



COMMISSION EUROPÉENNE

SERVICE JURIDIQUE

Bruxelles, le 19 juillet 2007
JURM(07) 102

or.: allemand

**À MONSIEUR LE PRÉSIDENT ET AUX MEMBRES
DE LA COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES**

OBSERVATIONS ÉCRITES

déposées, conformément à l'article 23, deuxième alinéa, du protocole sur le statut de la Cour de Justice des Communautés européennes,

par la **Commission des Communautés européennes**, représentée par MM. Enrico TRAVERSA, conseiller juridique, et Hannes KRAEMER, membre de son service juridique, et ayant élu domicile auprès de M. Antonio Aresu, également membre de son service juridique, Bâtiment BECH, L-2721 Luxembourg,

dans les affaires jointes

C-171/07

Apothekerkammer des Saarlandes (Chambre professionnelle des pharmaciens du Land de la Sarre, organisme de droit public) **e. a.**

– partie requérante –

contre

1. Saarland (Land de Sarre), **et**

2. Ministerium für Justiz, Gesundheit und Soziales des Saarlandes (ministère de la justice, de la santé et des affaires sociales du Land de Sarre)

– parties défenderesses –

autre partie intervenante (appelée en la cause): **DocMorris N.V.**

et

C-172/07

Helga Neumann-Seiwert

– partie requérante –

contre

1. Saarland (Land de Sarre), **et**

2. Ministerium für Justiz, Gesundheit und Soziales des Saarlandes (ministère de la justice, de la santé et des affaires sociales du Land de Sarre)

– parties défenderesses –

autre partie intervenante (appelée en la cause): **DocMorris N.V.**,

ayant pour objet une demande de décision préjudicielle présentée, en vertu de l'article 234 du traité instituant la Communauté européenne, par le Verwaltungsgericht Saarbrücken (Allemagne), et portant sur l'interprétation à donner aux articles 10, 43 et 48 CE

Table des matières

I. LE CADRE JURIDIQUE	Page 4
A. LE DROIT COMMUNAUTAIRE	Page 4
B. LA LEGISLATION NATIONALE	Page 5
II. LES FAITS AU PRINCIPAL.....	Page 7
III. APPRECIATION JURIDIQUE	Page 8
1. Sur la première question	Page 8
2. Sur la deuxième question	Page 14
IV. CONCLUSION	Page 19

Dans le cadre de la présente procédure préjudicielle, la Commission a l'honneur de formuler les observations suivantes:

I. LE CADRE JURIDIQUE

A. LE DROIT COMMUNAUTAIRE

1. L'article 43 CE dispose:

«Dans le cadre des dispositions ci-après, les restrictions à la liberté d'établissement des ressortissants d'un État membre dans le territoire d'un autre État membre sont interdites. Cette interdiction s'étend également aux restrictions à la création d'agences, de succursales ou de filiales, par les ressortissants d'un État membre établis sur le territoire d'un État membre. La liberté d'établissement comporte l'accès aux activités non salariées et leur exercice, ainsi que la constitution et la gestion d'entreprises, et notamment de sociétés au sens de l'article 48, deuxième alinéa, dans les conditions définies par la législation du pays d'établissement pour ses propres ressortissants, sous réserve des dispositions du chapitre relatif aux capitaux.»

2. L'article 48 CE est libellé comme suit:

«Les sociétés constituées en conformité de la législation d'un État membre et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de la Communauté sont assimilées, pour l'application des dispositions du présent chapitre, aux personnes physiques ressortissantes des États membres. Par sociétés, on entend les sociétés de droit civil ou commercial, y compris les sociétés coopératives, et les autres personnes morales relevant du droit public ou privé, à l'exception des sociétés qui ne poursuivent pas de but lucratif.»

3. L'article 10 CE dispose:

«Les États membres prennent toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations découlant du présent traité ou résultant des actes des institutions de la Communauté. Ils facilitent à celle-ci l'accomplissement de sa mission. Ils s'abstiennent de toutes mesures susceptibles de mettre en péril la réalisation des buts du présent traité.»

B. LA LEGISLATION NATIONALE

4. L'article 1 du Gesetz über das Apothekenwesen [(loi allemande sur les pharmacies, ci-après «l'ApoG») dans la version publiée le 15 octobre 1980 (BGBl. I, p. 1993), modifiée en dernier lieu par l'article 36 de la loi du 26 mars 2007 (BGBl. I, p. 378)], prévoit ce qui suit:

«1) Conformément à l'intérêt général, les pharmacies assurent l'approvisionnement de la population en médicaments dans le respect de la législation.

2) Toute personne souhaitant exploiter une pharmacie, et jusqu'à trois succursales, doit obtenir l'autorisation de l'autorité compétente.

3) L'autorisation vaut pour le seul pharmacien auquel elle a été accordée et pour les seuls locaux désignés dans le document d'autorisation.»

5. L'article 2, paragraphes 1 et 5, de l'ApoG dispose:

1) L'autorisation est octroyée sur demande dès lors que le demandeur:

1. est allemand, au sens de l'article 116 du Grundgesetz (loi fondamentale), ressortissant de l'un des autres États membres de l'Union européenne ou d'un autre État signataire de l'accord sur l'Espace économique européen ou d'un État auquel l'Allemagne ou l'Union européenne ont par convention reconnu un statut juridique correspondant, ou étranger apatride au sens du Gesetz über die Rechtsstellung heimatloser Ausländer (loi sur le statut juridique des étrangers apatrides);

2. a la pleine capacité juridique;

3. est habilité, au sens de la législation allemande, à exercer en tant que pharmacien;

4. présente les garanties de fiabilité nécessaires à l'exploitation d'une pharmacie;

[...]

7. n'est pas inapte, du point de vue de sa santé, à la gestion d'une pharmacie;

[...];

5) Les dispositions de la présente loi s'appliquent mutatis mutandis à l'exploitation de plusieurs pharmacies publiques dans les conditions suivantes:

1. L'exploitant doit diriger personnellement l'une des pharmacies (pharmacie principale).

2. Pour l'exploitation de toute autre pharmacie (pharmacie succursale), l'exploitant doit désigner par écrit un pharmacien responsable qui est tenu de répondre aux obligations applicables aux gérants de pharmacie, telles que définies par la présente loi et par l'Apothekenbetriebsordnung (règlement sur la gestion de pharmacies). L'exploitant doit déclarer par écrit à l'autorité compétente tout changement de responsable envisagé, une semaine avant ce changement.»

6. L'article 7, première phrase, de l'ApoG est rédigé comme suit:

«L'autorisation oblige le pharmacien à gérer personnellement la pharmacie sous sa propre responsabilité.»

7. L'article 8, première phrase, de l'ApoG, est ainsi libellé:

«Plusieurs personnes ne peuvent gérer ensemble une pharmacie que sous la forme d'une société de droit civil ou d'une société en nom collectif; dans ce cas, tous les associés doivent obtenir l'autorisation.»

8. L'article 9 de l'ApoG dispose:

«1) La mise en location-gérance d'une pharmacie [...] n'est autorisée que dans les cas suivants:

1. si et tant que le bailleur de l'officine dispose de l'autorisation sans pouvoir l'exploiter lui-même pour une raison importante liée à sa personne ou parce que l'autorisation a été révoquée à la suite de la perte de l'une des conditions visées à l'article 2, paragraphe 1, point 7, ou annulée par révocation de l'agrément requis pour l'exercice de la profession [...];

2. à la suite du décès du titulaire de l'autorisation: par ses enfants successibles, tant que le plus jeune de ces enfants successibles n'a pas atteint l'âge de 23 ans révolus. Le délai peut être prolongé sur demande, si avant d'avoir atteint l'âge de 23 ans révolus, l'un de ces enfants embrasse la profession de pharmacien, jusqu'à ce qu'il puisse satisfaire aux conditions de délivrance de l'autorisation;

3. par le conjoint ou concubin successible survivant jusqu'au moment de son mariage ou de la création d'un partenariat, dans la mesure où il ne dispose pas lui-même d'une autorisation conformément à l'article 1.

[...]

2) Le preneur de bail doit posséder l'autorisation prévue à l'article 1. Le contrat de mise en location-gérance ne doit entraver ni la responsabilité professionnelle, ni la liberté de décision du pharmacien bailleur.

[...]»

9. L'article 13, paragraphe 1, de l'ApoG est libellé comme suit:

«1) Après la mort du titulaire de l'autorisation, les héritiers de ce dernier peuvent confier à un pharmacien le soin de la gérance de la pharmacie pendant 12 mois au maximum.»

II. LES FAITS AU PRINCIPAL

10. DocMorris N.V. (ci-après: «*DocMorris*») est une société anonyme néerlandaise, exerçant à Heerlen (Pays-Bas) une activité de vente de médicaments par correspondance. Par décision du 29 juin 2006, le défendeur au principal a accordé à DocMorris, avec effet au 1^{er} juillet 2006, l'autorisation d'exploiter (ci-après «*l'autorisation d'exploitation*») en tant que succursale une pharmacie, sise à Sarrebruck, Kaiserstrasse 16-18 (ci-après la «*succursale*»). L'autorisation d'exploitation était subordonnée à la condition que la pharmacienne responsable, M^{me} Jutta Inge Müller, dirige personnellement et sous sa propre responsabilité la succursale en question. Par décision du 28 juin 2006, le défendeur au principal a autorisé DocMorris, avec effet également au 1^{er} juillet 2006, à fournir à cette succursale des médicaments vendus exclusivement en pharmacie. Par une nouvelle décision du 7 août 2006, le défendeur au principal a ordonné l'exécution immédiate de l'autorisation d'exploitation de la succursale. Le 2 août 2006, les parties requérantes au principal ont formé un recours devant le Verwaltungsgericht du Land de Sarre (ci-après: la «*juridiction de renvoi*») à l'encontre de l'autorisation d'exploitation en réclamant en outre des mesures provisoires.
11. Les parties requérantes au principal demandent à ce qu'il plaise au tribunal:
1. constater que l'autorisation d'exploitation est entachée de nullité,
 2. à titre subsidiaire, annuler l'autorisation d'exploitation,
 3. à titre très subsidiaire, condamner la partie défenderesse à retirer l'autorisation d'exploitation.
12. Le défendeur au principal et DocMorris concluent au rejet du recours.
13. La juridiction de renvoi considère que la solution des demandes formulées dépend de l'interprétation à donner aux articles 10, 43 et 48 CE.
14. C'est pourquoi, la juridiction de renvoi a décidé de surseoir à statuer et de saisir la Cour des questions préjudicielles suivantes:
1. *Les dispositions relatives à la liberté d'établissement des sociétés de capitaux (articles 43, 48 CE) doivent-elles être interprétées en ce sens qu'elles s'opposent à la règle selon laquelle seul un pharmacien peut posséder une pharmacie («Fremdbesitzverbot»), telle qu'elle ressort des*

dispositions combinées de l'article 2, paragraphe 1, points 1-4 et 7, de l'article 7, première phrase et de l'article 8, première phrase de l'ApoG?

2. En cas de réponse affirmative à la première question:

Une autorité nationale a-t-elle le pouvoir et le devoir, en application du droit communautaire et en particulier compte tenu de l'article 10 CE et du principe de l'effet utile du droit communautaire, d'écarter l'application des dispositions nationales qu'elle considère contraires au droit communautaire, même s'il ne s'agit pas d'une violation manifeste du droit communautaire et que la Cour de justice des Communautés européennes n'a pas constaté l'incompatibilité des dispositions en cause avec le droit communautaire?

III. APPRECIATION JURIDIQUE

1. Sur la première question

15. Par la première question, la juridiction de renvoi souhaite, en substance, savoir si les articles 43 et 48 CE sont à interpréter en ce sens qu'ils s'opposent à la règle selon laquelle seul un pharmacien peut posséder une pharmacie («Fremdbesitzverbot»), telle qu'elle ressort des dispositions combinées de l'article 2, paragraphe 1, points 1-4 et 7, de l'article 7, première phrase et de l'article 8, première phrase de l'ApoG.
16. Selon la jurisprudence constante de la Cour, la liberté d'établissement comporte la constitution et la gestion d'entreprises, et notamment de sociétés, dans un État membre par un ressortissant d'un autre État membre (voir l'arrêt du 13 avril 2000 dans l'affaire C-251/98, Baars/Inspecteur der Belastingen Particulieren/Ondernemingen Gorinchem, Recueil 2000, p. I-2787, point 22).
17. À cet égard, l'article 43 CE s'oppose à toute mesure nationale qui, même applicable sans discrimination tenant à la nationalité, est susceptible de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice, par les ressortissants communautaires, de la liberté d'établissement garantie par le traité (voir e. a. arrêts du 31 mars 1993 dans l'affaire C-19/92, Kraus/Land Baden-Württemberg, Recueil 1993, p. I-1663, point 32, et du 21 avril 2005 dans l'affaire C-140/03, Commission/République hellénique, Recueil 2005, p. I-3177, point 27).
18. La Commission estime qu'il convient, dans ce contexte, d'opérer en principe une distinction entre, d'une part, les dispositions régissant l'accès à l'entrepreneuriat

dans un domaine spécifique et, d'autre part, celles relatives à l'organisation de la gestion commerciale. Les premières se rapportent aux structures d'entreprise et aux rapports de propriété admissibles, tandis que les secondes se rattachent à la direction opérationnelle de différents établissements ou à l'exécution de différents actes professionnels, par exemple. Cette distinction est globalement la même que celle effectuée par l'avocat général Ruiz-Jarabo Colomer au point 34 de ses conclusions du 7 décembre 2004 dans l'affaire C-140/03, Commission/République hellénique (voir point 17 ci-dessus) entre deux sphères de rapports juridiques, l'une «interne» et l'autre «externe».

19. En l'espèce, il résulte de l'interaction des articles 8, première phase, et 2, paragraphe 1, , point 3, de l'ApoG qu'une société ne peut obtenir l'autorisation requise pour l'exploitation d'une pharmacie que s'il s'agit d'une société de droit civil ou d'une société commerciale en nom collectif de droit allemand et uniquement si tous les associés sont habilités au sens de la législation allemande à exercer la profession de pharmacien. Cette disposition (ci-après la «*mesure litigieuse*») constitue ainsi une règle d'accès à l'entrepreneuriat au sens de la distinction opérée au point précédent.
20. La mesure litigieuse barre ainsi complètement l'accès à l'entrepreneuriat sur le marché allemand des pharmacies à toutes les sociétés dont la forme juridique est autre que celle d'une société de droit civil ou d'une société en nom collectif, ou dont les associés ne disposent pas tous de l'habilitation allemande à exercer la profession de pharmacien, ou qui, comme DocMorris, ne satisfont ni à l'une ni à l'autre de ces deux conditions.
21. Par conséquent, malgré l'absence de discrimination, la mesure litigieuse constitue, en ce qui concerne les sociétés des autres États membres qui, dans leur État de résidence, sont habilitées à exploiter une pharmacie, mais qui sont exclues d'une telle activité sur le marché allemand des pharmacies, une restriction à la liberté d'établissement au sens des articles 43 et 48 CE.
22. Il résulte d'une jurisprudence constante qu'une disposition nationale qui, comme la mesure litigieuse, s'applique à toute personne ou entreprise exerçant une activité sur le territoire de l'État membre d'accueil, peut être justifiée dans certaines conditions. Tel est le cas lorsque cette mesure premièrement, répond à des raisons impérieuses

d'intérêt général, deuxièmement, est propre à garantir la réalisation de l'objectif qu'elle poursuit et troisièmement, ne va pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre (voir notamment les arrêts du 4 juillet 2000 dans l'affaire C-424/97, Haim/Kassenzahnärztliche Vereinigung Nordrhein, Recueil 2000, p. I-5123, point 57; du 1^{er} février 2001, dans l'affaire C-108/96, Mac Quen e.a., point 26, et du 5 octobre 2004, dans l'affaire C-442/02, CaixaBank France/ Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, Recueil 2004, p. I-8961, point 17).

23. L'objectif de la protection de la santé dans le cadre de l'approvisionnement en médicaments – tel qu'invoqué par les parties requérantes au principal – constitue certes en principe une raison impérieuse d'intérêt général au vu des risques considérables pour la santé et la vie des personnes que peut présenter la délivrance erronée ou incorrecte de médicaments comme la fourniture de conseils incorrects, notamment en ce qui concerne les médicaments soumis à prescription médicale (voir à ce sujet l'arrêt du 11 décembre 2003 dans l'affaire C-322/02, Deutscher Apothekerverband/DocMorris, Recueil 2003, p. I-14887, points 117 et 119).
24. Toutefois, à cet égard, la Commission rappelle que la responsabilité des États membres en matière d'organisation et de fourniture de services de santé et de soins médicaux, telle que garantie par l'article 152, paragraphe 5, CE ne signifie pas que le devoir des États membres de respecter les obligations leur incombant en vertu d'autres dispositions du traité – comme par exemple en ce qui concerne les libertés fondamentales – puisse être considéré comme une atteinte à leur compétence souveraine en la matière (voir dans ce contexte au sujet de la réalisation par les États membres d'adaptations à leur système national de sécurité sociale, en dernier lieu l'arrêt du 16 mai 2006 dans l'affaire, C-372/04, Watts/Bedford Primary Care Trust, Secretary of State for Health, Recueil I-4325, points 146 et suivant).
25. Dans la présente affaire, il est déjà douteux que la mesure litigieuse soit appropriée pour atteindre l'objectif de protection de la santé. En effet, il n'est pas évident dans quelle mesure une disposition relative à l'accès à l'entrepreneuriat pourrait même favoriser la réalisation de cet objectif. Il ne pourrait en être ainsi qu'en présence d'indices concrets démontrant que, lorsque l'entrepreneur lui-même n'est pas un pharmacien habilité et qu'un pharmacien travaille au titre de salarié, le contrôle ou l'influence exercés par l'entrepreneur sur le pharmacien compromettent l'indépendance et la responsabilité personnelle de ce dernier à tel point que le

respect des règles professionnelles ou déontologiques applicables aux activités de pharmacien serait mis en péril. Or, force est de constater qu'il n'existe aucun indice concret de ce genre; il s'agit, au contraire, d'un risque purement abstrait qui, en tant que tel, n'est pas pertinent pour le contrôle du caractère approprié de la mesure.

26. En tout état de cause, la mesure litigieuse va au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif de protection de la santé dans le domaine de l'approvisionnement en médicaments, étant donné que cet objectif peut aussi être atteint par des dispositions sur la façon dont doit être gérée l'exploitation, comme notamment par l'exigence que la direction opérationnelle d'une pharmacie ou également la délivrance de médicaments et la fourniture de conseils à la clientèle soient réservées à un pharmacien habilité, travaillant à titre de salarié ou d'entrepreneur. D'autres dispositions appropriées, mais moins restrictives, pourraient en outre être adoptées par le législateur national, comme par exemple la responsabilité civile vis-à-vis des tiers (à savoir la clientèle) ou l'obligation de contracter une assurance professionnelle responsabilité civile.
27. De plus, le législateur national peut également prendre des dispositions particulières pour le cas où l'entrepreneur ne serait pas lui-même pharmacien habilité. Il peut ainsi, par exemple, adopter des dispositions réglementant les rapports de droit entre l'entrepreneur et un pharmacien travaillant à titre de salarié afin d'empêcher que le contrôle ou l'influence exercés par l'entrepreneur sur le pharmacien ne compromettent l'indépendance et la responsabilité personnelle de ce dernier, en mettant en danger le respect des règles professionnelles ou déontologiques applicables au de pharmacien. De même, le législateur national peut faire en sorte que les dispositions applicables pour le pharmacien en matière de responsabilité civile vis-à-vis des tiers (c'est-à-dire de la clientèle) le soient également pour l'entrepreneur.
28. À ce sujet, il convient de relever deux dispositions intéressantes de l'ApoG, qui montrent que la législation allemande elle-même ne part pas toujours du principe qu'il est indispensable, pour la protection de la santé, de réserver l'accès à l'entrepreneuriat sur le marché des pharmacies à des pharmaciens habilités ou à des sociétés de personnes composées de pharmaciens habilités.

29. Ainsi, selon l'article 13, paragraphe 1, de l'ApoG, les héritiers d'un pharmacien titulaire de l'autorisation peuvent, après la mort de ce dernier, confier la gestion de la pharmacie pendant une période maximale de 12 mois à un pharmacien. Or, dans un tel cas, les héritiers, même si ce n'est que pour une durée limitée, sont des entrepreneurs, bien qu'ils ne soient pas en règle générale eux-mêmes des pharmaciens habilités.
30. D'autre part, lors de la mise en location-gérance d'une pharmacie, le pharmacien bailleur – en qualité de titulaire de l'autorisation selon l'article 1 de l'ApoG – doit, certes être considéré comme entrepreneur. Or, il n'est pas exclu que le contrat de bail puisse malgré tout porter atteinte à sa responsabilité professionnelle et à sa liberté de décision. Pour traiter cette situation, L'ApoG n'introduit toutefois pas une interdiction complète de la mise en location-gérance¹, mais seulement une règle fixant certaines exigences quant au contenu du contrat de bail. Ainsi, l'article 9, paragraphe 2, deuxième phrase, de l'ApoG dispose que ce contrat ne doit pas compromettre la responsabilité professionnelle et la liberté de décision du pharmacien bailleur.
31. Par conséquent, même indépendamment de sa justification intrinsèque, la mesure litigieuse ne constitue pas un élément faisant partie d'une règle cohérente et systématique au regard de la protection de la santé (voir au sujet de cette exigence l'arrêt du 6 mars 2007 dans l'affaire C-338/04, Placanica e.a., non encore publié au Recueil, point 53).
32. En conclusion, une disposition qui, comme la mesure litigieuse, réserve l'accès à l'entrepreneuriat sur le marché des pharmacies aux pharmaciens habilités ou à des sociétés de personnes composées de pharmaciens habilités et fondées conformément au droit allemand, n'est pas nécessaire pour la protection de la santé publique. La mesure litigieuse est ainsi, en tant que restriction disproportionnée de la liberté d'établissement, incompatible avec les articles 43 et 48 CE.
33. La Commission est confortée dans son avis par l'arrêt dans l'affaire C-140/03, Commission/République hellénique, (précité au point 17 ci-dessus), par lequel la Cour a considéré que certaines dispositions grecques sur l'exploitation de magasins

¹ Une telle mise en location-gérance est au contraire autorisée lorsque l'une des conditions énumérées à l'article 9, paragraphe 1, première phrase, de l'ApoG est satisfaite.

d'optique n'étaient pas compatibles avec les articles 43 et 48, CE. Ces dispositions subordonnaient la possibilité pour une personne morale d'ouvrir un magasin d'optique en Grèce à la condition que l'autorisation de créer et d'exploiter le magasin d'optique soit délivrée au nom d'un opticien agréé, qui soit une personne physique, participant à raison de 50 % au moins au capital de la société ainsi qu'à ses bénéfices et pertes, et que la société ait la forme d'une société en nom collectif ou d'une société en commandite. Par ailleurs, selon les dispositions grecques, l'opticien en cause pouvait faire partie de tout au plus une autre société propriétaire d'un magasin d'optique, pour autant que l'autorisation de créer et d'exploiter le magasin soit délivrée au nom d'un autre opticien agréé. À cet égard, la Cour a constaté que l'objectif de protection de la santé publique invoqué par la République hellénique était susceptible d'être atteint au moyen de mesures moins restrictives de la liberté d'établissement tant des personnes physiques que des personnes morales, comme par exemple au moyen de l'exigence de la présence d'opticiens diplômés salariés ou associés dans chaque magasin d'optique, de règles applicables en matière de responsabilité civile du fait d'autrui, ainsi que de règles imposant une assurance de responsabilité professionnelle. Par conséquent, la Cour a estimé que les restrictions litigieuses allaient au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi et que dès lors elles étaient injustifiées car elles constituaient une restriction disproportionnée de la liberté d'établissement.

34. La législation grecque censurée est, de par ses effets normatifs, comparable à la mesure litigieuse telle qu'elle ressort des dispositions combinées de l'article 2, paragraphe 1, points 1-4 et 7, de l'article 7, première phrase et de l'article 8, première phrase de l'ApoG. À cet égard, la Commission considère qu'il n'existe pas de différence fondamentale entre la vente d'articles optiques et la délivrance de médicaments. Dans chacune de ces deux branches, des produits délivrés à tort ou mal utilisés ou encore de mauvais conseils peuvent comporter des risques pour la santé humaine. Le raisonnement qui a été suivi par la Cour dans l'affaire C-140/03 peut, dès lors, en principe être transposé au cas d'espèce.
35. En outre, la Commission souligne qu'elle a ouvert contre l'Italie une procédure d'infraction sur la base de dispositions législatives comparables appliquées dans ce pays (affaire C-538/06).

36. En conclusion, la Commission est donc d'avis que les articles 43 et 48 CE sont à interpréter en ce sens qu'ils s'opposent à une disposition selon laquelle seul un pharmacien peut posséder une pharmacie telle qu'elle ressort des dispositions combinées de l'article 2, paragraphe 1, points 1 à 4 et 7, de l'article 7, première phrase et de l'article 8, première phrase de l'ApoG.
37. En outre, au-delà de la question préjudicielle posée, la Commission est d'avis que l'article 56 CE doit, lui aussi, être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une règle selon laquelle seul un pharmacien peut posséder une pharmacie, telle qu'elle ressort des dispositions combinées de l'article 2, paragraphe 1, points 1 à 4 et 7, de l'article 7, première phrase et de l'article 8, première phrase de l'ApoG. Si le traité ne définit pas les notions de mouvements de capitaux et de paiements, il est constant que la directive 88/361, avec la nomenclature qui lui est annexée, a une valeur indicative pour définir la notion de mouvements de capitaux (voir arrêts du 16 mars 1999 dans l'affaire Trummer et Mayer, Recueil 1999, p. I-1661, points 20 et 21). En effet, les points I et III de la nomenclature présentée à l'annexe I de la directive 88/361 ainsi que les notes explicatives y figurant indiquent que l'investissement direct sous forme de participation à une entreprise par la détention d'actions ainsi que l'acquisition de titres sur le marché des capitaux constituent des mouvements de capitaux au sens de l'article 56 CE. En vertu desdites notes explicatives, l'investissement direct, en particulier, est caractérisé par la possibilité de participer effectivement à la gestion d'une société et à son contrôle. Dès lors que la mesure en cause empêche les personnes physiques d'un autre État membre qui ne sont pas habilitées, au sens de la législation allemande, à exercer la profession de pharmacien, d'acquérir des participations dans une société de droit civil ou société en nom collectif de droit allemand exerçant des activités sur le marché des pharmacies, elle constitue une restriction aux mouvements de capitaux entre les États membres. En outre, comme déjà exposé aux points 22 à 33, la mesure en cause ne saurait non plus être justifiée par l'objectif de protection de la santé dans le cadre de l'approvisionnement en médicaments et, partant, elle doit être considérée comme une restriction excessive à la libre circulation des capitaux.

2. Sur la deuxième question

38. Par sa deuxième question, la juridiction de renvoi demande en substance si une autorité administrative nationale a le pouvoir et le devoir, en application du droit

communautaire et, en particulier, compte tenu de la primauté de ce droit et de l'obligation des États membres, qui résulte de l'article 10 CE, de garantir son effet utile, de ne pas appliquer des dispositions nationales qu'elle considère comme contraires au droit communautaire, même lorsqu'il ne s'agit pas d'une violation manifeste du droit communautaire et que la Cour de justice des Communautés européennes n'a pas constaté l'incompatibilité des dispositions en cause avec le droit communautaire.

39. La Commission rappelle que la primauté du droit communautaire et l'obligation des États membres, qui résulte de l'article 10 CE, de garantir l'effet utile de ce droit, exigent que soit laissée inappliquée toute disposition nationale contraire à une règle communautaire, qu'elle soit antérieure ou postérieure à cette dernière. Selon une jurisprudence constante, ce devoir de laisser inappliquée une législation nationale contraire au droit communautaire incombe non seulement aux juridictions nationales, mais également à tous les organes de l'État, y compris les autorités administratives (voir, en ce sens, arrêts du 22 juin 1989, 103/88, *Fratelli Costanzo/ Comune di Milano*, Recueil 1989, p. 1839, point 31, et du 9 septembre 2003 dans l'affaire C-198/01, *Consorzio Industrie Fiammiferi/ Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, point 49).
40. La Commission considère que le devoir de tous les organes de l'État, autorités administratives comprises, d'écarter l'application de dispositions nationales contraires au droit communautaire constitue un élément essentiel de l'effet utile des dispositions communautaires dotées d'un effet direct, dont font notamment partie les libertés fondamentales.
41. La Commission estime qu'une restriction de ce devoir à des violations du droit communautaire, qui sont manifestes ou ont même déjà été constatées par la Cour, doit être strictement rejetée, et ce tant pour des raisons objectives eu égard à la structure de l'ordre juridique communautaire (voir ci-après points 42 et 43) qu'en ce qui concerne la sauvegarde des droits que tirent les justiciables de l'effet direct du droit communautaire (voir à ce sujet les points 44, 45 et 46, ci-après).
42. La primauté du droit communautaire et la garantie de l'effet utile de ses dispositions dotées d'un effet direct seraient en effet compromises dès lors qu'une autorité administrative nationale aurait le pouvoir, voire le devoir, d'appliquer une

disposition nationale contraire au droit communautaire lorsqu'il ne s'agit pas d'une violation manifeste du droit communautaire. De plus, la définition du caractère manifeste, c'est-à-dire de l'évidence d'une violation du droit communautaire, ne serait pas sans soulever des problèmes de délimitation complexes, préjudiciables à la sécurité juridique. En effet, la notion d'«évidence», notamment, est entachée d'imprécision, car il est difficile de savoir clairement comment la comprendre et sous quel point de vue il convient de la considérer (celui de l'autorité administrative nationale ou celui du juge national qui doit contrôler la décision de cette dernière).

43. À cet égard, contrairement aux auteurs cités dans l'ordonnance de renvoi (p. 16), la Commission considère qu'une limitation aux violations manifestes, voire à celles déjà constatées par la Cour, ne saurait être justifiée, même par des exigences de sécurité juridique, par le principe de la séparation des pouvoirs et par l'impossibilité pour les autorités administratives de saisir la Cour. Il convient en effet de rappeler que, en vertu d'une jurisprudence constante, le principe de protection juridictionnelle effective constitue un principe général du droit communautaire, qui découle des traditions constitutionnelles communes aux États membres, qui a été consacré par les articles 6 et 13 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et qui a également été réaffirmé à l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, proclamée le 7 décembre 2000 à Nice (JO, C 364, p. 1). Il incombe à cet égard aux juridictions des États membres, en application du principe de coopération énoncé à l'article 10 CE, d'assurer la protection juridictionnelle des droits que les justiciables tirent du droit communautaire (voir en dernier lieu l'arrêt du 13 mars 2007 dans l'affaire Unibet, C-432/05, non encore publié au Recueil, points 37 et suivant). L'appréciation d'une autorité administrative nationale quant à l'exclusion de l'application d'une disposition nationale en tant que règle contraire au droit communautaire est par conséquent toujours provisoire en ce sens qu'elle est émise sous réserve d'un contrôle ultérieur par une juridiction de l'État membre. Or, cette dernière est, quant à elle, habilitée et même tenue, dans les cas visés à l'article 234, troisième alinéa, CE, d'adresser à la Cour une demande préjudicielle en liaison avec l'interprétation du droit communautaire pertinent pour l'appréciation de la disposition nationale en cause, comme cela a d'ailleurs été fait dans la présente procédure au principal.

44. Si l'autorité administrative nationale avait le pouvoir, voire le devoir, d'appliquer une disposition nationale contraire au droit communautaire, dès lors que la violation du droit communautaire n'est pas manifeste ou n'a pas déjà été constatée par la Cour, cette circonstance pourrait se traduire par une atteinte toujours sérieuse des droits que les justiciables tirent de l'effet direct du droit communautaire. En effet, dans le cas d'une violation *non* manifeste ou n'ayant pas déjà été constatée par la Cour, toute décision administrative nationale qui repose sur l'application correcte de la disposition nationale en cause ne serait alors pas contraire au droit. Par conséquent, comme l'expose la juridiction de renvoi, un recours contre une telle décision administrative devrait alors être rejeté (voir p. 17, *in fine*, de l'ordonnance de renvoi). Or, cela aurait pour effet que le justiciable qui, comme DocMorris dans la procédure au principal, invoque la disposition du droit communautaire directement applicable, perdrait définitivement les droits dont il dispose sur la base du droit communautaire.
45. Cette conséquence pourrait tout au plus être évitée si les juges nationaux étaient en tout état de cause également habilités à annuler une décision administrative lorsque la violation du droit communautaire par la disposition nationale appliquée lors de l'adoption de cette décision n'est pas manifeste ou n'a pas été déjà constatée par la Cour. Cette condition dépend toutefois de la question de savoir si une décision administrative peut en principe être annulée par la juridiction nationale même lorsque l'autorité administrative nationale a respecté toutes les règles définissant les dispositions à appliquer. Or, c'est en principe au législateur national qu'il appartient de concevoir le droit procédural pertinent pour l'annulation judiciaire de décisions administratives nationales (voir en dernier lieu, l'arrêt Unibet, précité au point 39). Néanmoins, les modalités procédurales des recours destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit communautaire ne doivent pas être moins favorables que celles concernant des recours similaires de nature interne (principe de l'équivalence) et ne doivent pas rendre pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire (principe d'effectivité). Il serait certes possible de soutenir que le principe d'effectivité impose que les juridictions nationales soient également habilitées à annuler une décision administrative lorsque la violation causée par la disposition nationale contraire au droit communautaire, telle qu'appliquée lors de cette décision, n'est pas manifeste ou n'a pas encore été constatée par la Cour.

Toutefois, même dans cette hypothèse, la voie consistant en un contrôle juridictionnel obligatoire offre, par rapport à un pouvoir de rejet direct par les autorités administratives, une protection plus faible des droits que les justiciables tirent du droit communautaire. Cela ressort notamment du fait que la personne en faveur de laquelle de tels droits existent devrait introduire une procédure judiciaire pour pouvoir concrétiser ces droits. Or, un tel résultat serait contraire au principe d'effectivité.

46. Dans ce contexte, la Commission se permet en outre de rappeler le point 31 de l'arrêt Fratelli Costanzo (précité au point 38) où la Cour a déclaré qu'il: *«serait par ailleurs contradictoire de juger que les particuliers sont fondés à invoquer les dispositions d'une directive remplissant les conditions dégagées ci-dessus, devant les juridictions nationales, en vue de faire censurer l'administration, et d'estimer néanmoins que celle-ci n'a pas l'obligation d'appliquer les dispositions de la directive en écartant celles du droit national qui n'y sont pas conformes.»*
47. Par conséquent, la Commission est d'avis qu'une autorité nationale a le pouvoir et le devoir, en application du droit communautaire et, en particulier, compte tenu de la primauté de ce droit et de l'obligation des États membres, qui résulte de l'article 10 CE, de garantir son effet utile, d'écartier l'application des dispositions nationales qu'elle considère comme contraires au droit communautaire, même lorsqu'il ne s'agit pas d'une violation manifeste du droit communautaire et que la Cour de justice des Communautés européennes n'a pas constaté l'incompatibilité des dispositions en cause avec le droit communautaire.
48. En ce qui concerne les affaires au principal, la liberté d'établissement garantie par les articles 43 et 48 CE l'emporte donc sur la mesure litigieuse, telle qu'elle découle des dispositions combinées de l'article 2, paragraphe 1, points 1 à 4 et 7, de l'article 7, première phrase et de l'article 8, première phrase de l'ApoG. Un organe administratif comme le défendeur au principal a par conséquent le pouvoir et le devoir d'écartier la mesure litigieuse.

IV. CONCLUSION

49. Compte tenu des considérations qui précèdent, la Commission propose à la Cour de répondre dans les termes suivants aux questions préjudicielles:

«1) Les articles 43 et 48 CE sont à interpréter en ce sens qu'ils s'opposent à une règle comme celle découlant des dispositions combinées de l'article 2, paragraphe 1, points 1 à 4 et 7, de l'article 7, première phrase, et de l'article 8, première phrase, de l'ApoG, selon lesquelles une société ne peut obtenir l'autorisation requise pour l'exploitation d'une pharmacie que s'il s'agit d'une société de droit civil ou d'une société en nom collectif de droit allemand et que tous les associés sont habilités, au sens de la législation allemande, à exercer la profession de pharmacien.

2) une autorité nationale a le pouvoir et le devoir, en application du droit communautaire et, en particulier, compte tenu de la primauté de ce droit et de l'obligation des États membres, qui résulte de l'article 10 CE, de garantir son effet utile, d'écarter l'application des dispositions nationales qu'elle considère comme contraires au droit communautaire, même lorsqu'il ne s'agit pas d'une violation manifeste du droit communautaire et que la Cour de justice des Communautés européennes n'a pas constaté l'incompatibilité des dispositions en cause avec le droit communautaire.»

Enrico TRAVERSA

Hannes KRAEMER

Agents de la Commission