

La normalisation européenne après l'arrêt *James Elliott Construction* du 27 octobre 2016: la Cour de justice de l'Union européenne a-t-elle élargi ses compétences d'interprétation?

Pieter VAN CLEYNENBREUGEL

Chargé de cours en droit matériel européen à l'Université de Liège et
professeur invité en droit européen de la concurrence à l'Université Paris-Dauphine

et

Iris DEMOULIN

Assistante en droit matériel européen à l'Université de Liège et
avocate au sein du cabinet Dear, Krzewinski & Willez

◆ TABLE DES MATIÈRES ◆

I.	La normalisation européenne	307
A.	Le cadre institutionnel de la normalisation	307
B.	La normalisation en droit de l'Union européenne: de l'« ancienne approche » à une nouvelle « nouvelle approche » ?	309
C.	Normes techniques et règles techniques: deux concepts à ne pas confondre	311
II.	L'affaire <i>James Elliott Construction</i> : quels impacts sur la normalisation ?	314
A.	L'avant <i>James Elliott Construction</i>	314
B.	L'affaire <i>James Elliott Construction</i>	315
	1. Les normes techniques harmonisées relèvent du mandat d'interprétation attribué à la Cour au sens de l'article 267 TFUE	316
	a. La proposition (critiquée) de l'avocat général	317
	b. La position de la Cour	318
	2. Les normes techniques ne s'imposent toujours pas comme normes contraignantes aux magistrats	320



3. Les impacts de l'arrêt <i>James Elliott Construction</i>	
sur le cadre institutionnel de la normalisation européenne	321
a. Normes assimilées à des actes de l'Union : vers une interprétation élargie des compétences de la Cour de justice ?	321
b. La fin des droits de propriété intellectuelle des organismes de normalisation ?	325
III. Conclusion	326



Malgré son importance pratique, le processus de normalisation européenne a jusqu'à présent été relativement épargné par la Cour de justice. Dans son arrêt James Elliott Construction du 27 octobre 2016, la Cour s'est penchée directement sur le statut juridique des normes techniques harmonisées européennes. Confirmant que l'interprétation des normes techniques harmonisées européennes, actes non contraignants, peut être soumise à un examen jurisprudentiel, la Cour a assimilé ces normes adoptées par des organismes privés à des actes des institutions de l'Union européenne. Cet article analyse les impacts de cet arrêt sur le cadre institutionnel de la normalisation européenne. Une telle analyse permettra de conclure que la Cour a interprété ses compétences d'interprétation extensivement afin de rendre son implication dans cette matière plus directe.

La normalisation en droit de l'Union européenne est un sujet sur lequel les cursus en droit ne s'attardent pas. En effet, des normes techniques telles que « ISO/IEC 14496-14:2003 », « I.S. EN 13242:2002 », « NBN EN 12094-16 » convainquent facilement les juristes peu friands de théorèmes et de formules physiques d'en laisser la pleine compréhension à des professionnels du chiffre. L'affaire *James Elliott Construction*⁽¹⁾ pourrait, toutefois, amorcer un tournant dans l'appréhension de la normalisation en droit de l'Union, en ce qu'il confirme la compétence de la Cour pour interpréter les normes techniques européennes harmonisées et la portée de ces dernières dans le raisonnement des juridictions nationales. Une telle confirmation a pour conséquence de remettre en cause le cadre institutionnel actuel de la normalisation européenne.

Partant du constat que la matière de la normalisation européenne n'a pas fait l'objet d'un grand nombre de commentaires doctrinaux et de décisions jurisprudentielles, le présent article a un double objectif. Premièrement, il entend offrir aux praticiens une présentation succincte de la matière de la normalisation (I). Dans cette première partie, sera proposé un bref exposé du cadre institutionnel de la normalisation (I.A.), des approches successives de la normalisation par le législateur européen (I.B.) et de la distinction importante entre normes et règles techniques (I.C.). La seconde partie sera consacrée à l'impact prévu de l'arrêt *James Elliott Construction* (II) sur le cadre institutionnel de la normalisation. Après un rappel de l'état du droit précédant l'arrêt *James Elliott*

⁽¹⁾ Arrêt du 27 octobre 2016, C-613/14, *James Elliott Construction Limited c. Irish Asphalt Limited*, EU:C:2016:63 (ci-après « *James Elliott Construction* »).

Construction (II.A.) et un récapitulatif de cet arrêt (II.B.), ses conséquences seront analysées (II.C.). Une telle analyse permettra de conclure que la Cour a interprété ses compétences juridictionnelles extensivement afin de rendre son implication dans la matière de la normalisation plus directe.

I. LA NORMALISATION EUROPÉENNE

A. Le cadre institutionnel de la normalisation

La normalisation est une activité volontaire, axée sur le consensus et réalisée par les parties intéressées et pour elles-mêmes au sein d'organismes de normalisation indépendants et reconnus, qui mène à l'adoption de normes dont le respect se fait sur une base volontaire⁽²⁾. Le respect de ces normes a pour conséquence qu'un produit est présumé conforme aux exigences essentielles de sécurité, le rendant apte à l'usage pour lequel il est destiné⁽³⁾.

Les normes techniques seront dites nationales, internationales ou européennes selon que leur auteur est un organisme de normalisation national (par exemple, le NBN⁽⁴⁾ en Belgique ou l'AFNOR⁽⁵⁾ en France), international (l'Organisation Internationale de Normalisation ou ISO⁽⁶⁾) ou européen (le Comité Européen de Normalisation en abrégé CEN⁽⁷⁾, l'Institut Européen de Normalisation des Télécommunications ou ETSI⁽⁸⁾ et le Comité Européen de Normalisation Électrotechnique encore appelé CENELEC⁽⁹⁾)⁽¹⁰⁾.

La normalisation est un processus ancien. Ainsi, l'ISO a été créée en 1947 de l'union de deux organismes de normalisation : l'ISA (Fédération internationale des associations nationales de normalisation), fondée en 1926 à New York et dirigée depuis la Suisse, et de l'UNSCC (le Comité de coordination de la normalisation des Nations Unies), créé en 1944. Plus ancienne encore est la Commission Électrotechnique Internationale (CEI) fondée en 1906⁽¹¹⁾.

⁽²⁾ Résolution du Conseil du 28 octobre 1999 sur le rôle de la normalisation en Europe, *J.O.*, C 141, 19 mai 2000, point 11.

⁽³⁾ Pour ce principe au niveau de l'Union européenne, voy. l'annexe II de la résolution de la Commission européenne du 7 mai 1985, concernant une nouvelle approche en matière d'harmonisation technique et de normalisation, *J.O.*, C 136, 4 juin 1985, pp. 1-9.

⁽⁴⁾ <https://www.nbn.be/frhttp://www.nbn.be/fr>.

⁽⁵⁾ <http://www.afnor.org>.

⁽⁶⁾ <http://www.iso.org/iso/fr/home.htm>.

⁽⁷⁾ <https://www.cen.eu>.

⁽⁸⁾ <http://www.etsi.org>.

⁽⁹⁾ <https://www.cenelec.eu>.

⁽¹⁰⁾ Article 2, § 1 (a) à (d) du règlement 1025/2012 du 25 octobre 2012 relatif à la normalisation européenne, *J.O.*, L 316, 14 novembre 2012, pp. 12-33 (ci-après « règlement 1025/2012 »).

⁽¹¹⁾ W. KUERT, « La fondation de l'ISO : Tout va dans le bon sens ! », in *L'Histoire d'une amitié partagée – Souvenirs à propos des cinquante premières années de l'ISO*, 1997, p. 15.

L'ISO est aujourd'hui composée de 163 membres qui sont les organismes nationaux de normalisation de 163 pays. Aucune entreprise ou personne privée ne peut être membre de l'ISO⁽¹²⁾.

Au niveau européen, trois organismes de normalisation se répartissent l'activité d'élaboration des normes techniques : le Comité Européen de Normalisation en abrégé CEN⁽¹³⁾, l'Institut Européen de Normalisation des Télécommunications ou ETSI⁽¹⁴⁾ et le Comité Européen de Normalisation Électrotechnique encore appelé CENELEC⁽¹⁵⁾⁽¹⁶⁾.

Le CEN, créé en 1961, est composé de 33 membres qui sont les organismes nationaux de normalisation des 28 États membres de l'Union européenne, de la Macédoine, de la Turquie, de la Norvège, de la Suisse et de l'Islande⁽¹⁷⁾. L'ETSI, créé en 1988, comporte plus de 800 membres issus d'entreprises, de centres de recherches, d'universités, d'organismes gouvernementaux⁽¹⁸⁾. Le CENELEC a été créé en 1973 et est composé de 34 membres⁽¹⁹⁾ répartis en comités électrotechniques nationaux ayant la personnalité juridique, en organisations nationales ayant la personnalité juridique et qui sont en charge des travaux de normalisation électrotechnique, et en dirigeants de comités électrotechniques ou d'organisations nationales en charge des travaux de normalisation électrotechnique sans avoir de personnalité juridique⁽²⁰⁾.

Afin d'éviter la duplication de normes internationales et européennes redondantes ou contradictoires, le CEN et l'ISO ont conclu un accord de coopération technique : l'Accord de Vienne. Cet accord de coopération technique entre l'ISO et le CEN, entré en vigueur en 1991, donne aux normes ISO la primauté sur les normes européennes et consacre l'échange d'informations entre l'ISO et le CEN. La nécessité d'échanges entre organismes de normalisation est réelle, lorsque l'on sait, par exemple, que l'organisme de normalisation belge a publié 70 normes sur le seul mois d'octobre 2016⁽²¹⁾.

Que ce soit au niveau international ou européen, l'élaboration des normes techniques est le fruit d'une intense collaboration entre experts du domaine technique concerné répartis en comités, sous-comités et groupes de travail. À titre d'exemple, un projet relatif à une norme technique portant sur du gaz naturel sera confié au comité technique ISO/TC/193. Ce comité se décompose lui-même en deux sous-comités, ISO/TC 193/SC/1 et SC/3, et quatre groupes de

(12) http://www.iso.org/iso/fr/home/about/iso_members.htm?membertype=membertype_MB.

(13) <https://www.cen.eu>.

(14) <http://www.etsi.org>.

(15) <https://www.cenelec.eu>.

(16) Article 2, § 1^{er} (a) à (d) du règlement 1025/2012.

(17) <https://standards.cen.eu/dyn/www/f?p=CENWEB:5>.

(18) <http://www.etsi.org/membership/current-members>.

(19) <https://www.cenelec.eu/aboutcenelec/whoware/ceneleccommunity/members/index.html>.

(20) Article 6 des statuts du CENELEC, ftp://ftp.cenelec.eu/CENELEC/ArticlesOfAssociation/2_CLCArticlesOfAssociation2015_FR.pdf.

(21) <http://pe.nbn.be/recent/new/month/this>.

travail. Les deux sous-comités ISO/TC 193/SC/1 et SC/3 sont constitués respectivement de neuf et cinq groupes de travail. Pour donner un ordre de grandeur, l'ISO compte 312 comités techniques⁽²²⁾ et le CEN 320⁽²³⁾.

B. La normalisation en droit de l'Union européenne: de l'«ancienne approche» à une nouvelle «nouvelle approche»?

La normalisation a été développée en droit de l'Union européenne afin d'assurer le bon fonctionnement du marché intérieur⁽²⁴⁾. L'Union européenne s'est rendu compte que les normes et règles techniques nationales pouvaient constituer des entraves à la libre circulation des marchandises⁽²⁵⁾. Dans son livre blanc, la Commission constate, en effet, que les barrières créées par les règles et normes techniques nationales entravent la création d'un marché commun des produits en ce qu'elles découragent la coopération entre entreprises et impliquent des coûts supplémentaires⁽²⁶⁾. Afin de mettre un terme à ces restrictions, des directives destinées à harmoniser les spécifications techniques applicables sur le territoire de l'Union européenne ont été élaborées en application de l'actuel article 114 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après «TFUE») (à l'époque article 100 du traité de Rome)⁽²⁷⁾. Ces directives appréhendaient de manière complète la normalisation, produit par produit, risque par risque. Toutefois, la rédaction de ces directives était tellement longue et complexe qu'elles étaient déjà dépassées au moment de leur publication⁽²⁸⁾. Par conséquent, l'efficacité de ce que l'on appelle aujourd'hui l'«ancienne approche» a très vite été remise en question.

En 1983, par l'adoption de la directive 83/189⁽²⁹⁾, le Conseil amorce un changement d'approche. Cette directive prévoit une obligation dans le chef des organismes de normalisation d'informer la Commission des projets de normes et règles techniques nationales. Cette exigence d'informations permet de prévenir l'adoption de spécifications techniques entravant les libertés de circulation, d'une part, et, d'autre part, d'empêcher la multiplication de spécifications techniques redondantes ou contradictoires.

(22) http://www.iso.org/iso/fr/home/standards_development/list_of_iso_technical_committees.htm.

(23) <https://www.cen.eu/about/CENinFigures/Pages/default.aspx>.

(24) General Guidelines for the Cooperation between CEN, CENELEC and ETSI and the European Commission and the European Free Trade Association, «CEN-CENELEC Guide 4», 2003, <http://www.cencenelec.eu/standards/Guides/Pages/default.aspx>, p. 4.

(25) Arrêt du 20 février 1979, C-120/78, *Rewe-Zentral*, ECLI:EU:C:1979:42.

(26) Livre blanc de la Commission au Conseil sur l'achèvement du marché intérieur, COM(85) 310 final, p. 19.

(27) N. BURROWS, «Harmonisation of Technical Standards: Reculer Pour Mieux Sauter?», *The Modern Law Review*, vol. 53, n° 5, 1990, p. 598.

(28) Livre blanc de la Commission au Conseil sur l'achèvement du marché intérieur, COM(85) 310 final, p. 21.

(29) Directive 83/189/CEE du Conseil du 28 mars 1983 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques, *J.O.*, L 109, 26 avril 1983, pp. 8-12.



La résolution du Conseil du 7 mai 1985⁽³⁰⁾ marque définitivement le basculement de l'ancienne à la nouvelle approche de la normalisation européenne⁽³¹⁾. Désormais, les directives ne vont plus appréhender de manière complète les spécifications techniques d'un produit, d'un service, mais fixer les exigences essentielles des normes et règles techniques au respect desquelles les organismes de normalisation doivent veiller. Les organismes de normalisation se voient dès lors déléguer le pouvoir d'élaborer les normes et règles techniques dans le respect des exigences essentielles fixées dans les directives. Une trentaine de directives ont été adoptées conformément à cette nouvelle approche⁽³²⁾. Peuvent être citées à titre d'exemples la directive 2009/48/CE relative à la sécurité des jouets⁽³³⁾ et la directive 95/16/CE sur les ascenseurs⁽³⁴⁾.

L'approche actuelle de la normalisation est encore amenée à évoluer.

Premièrement, la Commission européenne voit la nécessité de moderniser la normalisation européenne compte tenu de son importance dans la mise en œuvre du marché intérieur. La Commission a publié le 1^{er} juin 2016 une communication intitulée «Normes européennes pour le 21^e siècle»⁽³⁵⁾. Une telle modernisation passera nécessairement par un développement de normes relatives aux services. En effet, aujourd'hui, alors que les services constituent une part importante du produit intérieur brut européen, les normes techniques de services compteraient seulement pour 2% de l'intégralité des normes techniques en vigueur⁽³⁶⁾.

Deuxièmement, la «juridification»⁽³⁷⁾ des normes harmonisées européennes confirmée par l'arrêt *James Elliott Construction* amènera également une évolution de cette matière. La Commission a déjà annoncé une réflexion

⁽³⁰⁾ Résolution du Conseil du 7 mai 1985 concernant une nouvelle approche en matière d'harmonisation technique et de normalisation, *J.O.*, C 136, 4 juin 1985, pp. 1-9.

⁽³¹⁾ Livre blanc de la Commission au Conseil sur l'achèvement du marché intérieur, COM(85) 310 final, p. 21; H. SCHEPEL, «The New Approach to the New Approach: the Juridification of Harmonized Standards in EU Law», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2013, n° 4, p. 523.

⁽³²⁾ <http://www.newapproach.org/Directives/DirectiveList.asp>.

⁽³³⁾ Directive 2009/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 juin 2009 relative à la sécurité des jouets, *J.O.*, L 170, 30 juin 2009, pp. 1-37.

⁽³⁴⁾ 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, *J.O.*, L 213, 7 septembre 1995, pp. 1-31.

⁽³⁵⁾ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, «Normes européennes pour le XXI^e siècle», COM(2016) 358 final.

⁽³⁶⁾ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, «Améliorer le marché unique: de nouvelles opportunités pour les citoyens et les entreprises», COM(2015) 550 final, p. 14.

⁽³⁷⁾ H. SCHEPEL, *op. cit.*, p. 523.

sur l'impact de l'arrêt *James Elliot Construction* sur le développement des normes en matière de construction⁽³⁸⁾.

C. Normes techniques et règles techniques: deux concepts à ne pas confondre

Une norme technique est une spécification technique, approuvée par un organisme reconnu de normalisation, pour une application répétée ou continue, dont le respect n'est pas obligatoire et qui est mise à disposition du public⁽³⁹⁾. En d'autres termes, une norme technique est un consensus, dégagé par un organisme de normalisation, sur un produit, un service ou un processus qui reflète des bonnes pratiques dans l'industrie, le secteur des services ou le secteur public et dont le respect se fait sur une base volontaire⁽⁴⁰⁾. Une norme technique n'a aucune valeur contraignante. L'absence de caractère obligatoire de la norme technique permet aux producteurs ou prestataires de services d'appliquer d'autres spécifications techniques pour satisfaire aux exigences techniques. Toutefois, le producteur ou le prestataire de services qui applique une norme technique voit son produit ou service bénéficier d'une présomption de conformité aux spécifications techniques visées par la norme⁽⁴¹⁾.

Les normes techniques ne doivent pas être confondues avec les règles techniques. Une règle technique est une spécification technique ou une autre exigence, y compris les dispositions administratives qui s'y appliquent, dont l'observation est obligatoire, *de jure* ou *de facto*, pour la commercialisation ou l'utilisation dans un État membre ou dans une partie importante de cet État, ainsi que, sous réserve de certaines exceptions, une disposition législative, réglementaire ou administrative des États membres visant l'interdiction de fabrication, d'importation, de commercialisation, d'utilisation d'un produit ou l'interdiction de fournir, d'utiliser un service ou de s'établir comme prestataire de services⁽⁴²⁾. Une règle technique est mise à disposition du public.

Suivant cette définition, la Cour de Justice de l'Union européenne (ci-après «la Cour») a décomposé les règles techniques en trois catégories: en premier lieu, la «spécification technique» au sens de l'article 1^{er}, point 2, de

⁽³⁸⁾ Voy. «Proposals for a first draft set of actions and pilot projects under the Joint Initiative for Standardisation», http://ec.europa.eu/growth/tools-databases/newsroom/cf/itemdetail.cfm?item_id=8852&lang=fr.

⁽³⁹⁾ Lecture combinée de l'article 2, § 1^{er}, du règlement 1025/2012 du 25 octobre 2012 et de l'article 1 (4) de la directive 98/34 du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques, *J.O.*, L 204, 21 juillet 1998, p. 37.

⁽⁴⁰⁾ Résolution du Conseil du 28 octobre 1999 sur le rôle de la normalisation en Europe, *J.O.*, C 141, 19 mai 2000, pp. 1-4.

⁽⁴¹⁾ *Ibidem*.

⁽⁴²⁾ Article 1 (1) (f) de la directive 2015/1535 du 9 septembre 2015 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information, *J.O.*, L 241, 17 septembre 2015, pp. 1-15.

la directive 98/34⁽⁴³⁾, en deuxième lieu, l'« autre exigence » telle que définie à l'article 1^{er}, point 3, de cette directive⁽⁴⁴⁾ et, en troisième lieu, l'interdiction de fabrication, d'importation, de commercialisation ou d'utilisation d'un produit visée à l'article 1^{er}, point 9, alinéa 1, de la même directive⁽⁴⁵⁾.

Si les normes et règles techniques ont en commun de refléter les règles de l'art du domaine dans lequel elles s'appliquent⁽⁴⁶⁾, l'absence de caractère contraignant des normes techniques les distingue des règles techniques. Si un producteur fait le choix d'appliquer une norme technique, le logo « CE » sera apposé sur son produit ou service permettant d'attester du respect de celui-ci à cette norme technique. Même si le producteur décide de ne pas conformer son produit ou service au prescrit de la norme technique, ce produit ou service pourra être mis sur le marché. En revanche, le même producteur qui déciderait de ne pas respecter le prescrit d'une règle technique ne pourrait pas commercialiser son produit ou service.

Au niveau européen, une distinction importante existe entre deux types de normes : les normes européennes et les normes européennes harmonisées. Cette distinction sera au cœur du raisonnement de l'arrêt *James Elliott Construction* analysé ci-après.

La norme européenne est « une norme adoptée par une organisation européenne de normalisation »⁽⁴⁷⁾, c'est-à-dire une norme adoptée par le CEN, l'ETSI ou le CENELEC. La norme européenne harmonisée, quant à elle, est « une norme européenne adoptée sur la base d'une demande formulée par la Commission pour l'application de la législation d'harmonisation de l'Union »⁽⁴⁸⁾. Les

⁽⁴³⁾ « Une spécification qui figure dans un document définissant 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 les méthodes d'essai, l'emballage, le marquage et l'étiquetage, ainsi que les procédures d'évaluation de la conformité.

Les termes « spécification technique » recouvrent également les méthodes et les procédés de production relatifs aux produits agricoles au titre de l'article 38, paragraphe 1, du traité, aux produits destinés à l'alimentation humaine et animale, ainsi qu'aux médicaments tels que définis à l'article 1^{er} de la directive 65/65/CEE du Conseil (7), de même que les méthodes et procédés de production relatifs aux autres produits, dès lors qu'ils ont une incidence sur les caractéristiques de ces derniers ».

⁽⁴⁴⁾ « Une 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 ».

⁽⁴⁵⁾ Arrêts *Lindberg*, C-267/03, EU:C:2005:246, point 54 et *Schwibbert*, C-20/05, EU:C:2007:652, point 34.

⁽⁴⁶⁾ « *Enterprises Guides: Methods of Referencing Standards in Legislation with an Emphasis on European Legislation* », http://ec.europa.eu/growth/tools-databases/newsroom/cf/itemdetail.cfm?item_id=2162&lang=en&tpa_id=146&title=Methods-of-referencing-standards-in-legislation-with-an-emphasis-on-European-legislation, p. 3 (13 octobre 2016).

⁽⁴⁷⁾ Article 2, § 1^{er} (b) du règlement 1025/2012.

⁽⁴⁸⁾ Article 2, § 1^{er} (c) du règlement 1025/2012.

normes européennes harmonisées sont élaborées par un des trois organismes de normalisation européens, tout comme le sont les normes européennes, mais – à la différence de ces dernières – les normes européennes harmonisées le sont sur la base d'un mandat donné par la Commission pour qu'une législation d'harmonisation de l'Union soit appliquée de manière uniforme⁽⁴⁹⁾. Une fois la norme européenne harmonisée élaborée par l'organisme de normalisation et validée par la Commission européenne, la norme est publiée dans la section C du *Journal officiel de l'Union européenne* avec les références des éventuelles spécifications techniques harmonisées qui seront remplacées et la date de début et de fin de la période de coexistence⁽⁵⁰⁾. Les organismes nationaux de normalisation ont l'obligation de transposer la norme européenne harmonisée. Au terme de la période de coexistence, les normes nationales incompatibles avec la norme européenne harmonisée sont retirées, et les dispositions nationales incompatibles ne sont plus valides⁽⁵¹⁾. L'obligation faite aux États membres de transposer la norme technique européenne harmonisée ne signifie pas que la norme technique nationale transposant cette dernière a une valeur contraignante. Elle reste une norme technique qui, par définition, est d'exécution volontaire. Ce qui est obligatoire pour les États membres est la transposition de la norme européenne harmonisée mais non son application.

Les organismes nationaux de normalisation faisant partie du CEN rédigent des versions nationales des normes techniques harmonisées et les vendent aux intéressés⁽⁵²⁾.

À titre d'exemple, la norme européenne harmonisée «EN 13242:2002» dont il sera question dans l'arrêt *James Elliott Construction* a été élaborée par le CEN sur base du mandat M125 donné par la Commission. Ensuite, la norme européenne harmonisée «EN 13242:2002» a été transposée en Belgique par le NBN en «NBN EN 13242+A1», en France par l'AFNOR en norme «NF EN 13242+A1» et en Allemagne en norme «DIN EN 13242» par le DIN («Deutsches Institut für Normung»).

Par opposition à la norme européenne harmonisée, la norme européenne est une norme privée qui n'est pas publiée au *Journal officiel de l'Union européenne* et qui n'est pas l'aboutissement d'un mandat de la Commission afin de créer une norme unique sur une législation d'harmonisation.

Le caractère volontaire d'une norme technique européenne, qu'elle soit harmonisée ou non, ou d'une norme internationale n'empêche pas les États membres qui transposent une telle norme de la rendre obligatoire en droit

⁽⁴⁹⁾ Article 6, § 3, tiret 1, de la directive 98/34 du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques.

⁽⁵⁰⁾ Article 10, § 6, du règlement 1025/2012.

⁽⁵¹⁾ Voy. par exemple: article 17 du règlement 305/2011 établissant les conditions harmonisées de commercialisation pour les produits de construction, *J.O.*, L 88, 4 avril 2011, pp. 5-43.

⁽⁵²⁾ http://www.iso.org/iso/fr/home/about/iso_members.htm.

national⁽⁵³⁾. Une telle transposition ne signifie pas que la norme technique en elle-même devienne obligatoire, mais bien que la transposition en droit national de la norme technique le soit. En d'autres termes, l'État membre décide de convertir la norme technique au niveau européen ou international en une règle technique en droit national.

Afin de comprendre pleinement les enjeux et réactions suscitées par l'arrêt *James Elliott Construction*, il est nécessaire de s'arrêter sur le processus d'élaboration des normes techniques européennes harmonisées. Celles-ci sont le fruit de la collaboration entre les organismes de normalisation européens, les États membres et la Commission. La Commission demande à une ou plusieurs organisations européennes de normalisation d'élaborer une norme européenne selon des critères de contenu et dans un délai fixés par elle⁽⁵⁴⁾. L'organisme de normalisation concerné a un mois pour informer la Commission de l'acceptation de sa demande⁽⁵⁵⁾. Ce même organisme de normalisation doit également tenir la Commission informée de l'évolution de l'élaboration de la norme⁽⁵⁶⁾. Une fois achevé, le projet de norme est soumis à la Commission qui vérifie si celui-ci est conforme à sa demande initiale et, le cas échéant, publie une référence à la norme harmonisée dans le *Journal officiel de l'Union européenne*⁽⁵⁷⁾. Si la Commission considère que le projet de norme harmonisée ne correspond pas à ses attentes, elle demande à l'organisme de normalisation de modifier celui-ci⁽⁵⁸⁾ ou renonce à tout ou partie de sa publication au *Journal officiel de l'Union européenne*⁽⁵⁹⁾. Les États membres peuvent également soulever des objections à l'égard du projet de norme harmonisée⁽⁶⁰⁾.

II. L'AFFAIRE JAMES ELLIOTT CONSTRUCTION: QUELS IMPACTS SUR LA NORMALISATION?

A. L'avant *James Elliott Construction*

Sans vouloir diminuer l'importance de l'arrêt *James Elliott Construction* pour la normalisation européenne, il convient toutefois de préciser que la Cour n'est pas partie d'une page blanche lorsqu'elle a dû se prononcer sur cette affaire.

⁽⁵³⁾ Arrêt du 15 octobre 2015, C-251/14, *Balazs*, ECLI:EU:C:2015:26, point 48.

⁽⁵⁴⁾ Article 10 (1) du règlement 1025/2012.

⁽⁵⁵⁾ Article 10 (3) du règlement 1025/2012.

⁽⁵⁶⁾ Article 10 (5) du règlement 1025/2012.

⁽⁵⁷⁾ Article 10 (6) du règlement 1025/2012.

⁽⁵⁸⁾ Article 11 (3) du règlement 1025/2012.

⁽⁵⁹⁾ Article 11 (1) (a) du règlement 1025/2012.

⁽⁶⁰⁾ Article 11 (1) du règlement 1025/2012.

Dans l'arrêt *Fra.bo*, la Cour avait déjà indiqué que l'activité de normalisation et de certification des organismes privés de normalisation n'échappait pas au contrôle de la Cour, lorsque cette activité entravait la commercialisation de produits visés par une norme de ces organismes⁽⁶¹⁾.

Dans l'arrêt *Latchways, Eurosafe Solutions*⁽⁶²⁾, tout en prenant le soin de préciser qu'elle ne se prononçait pas sur la nature juridique des normes harmonisées⁽⁶³⁾, la Cour avait déjà annoncé à demi-mot qu'elle ne serait compétente que pour connaître des normes techniques harmonisées ayant fait l'objet d'une publication au *Journal officiel de l'Union européenne*⁽⁶⁴⁾, ces normes seules pouvant être considérées comme faisant partie du droit de l'Union⁽⁶⁵⁾. Selon la Cour, les normes n'ayant pas été publiées au *Journal officiel de l'Union européenne* devaient être considérées comme des normes à caractère technique établies par un organisme de normalisation privé et dépourvues de lien avec la directive fixant les exigences essentielles à respecter pour pouvoir obtenir le certificat CE⁽⁶⁶⁾.

Avant l'arrêt *James Elliott Construction*, un praticien du droit pouvait donc être assuré que la Cour ne se déclarerait pas incompétente dans l'absolu pour connaître d'une norme européenne harmonisée (arrêt *Fra.bo*), mais se déclarerait incompétente pour interpréter des normes non publiées au *Journal officiel de l'Union européenne* (arrêt *Latchways, Eurosafe Solutions*). En revanche, sur la question de la nature juridique même des normes techniques harmonisées, le praticien ne trouvait aucune réponse dans la jurisprudence de la Cour. C'est à cette question que l'arrêt *James Elliott Construction* apporte un début de réponse.

B. L'affaire *James Elliott Construction*

Les faits ayant donné lieu à la saisine de la Cour sont les suivants : l'entreprise *Irish Asphalt Limited* (ci-après « Irish Asphalt ») a fourni à la société de construction *James Elliott Construction Limited* (ci-après « James Elliott ») des granulats dénommés « Clause 804 brute » comme éléments de remplissage dans la construction d'un centre de jeunesse à Dublin. Après l'achèvement du projet, des fissures ont commencé à apparaître dans les sols et plafonds du centre de jeunesse, rendant le bâtiment inutilisable. La loi irlandaise sur la vente des biens énonce, en son article 14, que les biens fournis en vertu d'un contrat d'entreprise

⁽⁶¹⁾ Arrêt du 12 juillet 2012, C-171/11, *Fra.bo*, ECLI:EU:C:2012:453, point 32.

⁽⁶²⁾ Arrêt du 21 octobre 2010, C-185/08, *Latchways, Eurosafe Solutions*, ECLI:EU:C:2010:619.

⁽⁶³⁾ *Ibidem*, point 35.

⁽⁶⁴⁾ *Ibidem*, point 31.

⁽⁶⁵⁾ *Ibidem*, points 34-35.

⁽⁶⁶⁾ *Ibidem*, point 33.

doivent être de qualité marchande. Estimant que les dommages trouvaient leur origine dans la non-conformité des granulats aux exigences de qualité prévues par la norme européenne harmonisée «EN 13242:2002» complétant la directive 89/106⁽⁶⁷⁾, mise en œuvre en Irlande par la *National Standards Authority of Ireland* (NSAI) sous la norme «I.S. EN 13242:2002» et que, par conséquent, les biens fournis par *Irish Asphalt* n'étaient pas de qualité marchande au sens de l'article 14 de la loi sur la vente des biens, *James Elliott* a demandé, sans succès, à *Irish Asphalt* de l'indemniser pour manquement au contrat de fourniture conclu entre eux. L'affaire est portée devant la Cour suprême irlandaise. Cette dernière sursoit à statuer et interroge la Cour sur la compétence de la Cour suprême européenne pour interpréter la conformité avec le droit européen de normes techniques harmonisées par un organisme national de normalisation, adoptées conformément à un mandat donné par la Commission et publiées dans la série C du *Journal officiel de l'Union européenne*.

L'arrêt *James Elliott Construction* est remarquable en ce qu'il amène, pour la première fois, la Cour à déterminer si les normes techniques européennes harmonisées adoptées conformément à un mandat donné par la Commission et publiées dans la série C du *Journal officiel de l'Union européenne* peuvent être qualifiées d'«actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union» aux fins du renvoi de questions préjudicielles de validité et d'interprétation sur pied de l'article 267 TFUE (1.). Par ailleurs, l'arrêt a permis à la Cour de reconfirmer que des normes techniques ne sont pas contraignantes dans des relations de droit privé (2.).

I. Les normes techniques harmonisées relèvent du mandat d'interprétation attribué à la Cour au sens de l'article 267 TFUE

Selon la Cour (b.) et contrairement à ce qu'a proposé l'avocat général (a.), une norme technique harmonisée ne peut pas être considérée comme un acte pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union au sens de l'article 267 TFUE. Toutefois, en tant que « mesure de mise en œuvre nécessaire et strictement encadrée des exigences essentielles définies par [une directive européenne], réalisée à l'initiative et sous la direction ainsi que le contrôle de la Commission »⁽⁶⁸⁾, la norme fait néanmoins partie de l'ordre juridique de l'Union européenne⁽⁶⁹⁾.

⁽⁶⁷⁾ Directive 89/106 du Conseil du 21 décembre 1988 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres concernant les produits de construction, *J.O.*, L 40, 11 février 1989, pp. 12-26 (ci-après «directive 89/106»).

⁽⁶⁸⁾ *James Elliott Construction*, point 43.

⁽⁶⁹⁾ *James Elliott Construction*, points 34, 43 et 46.

A. LA PROPOSITION (CRITIQUÉE) DE L'AVOCAT GÉNÉRAL

Selon l'avocat général Campos Sanchez-Bordona, lorsque les normes européennes sont prises en application d'un mandat de la Commission, trois raisons principales justifient de qualifier ces normes d'actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union au sens de l'article 267 TFUE : « a) les directives "nouvelle approche" ne sauraient être employées au détriment de la compétence préjudicielle de la Cour ; b) la Commission exerce un contrôle significatif sur la procédure d'élaboration de normes techniques harmonisées par le CEN, et c) le fonctionnement du CEN en tant qu'organisme de normalisation de l'Union européenne dépend de l'action de celle-ci »⁽⁷⁰⁾.

Pour l'avocat général Campos Sanchez-Bordona, si la Cour est compétente pour interpréter une directive, elle doit *de facto* pouvoir « répondre à des questions préjudicielles relatives aux normes techniques harmonisées qui complètent cette directive »⁽⁷¹⁾. Dans le cas contraire, la nouvelle approche du développement des directives aurait conduit à une limitation des compétences de la Cour pour interpréter les directives et les normes européennes harmonisées la complétant⁽⁷²⁾.

L'avocat général voit également dans la possibilité offerte aux États membres et à la Commission de soulever des objections à l'encontre d'une norme technique développée par le CEN⁽⁷³⁾ la preuve que le développement des normes techniques harmonisées n'ôte pas auxdites normes le caractère d'actes de droit de l'Union. L'avocat général parle de délégation normative *contrôlée* à un organisme de normalisation privé⁽⁷⁴⁾.

La position de l'avocat général a fait l'objet d'une critique virulente par Bhardo Schettini, Directeur « affaires juridiques » du CEN/CENELEC. Selon Monsieur Schettini, justifier la compétence de la Cour d'interpréter des normes techniques européennes harmonisées par sa compétence d'interprétation des directives dont ces normes respectent les exigences essentielles est une erreur. En effet, un tel raisonnement aboutirait à donner compétence à la Cour pour interpréter n'importe quel acte national qui transposerait une directive, ce qui serait contraire à la jurisprudence dans d'autres domaines du droit de l'Union européenne⁽⁷⁵⁾.

Le directeur juridique du CEN-CENELEC conteste également que le contrôle de principe exercé par la Commission puisse être un argument en

⁽⁷⁰⁾ Conclusions de l'avocat général Campos Sanchez-Bordona, *James Elliott Construction*, point 41.

⁽⁷¹⁾ *Ibidem*, point 44.

⁽⁷²⁾ *Ibidem*, point 45.

⁽⁷³⁾ Article 5 de la directive 89/106.

⁽⁷⁴⁾ Conclusions de l'avocat général Campos Sanchez-Bordona, *James Elliott Construction*, point 55.

⁽⁷⁵⁾ Arrêt du 3 octobre 2000, C-58/98, *Corsten*, ECLI:EU:C:2000:527, point 24.

faveur de la compétence d'interprétation des normes européennes harmonisées de la Cour. Selon Monsieur Schettini, ce contrôle de la Commission est plus de principe qu'effectivement réel. Ainsi, Monsieur Schettini relève à l'appui de son argument que l'aide financière apportée par la Commission s'est uniquement élevée à 15 % pour le CENELEC et 35 % pour le CEN en 2015. Quant au pouvoir des États membres et de la Commission de formuler des objections à l'égard des projets de normes harmonisées déposés par les organismes de normalisation européen, Monsieur Schettini n'y voit pas non plus une preuve d'une délégation de pouvoirs⁽⁷⁶⁾.

Quant à la proposition formulée par l'avocat général et validée par la Cour de faire des normes européennes harmonisées des actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union au sens de l'article 267 TFUE tout en confirmant la nature privée des organismes de normalisation, Monsieur Schettini y voit une ineptie. Selon ce dernier, seuls des actes émanant d'instances européennes peuvent être qualifiés d'actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union au sens de l'article 267 TFUE. Donner aux actes pris par des organismes privés la qualification d'« actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union au sens de l'article 267 TFUE » pourrait signifier que tout acte émanant d'une institution privée dont l'activité relève du droit de l'Union pourrait prétendre au titre d'acte de l'Union⁽⁷⁷⁾.

B. LA POSITION DE LA COUR

La Cour ne suit pas son avocat général sur la réponse à donner à la première question préjudicielle. Selon la Cour, les normes techniques harmonisées font partie de l'ordre juridique de l'Union européenne mais ne sont pas des actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union. En vue d'éviter que leurs effets ne varient selon l'interprétation qui leur est donnée dans les différents États membres⁽⁷⁸⁾, la Cour considère que l'article 267 TFUE, premier alinéa, doit être interprété en ce sens qu'elle est compétente pour interpréter à titre préjudiciel une norme harmonisée⁽⁷⁹⁾. Ce faisant, la Cour réaffirme l'enseignement de ses arrêts *Sevince*⁽⁸⁰⁾ et *Deutsche Shell*⁽⁸¹⁾ selon lequel une entité qui n'est ni une institution ni un organe ni un organisme de l'Union peut produire des actes analogues à des actes de l'Union qui peuvent faire l'objet d'une interprétation au sens de l'article 267 TFUE. La Cour ne considère pas pour autant que les organismes de normalisation européens soient des organes ou des orga-

⁽⁷⁶⁾ B. SCHETTINI GHERARDINI, «Harmonised European standards and the EU Court of Justice: beware not to open Pandora's box», <https://europeanlawblog.eu/2016/05/27/harmonised-european-standards-and-the-eu-court-of-justice-beware-not-to-open-pandoras-box/>.

⁽⁷⁷⁾ *Ibidem*.

⁽⁷⁸⁾ *James Elliott Construction*, point 34.

⁽⁷⁹⁾ *James Elliott Construction*, point 47.

⁽⁸⁰⁾ Arrêt du 20 septembre 1990, C-192/89, *Sevince*, EU:C:1990:322, point 10.

⁽⁸¹⁾ Arrêt du 21 janvier 1993, C-188/91, *Deutsche Shell*, EU:C:1993:24, point 17.

nismes de l'Union. Selon la Cour, même si le CEN et CENELEC ne sont pas des institutions, organes ou organismes de l'Union au sens de l'article 267 TFUE, les normes harmonisées européennes développées par ces organismes de normalisation font partie de l'ordre juridique de l'Union⁽⁸²⁾.

Selon la Cour, quatre raisons justifient que les normes harmonisées européennes fassent partie de l'ordre juridique de l'Union.

Premièrement, une norme technique nationale telle que la norme irlandaise litigieuse est la transposition en droit national d'une norme européenne harmonisée (en l'occurrence la norme européenne harmonisée «EN 13242:2002»). Partant, selon la Cour, l'interprétation de la norme technique nationale découle de l'interprétation donnée à la norme technique européenne harmonisée⁽⁸³⁾. Dès lors, afin d'assurer une application uniforme des normes transposant la norme technique européenne harmonisée dans les États membres, la Cour considère qu'il lui revient d'interpréter les normes harmonisées⁽⁸⁴⁾.

Deuxièmement, une norme européenne harmonisée est une mesure de mise en œuvre nécessaire et encadrée d'exigences essentielles définies par une directive, réalisée à l'initiative et sous la direction ainsi que le contrôle de la Commission⁽⁸⁵⁾.

Troisièmement, les effets en droit d'une norme technique européenne harmonisée sont soumis à la publication préalable des références au *Journal officiel de l'Union européenne*, série C⁽⁸⁶⁾.

Enfin, le respect par un produit des spécifications techniques inscrites dans une norme technique harmonisée confère au produit concerné une présomption de conformité aux exigences essentielles de la directive concernée et, dès lors, la faculté de circuler, d'être mis sur le marché et d'être utilisé librement sur le territoire de tous les États membres de l'Union⁽⁸⁷⁾. Cette présomption de conformité aux exigences d'une directive est matérialisée par l'apposition sur ces produits du marquage «CE». De cette présomption de conformité, il découle que les États membres ne peuvent, notamment, imposer à ces produits des exigences supplémentaires pour leur accès effectif au marché et leur utilisation sur leur territoire⁽⁸⁸⁾. Un État membre qui imposerait des exigences supplémentaires à un produit s'exposerait à un recours en manquement introduit par la Commission (article 258 TFUE).

(82) *James Elliott Construction*, point 34.

(83) *James Elliott Construction*, point 33.

(84) *James Elliott Construction*, point 34.

(85) *James Elliott Construction*, point 34.

(86) *James Elliott Construction*, point 43.

(87) *James Elliott Construction*, point 39.

(88) *James Elliott Construction*, point 41.

À l'inverse de son avocat général, la Cour ne s'aventure pas sur le sujet de la délégation normative. Il est intéressant de relever que le terme même de «délégation» ne figure pas dans l'arrêt.

2. Les normes techniques ne s'imposent toujours pas comme normes contraignantes aux magistrats

Du point de vue du droit matériel, l'arrêt *James Elliott Construction* confirme ce qui pouvait sembler évident, compte tenu de la valeur non contraignante des normes techniques : que ce soit dans l'appréciation de la conformité, de la valeur marchande ou de l'aptitude à l'emploi d'un produit, les juridictions nationales ne sont tenues ni par le contenu des normes ni par la présomption de conformité qui découle de leur respect⁽⁸⁹⁾.

Une précision s'impose à cet égard : ce n'est pas parce que ni le contenu des normes ni la présomption de conformité qui découle de leur respect ne s'imposent aux magistrats que le manquement contractuel au respect du contenu d'une norme technique ne sera pas sanctionné par ces mêmes magistrats. En effet, si le contrat liant les parties en litige imposait à l'une d'elles de respecter le contenu d'une certaine norme, le non-respect de la clause relative au respect de cette norme serait un manquement contractuel. En d'autres termes, lorsque le respect d'une norme technique est une obligation contractuelle, son irrespect entraîne une condamnation pour manquement contractuel. Un tel manquement ne tient pas à la nature de la norme, mais bien à la portée donnée à cette norme par les parties dans leur contrat.

Au terme d'un raisonnement axé sur l'objet de la directive sur les produits de construction – pour la Cour⁽⁹⁰⁾ – et sur la nature réfragable de la présomption de conformité des produits respectant des normes techniques – pour l'avocat général⁽⁹¹⁾ –, une norme harmonisée ne lie pas le juge national que ce soit sur le mode d'établissement de la conformité aux spécifications contractuelles d'un produit (de construction) ou du moment auquel la conformité doit être établie⁽⁹²⁾. Par conséquent, des tests de conformité d'un produit à la norme différents de ceux proposés dans la norme peuvent être effectués, et ce même postérieurement à la commercialisation du produit. Si la Cour avait adopté un raisonnement différent, elle aurait remis en cause la valeur non contraignante des normes techniques.

En pratique, dans le cadre d'un litige concernant un défaut de construction, le conseil de la partie souhaitant démontrer que le défaut émane d'un vice de conformité aux spécifications contractuelles sera libre de proposer tout test

⁽⁸⁹⁾ *James Elliott Construction*, point 61.

⁽⁹⁰⁾ *James Elliott Construction*, point 53.

⁽⁹¹⁾ Conclusions de l'avocat général Campos Sanchez-Bordona, *James Elliott Construction*, points 69-71.

⁽⁹²⁾ *James Elliott Construction*, point 53.

permettant de faire la preuve de ce vice, peu importe que ces tests ne soient pas visés par la directive fixant les exigences essentielles auxquelles doivent satisfaire les produits relevant du champ d'application de la directive ou par la législation nationale transposant cette directive.

Dans ce contexte, la Cour ne donne pas non plus une réponse différente de celle donnée par son avocat général quant à la question de savoir si la présomption d'aptitude à l'usage d'un produit de construction fabriqué conformément à une norme harmonisée s'impose au juge national pour déterminer la qualité marchande de ce produit. La réponse est négative.

Selon la Cour, la norme harmonisée et la présomption de conformité qui découle du respect de cette dernière visent uniquement à permettre à un produit (de construction), satisfaisant aux conditions établies par la norme harmonisée, de circuler librement au sein de l'Union. L'objet de la norme technique européenne harmonisée n'est donc pas, dans le cadre d'un litige contractuel (en l'occurrence un contrat de vente de produits de construction), d'apprécier le respect par l'une des parties au contrat d'une exigence nationale de nature contractuelle⁽⁹³⁾.

Une réponse différente aurait été inconciliable à la fois avec la valeur non contraignante d'une norme technique et avec l'absence d'effet direct horizontal des directives fixant les exigences essentielles auxquelles doivent satisfaire les produits relevant de leur champ d'application⁽⁹⁴⁾.

3. Les impacts de l'arrêt *James Elliott Construction* sur le cadre institutionnel de la normalisation européenne

Même si la Cour confirme la nature non contraignante des normes techniques, l'arrêt *James Elliott Construction* a un impact sur le plan institutionnel en ce qu'il ouvre une réflexion sur le contrôle juridictionnel des normes techniques européennes harmonisées assimilées à des actes des institutions de l'Union européenne (a.) et sur les droits de propriété intellectuelle attachés traditionnellement à ces normes (b.).

A. NORMES ASSIMILÉES À DES ACTES DE L'UNION: VERS UNE INTERPRÉTATION ÉLARGIE DES COMPÉTENCES DE LA COUR DE JUSTICE?

La reconnaissance jurisprudentielle que des normes techniques harmonisées européennes sont des actes faisant partie de l'ordre juridique de l'Union européenne a nécessité une interprétation élargie de l'article 267 TFUE. Selon cette disposition, la Cour est compétente pour statuer, à titre préjudiciel, sur la validité et l'interprétation des actes pris par les *institutions, organes ou orga-*

⁽⁹³⁾ *James Elliott Construction*, points 57-59.

⁽⁹⁴⁾ F. PÉRALDI LENEUF, «Un pas de géant pour la normalisation européenne: la Cour de justice se prononce sur le statut des normes harmonisées», *J.D.E.*, 2017, p. 6.

nismes de l'Union. Dans son arrêt, la Cour confirme que les organismes de normalisation ne sont pas de tels institutions, organes ou organismes de l'Union. Toutefois, dans l'adoption des normes techniques européennes harmonisées, les activités des organismes de normalisation peuvent être assimilées à celles des institutions de l'Union européenne.

Ce raisonnement s'inspire de la jurisprudence de la Cour dans le domaine des relations extérieures de l'Union européenne. Dans l'arrêt *Sevince*, la Cour a confirmé que les décisions prises par un organe institué par un accord international conclu par le Conseil de l'Union européenne et chargé de la mise en œuvre de cet accord doivent être assimilées à des actes de l'Union européenne pris par le Conseil lui-même⁽⁹⁵⁾. En l'absence d'une telle assimilation, les effets de l'accord varieraient selon l'interprétation qui leur serait donnée dans les différents États membres⁽⁹⁶⁾.

S'appuyant sur cette jurisprudence, la Cour a conclu que les normes techniques harmonisées européennes constituent des normes issues d'un organe institué par un instrument de droit de l'Union européenne comparables à celles adoptées directement par la Commission européenne. En effet, dans la pratique, l'adoption des normes techniques européennes harmonisées et leur validation par la Commission européenne peuvent être assimilées à un processus au travers duquel la Commission européenne agit comme auteur implicite de la norme. Certes, dans les faits, l'autonomie dont bénéficient les organismes de normalisation pour l'élaboration de ces normes peut faire oublier la délégation de cette compétence d'élaboration des normes techniques harmonisées par la Commission, il n'en reste pas moins que, dans la pureté des principes, la Commission a le pouvoir de demander à l'organisme de normalisation de modifier un projet de norme qui ne lui conviendrait pas⁽⁹⁷⁾ ou de refuser la publication de la norme harmonisée au *Journal officiel de l'Union européenne*⁽⁹⁸⁾. En dépit de ce rôle de contrôle accordé à la Commission, la Cour a refusé d'accorder explicitement aux normes techniques harmonisées européennes le statut d'actes d'exécution reconnus par l'article 291 TFUE⁽⁹⁹⁾. En revanche, les normes techniques européennes harmonisées doivent être considérées comme des instruments assimilés à des actes des organes ou organismes de la Commission, même si l'auteur est un organisme de droit privé. La Cour justifie sa compétence d'interprétation des normes techniques harmonisées européennes dans le cadre d'un renvoi pré-

⁽⁹⁵⁾ Arrêt du 20 septembre 1990, C-192/89, *Sevince*, EU:C:1990:322, point 10.

⁽⁹⁶⁾ *Ibidem*, point 11.

⁽⁹⁷⁾ Article 11 (3) du règlement 1025/2012.

⁽⁹⁸⁾ Article 11 (1) (a) du règlement 1025/2012.

⁽⁹⁹⁾ Selon le CEN/CENELEC, dans une communication publiée en mai 2017, la publication dans le *Journal Officiel de l'Union européenne* et le contrôle préalable effectué par la Commission l'élaboration des normes techniques européennes harmonisées ne suffisent pas pour qualifier les normes d'actes d'exécution reconnus par l'article 291 TFUE. À cet égard, CEN/CENELEC position paper du 17 mai 2017, https://www.cencenelec.eu/news/policy_opinions/PolicyOpinions/PositionPaper_Consequences_Judgment_Elliott%20case.pdf, p. 5.

judiciel par la nécessité d'une application uniforme de ces normes au sein des différents États membres.

En introduisant, dans le domaine de la normalisation, cette catégorie de normes assimilées à des actes de l'Union européenne, la Cour ouvre les débats concernant l'étendue du contrôle par les juridictions de l'Union européenne sur deux aspects à tout le moins.

La première question sur laquelle plane une incertitude est celle de savoir si le statut de norme assimilée à un acte d'un organe, organisme de l'Union, pourrait être étendu à d'autres normes connexes. Selon la Cour, deux conditions doivent être remplies cumulativement pour qu'une norme bénéficie de ce statut de norme assimilée à un acte d'une institution, organe ou organisme de l'Union. Il doit s'agir (1) d'une norme harmonisée au sens de l'article 4, paragraphe 1, de la directive 89/106 (2) dont les références ont été publiées par la Commission au *Journal officiel de l'Union européenne*, série C. Il semble que, si une norme ne remplit pas ces deux conditions, la Cour ne la considère pas comme un acte assimilé à un acte d'une institution, organe ou organisme de l'Union. Dans cette optique, la Cour reste laconique sur le point de savoir dans quelle mesure d'autres normes techniques harmonisées, non fondées sur cette directive spécifique mais sur un autre instrument de droit dérivé et faisant l'objet d'une publication, mériteraient le même statut assimilé⁽¹⁰⁰⁾. Selon l'avocat général⁽¹⁰¹⁾, les enseignements de l'affaire *James Elliott Construction* valent pour les normes techniques européennes harmonisées, même au-delà du domaine de la construction couvert par la directive 89/106. Il s'ensuivrait que des normes adoptées selon les modalités du règlement 1025/2012 devraient toutes être considérées comme des actes assimilés à un acte d'une institution, organe ou organisme de l'Union. En revanche, ce raisonnement ne peut être étendu à des cas de normalisation technique purement privée, réalisée à l'initiative du CEN et sans lien avec le droit de l'Union. La Cour s'étant prononcée sur une question préjudicielle relative à la directive 89/106, il n'est pas certain que d'autres normes puissent également bénéficier du statut de norme assimilée à un acte de l'Union européenne. Compte tenu de l'importance attachée à la publication de la norme au *Journal officiel de l'Union européenne*, on pourrait néanmoins prédire que des normes adoptées selon des procédures similaires pourraient également être considérées comme des normes assimilées à des actes d'une institution, organe ou organisme de l'Union.

Au-delà des procédures de normalisation, on peut se demander aussi si ce statut de norme assimilée à un acte d'une institution, organe ou organisme de l'Union s'étend également à des normes d'exécution prises par des États membres dans la mise en œuvre du droit de l'Union européenne. À titre

⁽¹⁰⁰⁾ Plus généralement, l'article 10, § 6, du règlement 1025/2012 requiert une publication des normes techniques européennes harmonisées.

⁽¹⁰¹⁾ Conclusions de l'avocat général Campos Sanchez-Bordona, *James Elliott Construction*, point 46.



d'exemple, en droit des services financiers, le législateur européen demande aux autorités nationales de surveillance de mettre sur pied des régimes de sanction⁽¹⁰²⁾. De tels régimes doivent respecter des exigences européennes et sont contrôlés par la Commission. À la lumière de l'arrêt *James Elliott Construction*, il n'est pas impossible que la Cour envisage un contrôle juridictionnel de ces normes. Même si la Cour a exclu de telles interprétations dans son arrêt *Corsten*⁽¹⁰³⁾, l'arrêt *James Elliott Construction* peut être compris comme une ouverture pour un contrôle et une interprétation par la Cour des normes étatiques assimilées à celles de l'Union européenne. Vu le manque de clarté sur ce point, tant dans le domaine de la normalisation que dans d'autres domaines dans lesquels le droit de l'Union intervient, il est donc potentiellement à craindre que l'arrêt *James Elliott Construction* inaugure un déferlement de questions préjudicielles relativement à des actes qui ne seraient pas, au sens strict, pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union au sens de l'article 267 TFUE.

Deuxièmement, la reconnaissance des normes assimilées à des actes d'une institution, organe ou organisme de l'Union a pour conséquence que ces normes peuvent également faire l'objet d'un recours en annulation fondé sur l'article 263 TFUE. Selon cette disposition, la Cour contrôle la légalité des actes des organes ou organismes de l'Union destinés à produire des effets juridiques à l'égard des tiers. On ne peut nier que des normes techniques produisent de tels effets. Par ailleurs, l'arrêt *James Elliott Construction* nous apprend que ces normes sont des normes assimilées à des actes des organes ou organismes de l'Union au sens de l'article 267 TFUE. Vu que le libellé « organes et organismes de l'Union » apparaît tant dans l'article 267 TFUE que dans l'article 263 TFUE, la question peut être posée de savoir si cette notion englobe également, dans le cadre de ces deux dispositions, des normes assimilées. *A priori*, il ne semble pas impossible que des normes assimilées au sens de l'article 267 TFUE peuvent également faire l'objet d'un recours en annulation au sens de l'article 263 TFUE visant la même catégorie d'actes de l'Union. Une partie de la doctrine considère qu'un tel recours est possible, même si les conditions d'effet direct et individuel de la mesure dont l'annulation est requise auront pour conséquence de limiter le nombre de recours introduits par des individus ou entreprises⁽¹⁰⁴⁾. Une autre partie de la doctrine soutient que les deux procédures sont trop différentes pour permettre une telle interprétation⁽¹⁰⁵⁾. La Cour n'ayant pas abordé cette question, l'incertitude demeure. Il nous semble néanmoins que la Cour n'a pas exclu cette possibilité de recours en annulation. Si la Cour se montre soucieuse d'assurer l'application cohérente du droit de l'Union européenne et d'offrir une

⁽¹⁰²⁾ À titre d'exemple, les articles 18 à 23 du règlement 236/2012 du Parlement européen et du Conseil du 14 mars 2012 sur la vente à découvert et certains aspects des contrats d'échange sur risque de crédit, *J.O.*, L 86, 24 mars 2012, pp. 1-24.

⁽¹⁰³⁾ Arrêt du 3 octobre 2000, C-58/98, *Corsten*, EU:C:2000:527, point 24.

⁽¹⁰⁴⁾ F. PÉRALDI LENEUF, *op. cit.*, p. 6.

⁽¹⁰⁵⁾ A. VOLPATO, «The harmonized standards before the ECJ: *James Elliott Construction*», *Common Market Law Review*, n° 54, 2017, p. 601.

protection juridictionnelle également cohérente⁽¹⁰⁶⁾, il nous semblerait étrange que cette même Cour ne reconnaisse pas cette possibilité dans un avenir proche.

B. LA FIN DES DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE DES ORGANISMES DE NORMALISATION ?

À l'heure actuelle, les organismes de normalisation ont un droit de propriété sur les normes qu'ils élaborent. Ce droit de propriété intellectuelle se matérialise par la vente par les organismes de normalisation des normes qu'ils transposent. À titre d'exemple, la norme européenne harmonisée «EN 13242:2002», au cœur de l'arrêt *James Elliott Construction*, transposée par l'AFNOR en norme «NF EN 13242+A1», est vendue par cet organisme 93,94 euros hors TVA⁽¹⁰⁷⁾. L'organisme allemand de normalisation, le «DIN»⁽¹⁰⁸⁾, vend, quant à lui, la norme «DIN EN 13242» qui transpose la norme «EN 13242:2002» 133,50 euros pour les non-membres ou 122,80 euros pour ses membres⁽¹⁰⁹⁾. L'arrêt *James Elliott Construction* pourrait mettre fin à ce commerce lucratif. En effet, en faisant des normes européennes harmonisées des actes faisant partie du droit de l'Union, la Cour consacre implicitement le caractère nécessairement public de ces normes. La publicité des actes pris par les institutions de l'Union découle de l'article 15, § 3, du TFUE qui consacre le principe du droit d'accès aux documents des institutions, organes et organismes de l'Union pour tout citoyen de l'Union et toute personne physique ou morale résidant ou ayant son siège statutaire dans un État membre. Un tel droit d'accès implique la gratuité des normes techniques européennes harmonisées⁽¹¹⁰⁾. Vu le manque de clarté autour du statut des normes techniques harmonisées, il n'est pas impossible que la Cour les considère, du point de vue de leur accès, comme des documents assimilés à des documents des institutions, organes et organismes de l'Union, par analogie au raisonnement développé relativement à l'article 267 TFUE dans l'arrêt *James Elliott Construction*. Bien que cet arrêt n'impose pas un tel accès, la Cour semble avoir ouvert la porte à des arguments en faveur d'un accès public (et donc gratuit) aux normes techniques européennes harmonisées.

La gratuité des normes pourrait avoir comme conséquence d'amoindrir les investissements des organismes de normalisation dans la recherche et le développement de normes⁽¹¹¹⁾. Selon les organismes de normalisation, le coût

⁽¹⁰⁶⁾ Identifiant ces soucis dans la jurisprudence, K. LENAERTS, «The Rule of Law and the Coherence of the Judicial System of the European Union», *Common Market Law Review*, n° 54, 2007, pp. 1625-1659.

⁽¹⁰⁷⁾ <https://www.boutique.afnor.org/recherche/resultats/mot/NF%20EN%2013242%2BA1>.

⁽¹⁰⁸⁾ <http://www.din.de/de>.

⁽¹⁰⁹⁾ <http://www.beuth.de/de/norm-entwurf/din-en-13242/228791266>.

⁽¹¹⁰⁾ R. VAN GESTEL et H.-W. MICKLITZ, «European Integration Through Standardization: How Judicial Review is Breaking down the Club House of Private Standardization Bodies», *Common Market Law Review*, n° 50, 2013, p. 146.

⁽¹¹¹⁾ R. VAN GESTEL et H.-W. MICKLITZ, *op. cit.*, p. 146; A. VOLPATO, *op. cit.*, pp. 598-599.

du développement de nouvelles normes est supporté par les bénéfices engendrés par la vente des normes. Si les comités techniques des organismes de normalisation en charge du développement des normes ne pouvaient plus compter sur ces bénéfices, ce serait alors le financement même du développement des normes qui serait remis en cause⁽¹¹²⁾. En outre, les organismes de normalisation sont parfois tenus de payer des licences à des titulaires de brevets dont l'utilisation est nécessaire pour le développement de nouvelles normes⁽¹¹³⁾. Si les normes deviennent gratuites se posera également la question de savoir comment les organismes de normalisation financeront ces licences.

III. CONCLUSION

La normalisation européenne a jusqu'à présent été relativement épargnée par la Cour de justice. L'arrêt *James Elliott Construction* a permis à cette dernière de discuter les pratiques en vigueur dans ce domaine. Cet arrêt a confirmé que l'interprétation des normes techniques européennes harmonisées, actes non contraignants, peut être soumise à l'examen de la Cour. L'arrêt *James Elliott Construction* est également source d'inquiétude et d'incertitude quant à la portée des pouvoirs d'examen de la Cour. En effet, les organismes de normalisation pourraient y voir l'amorce d'une remise en cause du mode de financement des normes et d'un plus grand contrôle judiciaire de leur intervention. L'arrêt *James Elliott Construction* est en tout cas un signal clair que la normalisation est à un tournant de son histoire, auquel les praticiens du droit devront être de plus en plus attentifs.

⁽¹¹²⁾ Voy. <http://groupe.afnor.org/produits-editions/SagaWeb/Le%20droit%20d%27auteur,%20les%20normes%20et%20internet.pdf>.

⁽¹¹³⁾ http://www.wipo.int/sme/fr/documents/ip_standards.htm.