent vendre des marchandises provenant de n'importe quel État membre, sans que l'importation de ces produits doive se soumettre à des conditions particulières de nature à la défavoriser. En substance, les marchandises ne sont pas affectées par la réglementation autrichienne qui limite le commerce ambulant de ces produits alimentaires, de sorte que cette réglementation n'est pas de nature à empêcher l'accès au marché des produits importés, ou à y faire obstacle dans une mesure plus importante que pour les produits nationaux.

autorisés à pratiquer une forme de vente déterminée et cette limitation ne dépend pas, on l'a dit, de l'origine des produits. Il n'y a donc aucune restriction, ni manifeste, ni déguisée, à la circulation des marchandises. Il n'a pas été constaté, en effet, que la réglementation nationale entraîne une réduction du volume général des échanges à l'intérieur du territoire national. Elle ne peut a fortiori pas produire une incidence spécifique sur le volume des importations qui, seule, justifierait l'application de l'interdiction de restrictions quantitatives ou de mesures d'effet équivalent. Il importe, d'autre part, de rappeler que les règles nationales examinées ici concernent seulement la vente ambulante de produits alimentaires n'ayant pas fait l'objet d'une commande préalable. Toutes les autres modalités de vente sont libres. Il me paraît alors peu réaliste de soutenir que le fait qu'un boulanger, un boucher ou autre distributeur de produits alimentaires établi, par exemple, à Bruxelles, Paris ou Berlin ne peut pratiquer, sur le territoire autrichien, la vente ambulante de produits non commandés au préalable engendre une diminution des importations. La raison en est simple: en pratique, cette forme de distribution commerciale rencontre pour ainsi dire une «limitation naturelle» de son rayon d'action, car les détaillants de denrées alimentaires n'offrent leurs produits selon les modalités visées dans les règles autrichiennes qu'aux consommateurs des zones limitrophes. C'est pourquoi, dès lors qu'est reconnue aux commerçants établis dans les États membres limitrophes de l'Autriche la possibilité de vendre leurs propres marchandises dans les mêmes conditions que celles prévues pour les commerçants nationaux, ces règles ne sont pas de nature à affecter les échanges intracommunautaires. Elles ne relèvent donc pas du champ d'application de l'article 30 du traité.

Conclusion

13. A la lumière des considérations qui précèdent, nous proposons à la Cour de répondre comme suit à la question posée par l'Oberster Gerichtshof:

«L'article 30 du traité CE (devenu, après modification, article 28 CE) doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à une législation selon laquelle les boulangers, bouchers et commerçants en produits alimentaires ne peuvent proposer à la vente ambulante, sous forme de tournées d'une localité à une autre

ou de porte-à-porte, des marchandises que leur licence commerciale les habilite à vendre que s'ils exercent aussi leur activité commerciale dans un établissement fixe dans la circonscription administrative dans laquelle ils proposent les produits en cause sous la forme précitée, ou dans une commune limitrophe, à l'intérieur du territoire national ou dans un autre État membre».