

***Les ambiguïtés des directives d'harmonisation totale.
La nouvelle répartition des compétences communautaire et interne***
A propos de l'arrêt de la CJCE du 4 juin 2009

Judith Rochfeld, Professeur à l'Université Paris 1,
Panthéon-Sorbonne, Membre du groupe « Acquis
communautaire »

L'harmonisation totale s'impose désormais comme le mot d'ordre de nombre de directives communautaire de droit contractuel, depuis l'intronisation de la « nouvelle approche » en 2005. La méthode soulève pourtant d'importantes difficultés d'application, relatives à la frontière du pouvoir normatif revenant aux institutions communautaires et aux Etats membres. Rien n'est moins évident que d'articuler l'intensité de l'harmonisation — son caractère « total » — et le domaine de cette harmonisation. La réponse à la question préjudicielle livrée par la CJCE dans la matière voisine de la responsabilité des produits défectueux, le 4 juin 2009, permet de saisir ces ambiguïtés et d'en mesurer l'ampleur. Elle invite à repenser l'articulation entre les pouvoirs normatifs communautaire et interne, sur fond de reformulation de leur équilibre au sein de la notion de directive.

1. On avait pu l'anticiper. Nous en avons une illustration patente avec l'arrêt de la Cour de Justice des Communautés européennes (CJCE) du 4 juin 2009¹ : les ambiguïtés de la méthode des directives d'harmonisation totale se révèlent profondes et propres à soulever des difficultés qui n'ont pas fini de nourrir la réflexion des juridictions, internes et communautaires. L'arrêt en donne un aperçu, à l'égard de l'application de la directive n° 85/374/CEE du Conseil du 25 juillet 1985 en matière de responsabilité du fait des produits défectueux. Il illustre la complexité, classique, d'articulation de cette méthode d'harmonisation — consistant en l'impossibilité pour les Etats membres d'adopter ou de maintenir, dans le domaine que régit la directive, des dispositions différentes de celles de cette dernière² — avec la délimitation de son domaine d'application. Mais il permet de pousser plus loin l'analyse et de se demander si la méthode n'induirait pas une certaine occultation de la caractéristique première des directives, à savoir leur composante finaliste³. Alors que l'alinéa 3 de l'article 249 du Traité CE les définit comme tenant les Etats dans une contrainte

¹ CJCE, 4 juin 2009, aff. C-285/08 D. 2009, à paraître, J.-S. Borghetti.

Nous remercions très vivement Monsieur le Conseiller André Potocki de nous avoir transmis les éléments de son rapport et de nous avoir signalé la décision.

² Sur la notion, récemment, A. Thieriet-Duquesne, « Approche critique du vocabulaire juridique européen : l'harmonisation totale. Les limites de l'harmonisation totale », *LPA* 27 avr. 2009, n° 83, p. 9.

³ Sur laquelle, J. Porta, *La réalisation du droit communautaire*, préf. A. Lyon-Caen, LGDJ-Varennes, 2007, n° 122 et s., p. 93 et s.

relative au « résultat à atteindre »⁴, on peut douter que la réponse livrée par la Cour de justice, qui n'avait d'ailleurs pas été anticipée en ce sens⁵, soutienne fermement cette idée : un Etat membre peut décider d'étendre l'application d'un régime porté par une directive qualifiée d'harmonisation totale à une hypothèse non prévue par le texte communautaire ; il le peut alors même que cette « transposition extensive »⁶ comporte des potentialités de remise en question de la poursuite de l'objectif assigné à la directive ou, du moins, est propre à entraîner des discussions à cet égard.

2. Pour rendre le débat plus concret, on relèvera précisément que l'affaire appréhendée par la CJCE dans sa décision du 4 juin 2009 mettait la Cour aux prises avec une différence non négligeable entre les droits interne et communautaire. Le premier — que ce soit sur le fondement de l'obligation jurisprudentielle de sécurité du vendeur professionnel interprétée à la lumière de la directive⁷ ou sur celui, postérieur, de la loi de transposition du 19 mai 1998 — admet l'indemnisation des biens « professionnels »⁸ (plus exactement, il ne distingue pas les types de biens au sein de l'article 1386-2 du code civil). Le second ne la prévoit pas : l'article 9 de la directive communautaire établit une liste de dommages indemnifiables ne comprenant pas ceux aux biens professionnels⁹. L'affaire ayant été savamment commentée dans les colonnes de cette revue quant à ses apports sur le plan de la responsabilité, on y renverra au plus vite¹⁰ et l'on se contentera de préciser qu'il s'agissait en l'espèce du groupe électrogène d'un hôpital détruit par un incendie en 1995, du fait de l'échauffement de son alternateur, mis en circulation en 1994. La différence entre les droits émergea au grand jour lorsque la société de maintenance et son assureur, tenus d'indemniser les dommages matériels causés à l'hôpital, se retournèrent, subrogés dans les droits de l'établissement victime, contre le fabricant pour obtenir remboursement des sommes engagées. Le fabricant contesta alors devoir s'acquitter des dommages-intérêts représentant l'indemnisation du dommage causé au groupe électrogène, bien affecté à l'usage professionnel de l'hôpital. Les juridictions se trouvèrent en conséquence contraintes d'affronter la différence entre droits interne et communautaire. La cour d'appel de Lyon, par un arrêt du 7 décembre 2006, condamna le fabricant à rembourser la société de maintenance et son assureur, sur le fondement de l'obligation de sécurité ; la chambre commerciale de la Cour de cassation, confrontée à la

⁴ Art. 249, al. 3, Traité CE : « La directive lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens ».

⁵ La majorité des commentateurs de l'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation posant la question préjudicielle à la Cour de Justice avaient, non sans raison, anticipé une réponse inverse, cf. Cass. com, 24 juin 2008, *Bull. civ. IV*, n° 128, *D.* 2008, p. 2318, note J.-S. Borghetti, *RTD civ.* 2008, p. 685, obs. P. Jourdain, *JCP G* 2008, I, 186, n° 7, obs. Ph. Stoffel-Munck avec des réserves pour ce dernier.

⁶ Sur laquelle, C. Zolynski, *Méthodes de transposition des directives communautaires. Etude à partir du droit d'auteur et des droits voisins*, préf. P.-Y. Gautier, Dalloz, 2007, n° 250 et s., p. 184 et s.

⁷ Les faits qui constituaient l'espèce à propos de laquelle la Cour de cassation posa la question préjudicielle se déroulaient en 1995, le bien en cause ayant été « mis en circulation » en 1994 (cf. *infra*). A cette date, la directive de 1985 aurait dû être transposée, le délai de transposition expirant le 30 juillet 1988. En l'absence de transposition, le droit français devait être « interprété à la lumière » de la directive.

⁸ On qualifiera ainsi les biens destinés à un usage professionnel et/ou affectés à un usage professionnel.

⁹ Art. 9 : « Au sens de l'article 1^{er}, le terme 'dommage' désigne :

a) le dommage causé par la mort ou par des lésions corporelles ;
b) le dommage causé à une chose ou la destruction d'une chose, autre que le produit défectueux lui-même, sous déduction d'une franchise de 500 [euros], à condition que cette chose :

i) soit d'un type normalement destiné à l'usage ou à la consommation privés

et

ii) ait été utilisée par la victime principalement pour son usage ou sa consommation privés.

¹⁰ Cf. J.-S. Borghetti, préc.

distorsion, posa une question préjudicielle à la Cour de justice, le 24 juin 2008¹¹. Celle-ci affirma alors, dans sa décision du 4 juin 2009, que « la directive 85/374/CEE doit être interprétée en ce sens qu'elle ne s'oppose pas à l'interprétation d'un droit national ou à l'application d'une jurisprudence interne établie selon lesquelles la victime peut demander réparation du dommage causé à une chose destinée à l'usage professionnel et utilisée pour cet usage »¹². Or, ces réparations peuvent être conséquentes et, ouvertes dans un Etat membre, seraient à même de venir fausser les conditions de concurrence, partant de remettre en question la poursuite de la finalité de la directive¹³. Pour autant, la Cour l'admet, par une décision qui met à nu, à notre sens, les ambiguïtés de l'harmonisation totale par directives.

3. On constatera en effet que, sous ses atours simples, voire simplistes — les règles communautaires s'appliquent de façons contrainte et identique dans tous les Etats —, cette méthode est source d'importantes difficultés tant il se révèle éminemment délicat de déterminer où s'arrête l'injonction de se soumettre et où recommence la liberté de légiférer des Etats¹⁴.

Or, ces difficultés doivent être affrontées car l'harmonisation totale par directives tend à prendre une place considérable dans la législation communautaire actuelle. Initialement utilisée dans diverses matières impliquées dans la libre circulation des marchandises, dont les législations techniques et administratives (à l'égard de la sécurité des produits ou des instruments de mesure par exemple)¹⁵, la méthode ne cesse d'essaimer en droit communautaire des obligations sur lequel nous nous concentrerons. Elle y a tout d'abord été attachée au droit de la responsabilité des produits défectueux, par une interprétation en ce sens de la directive du 85/374/CEE, menée par la Cour de Justice par plusieurs arrêts du 25 avril 2002¹⁶. Elle a, ensuite, au fil d'un ensemble de travaux préparatoires orientant la législation

¹¹ Cass. com, 24 juin 2008, préc. : « Les articles 9 et 13 de la directive [85/374] s'opposent-ils à l'interprétation d'un droit national ou d'une jurisprudence interne établie telle qu'elle permette à la victime de demander réparation du dommage causé à une chose destinée à l'usage professionnel et utilisée pour cet usage, dès lors que cette victime rapporte seulement la preuve du dommage, du défaut du produit et du lien de causalité entre ce défaut et le dommage? ».

¹² CJCE, 4 juin 2009, préc., pt. 32.

¹³ Cf. considérant n° 1, Directive 85/374/CEE préc. : « un rapprochement des législations des États membres en matière de responsabilité du producteur pour les dommages causés par le caractère défectueux de ses produits est nécessaire du fait que leur disparité est susceptible de fausser la concurrence, d'affecter la libre circulation des marchandises au sein du marché commun et d'entraîner des différences dans le niveau de protection du consommateur contre les dommages causés à sa santé et à ses biens par un produit défectueux ».

¹⁴ La question est classique dans nombre de domaines où le rapprochement des législations a été mené de longue date sur le mode de l'harmonisation totale, cf. par ex. A. Limpens, « Harmonisation des législations dans le cadre du marché commun », *RID comparé*, 1967, p. 621. Pour son introduction récente en droit de la consommation, cf. A. Thieriet-Duquesne, *Le droit communautaire de la consommation et le droit privé des États membres. L'exemple du droit privé français*, thèse Paris XII, dir. F. Chabas, 2008, 1^{er} partie.

¹⁵ Sur ce développement, cf. A. Limpens, art. préc., spéc. p. 645 et s. La méthode est utilisée aujourd'hui dans de nombreux domaines, cf., pour le domaine traditionnel, Directive 2000/13 du 20 mars 2000 relative à l'étiquetage des denrées alimentaires ; *adde*, pour prendre des exemples récents plus divers, le droit des marques, cf. Directive 89/104 du 21 décembre 1988 rapprochant les législations des États membres sur les marques et l'interprétation de la CJCE, 16 juillet 1998, *Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG contre Hartlauer Handelsgesellschaft mbH*, *Rec.* 1998, p. I-04799 ; la protection des données personnelles, cf. Directive 95/46 du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données et CJCE, 6 nov. 2003, *Bodil Linquist*, *Rec.* 2003, p. I-12971.

¹⁶ CJCE, 25 avr. 2002, *Commission c/ France*, C-52/00, pt 24 et *Commission c/ Grèce*, C-154/00, pts 24 et 20, *D.* 2002, Somm. p. 2935, obs. J.-P. Pizzio, *chr.*, p. 2458, note J. Calais-Auloy, *jur.*, p. 2462, note C. Larroumet, *JCP G* 2002, I, 177, obs. G. Viney, *RTD civ.* 2002, p. 523, obs. P. Jourdain, p. 868, obs. J. Raynard, *RDC* 2003, p. 107, note Ph. Brun ; CJCE, 10 janv. 2006, *Skov et Bilka*, C-402/03, *D.* 2006, p. 1259, note C. Nourissat et p. 1936, obs. Ph. Brun, *JCP* 2006, I, 166, n° 12, obs. Ph. Stoffel-Munck, *RDC* 2006, p. 835, obs. J.-S. Borghetti, *RTD civ.* 2006, p. 265, obs. P. Rémy-Corlay et p. 333, obs. P. Jourdain.

communautaire vers un rapprochement de plus en plus poussé des législations de droit contractuel de la consommation, été promue au rang de « nouvelle approche » à privilégier à compter de 2005¹⁷. Cette promotion concrétisait le délaissement de l'harmonisation minimale, critiquée comme ne faisant pas suffisamment disparaître les disparités de législations internes, conçues comme des obstacles aux échanges intracommunautaires : celles-ci freineraient la consolidation de la fameuse « confiance » du consommateur dans les mécanismes du marché dès lors que cet acteur pourrait craindre de ne pas être traité de façon identique dans tous les Etats¹⁸. Cette évolution, on s'en souvient, a fait l'objet d'importantes critiques de politiques juridiques émises à l'égard de ces arguments et de cette volonté de rapprochement des législations en matière de droit contractuel¹⁹. Pour autant, la méthode des directives d'harmonisation totale se déploie toujours aujourd'hui et se trouve même au cœur des discussions les plus vives. En effet, si ses premières concrétisations sectorielles — les directives du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs²⁰ et du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur²¹ — n'ont pas déclenché de réactions marquées, son extension à un pan non négligeable du droit contractuel de la consommation provoque, quant à elle, moult discussions et oppositions²². On fait ici allusion aux débats entourant le projet de directive-cadre du 8 octobre 2008 sur les droits des consommateurs²³ qui entend couvrir un vaste domaine correspondant actuellement à quatre

¹⁷ Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, « Un droit européen des contrats, un plan d'action », 12 février 2003, COM(2003) 68 final, spéc. p. 16, § 50 ; Commission, Rapport non législatif de P. Whitehead, « Stratégie pour la politique des consommateurs 2002-2006 », adopté par le Parlement européen le 13 mars 2003, A5-0023/2003 ; Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, « Droit européen des contrats et révision de l'acquis : la voie à suivre », 11 octobre 2004, COM(2004) 651 final, spéc. p. 3 et 4.

L'expression est ambiguë car elle a connu une autre heure de gloire, en 1985, lorsque les institutions communautaires ont changé leur méthode de rapprochement des législations nationales en matière de règles techniques et que le Conseil proposa de préférer, à la méthode d'uniformisation des règles techniques et de normalisation, l'adoption de règles minimales doublées d'un principe de reconnaissance mutuelle, cf. Résolution du Conseil du 7 mai 1985, JOCE 1985, n° C-136.

¹⁸ Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil concernant le droit européen des contrats, 11 juillet 2001, COM (2001) 398 final, spéc. § 12 ; Résolution du Parlement européen concernant le rapprochement du droit civil et commercial des États membres, COM(2001) 398 - C5-0471/2001 - 2001/2187 (COS) ; Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, 12 février 2003, préc., spéc. p.16 §50 ; Livre vert sur la révision de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs présenté par la Commission européenne le 8 février 2007, COM (2006) 744 final, spéc. p. 8.

Sur ce thème de la confiance, S. Robin-Olivier, J. Rochfeld, « Approche critique du vocabulaire juridique européen : la confiance en droit européen de la consommation », chronique du Cejec, *LPA* 2009, n° 33, p. 7.

¹⁹ Sur ces discussions, parmi de nombreuses références, cf. G. Cornu, « Un code civil n'est pas un instrument communautaire », *D.* 2002, chron., p. 351 ; Y. Lequette, « Quelques remarques à propos du projet de code civil européen de M. von Bar », *D.* 2002, chron., p. 2202 ; J. Huet, « Nous faut-il un « euro » droit civil ? », *D.* 2002, Point de vue, p. 2611 ; B. Fauvarque-Cosson, « Faut-il un code civil européen ? », *RTD civ.* 2002, p. 463 ; et au-delà des frontières françaises, par ex. S. Weatherill, « Why Object to the Harmonization of Private Law by the EC ? », *European Review of Private Law* 5-2004, p. 633-660.

²⁰ Directive n° 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 90/619/CEE du Conseil, 97/7/CE et 98/27/CE, JOCE n° L. 271, 9 oct. 2002, p. 1.

²¹ Directive n° 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur, JOCE n° L 149, 11 juin 2005 ; *Adde*, dernièrement, la Directive n° 2008/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs, JOUE n° L. 133, 22 mai 2008, p. 66.

²² Sur lesquelles nos obs., « L'état des lieux des discussions relatives à la proposition de directive-cadre sur les droits du consommateur du 8 octobre 2008 », *RDC* 2009/2, à paraître.

²³ Proposition de directive-cadre du Parlement européen et du Conseil du 8 octobre 2008 relative aux droits des consommateurs, 2008/0196 (COD), COM (2008) 614 final.

directives (les directives n° 85/577/CEE sur le démarchage à domicile, n° 93/13/CE sur les clauses abusives, n° 97/7/CE sur les contrats à distance et n° 99/44/CE sur la vente et les garanties de biens de consommation) et qui pourrait, au fondement d'une ambiguïté de son article 5, se déployer à bien davantage²⁴. Or, face à cette extension du champ de la méthode, les difficultés d'application qui en relèvent sont loin d'être aplanies.

Elles tiennent, plus précisément, à ce que l'harmonisation totale semble imprimer à la conception originelle de la directive des évolutions dont l'arrêt de la CJCE du 4 juin 2009 porterait témoignage : la méthode induit une nouvelle articulation entre champ d'application et champ d'influence de la directive (I.) ; elle pousse vers la recherche de nouveaux équilibres en matière d'articulation des compétences communautaire et nationale (II.)

I. Directives d'harmonisation totale et nouvelle articulation du champ d'application et du champ d'influence

4. On peut, au premier abord, ne pas saisir la difficulté. L'harmonisation totale consisterait, pour les Etats membres, en une contrainte simple : celle d'appliquer dans les mêmes termes, dans le domaine embrassé par le texte, les règles communautaires sans pouvoir ni retrancher, ni ajouter des conditions ou des effets. Pourtant, lorsqu'elle s'exerce par directives, on peut effectuer deux constats, qui ne vont pas sans difficultés ni distorsions.

Le premier constat tient en la distorsion que cette contrainte représente dans la conception originelle de ce type d'instrument communautaire : selon une savante articulation des compétences communautaire et interne, cet acte de droit dérivé laisse normalement « aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens »²⁵ pour atteindre le « résultat ». Or, l'harmonisation totale, en imposant les moyens d'atteindre le but, fait perdre à ces dernières leur autonomie normative dans un domaine où elles en disposent textuellement²⁶. Dans l'exemple de la directive 85/374/CEE, ils ont dû tout bonnement réceptionner le régime de responsabilité des produits défectueux fixé par le texte communautaire, sans pouvoir le modifier (sauf autorisation en ce sens de la directive).

5. En outre, une fois acquise cette première distorsion et la contrainte qui pèse sur les moyens, le second constat tient en ce que rien n'est moins simple que la simplicité apparente de cette contrainte. Il faut précisément en délimiter le champ, ce que la composante finaliste de la directive rend difficile. On peut alors poser une distinction entre champ d'application et champ d'influence.

En premier lieu, du fait de l'harmonisation totale, les Etats doivent abdiquer leur pouvoir normatif dans le champ d'application du texte, « *intra muros* » peut-on dire²⁷. Cela semblerait aisé au premier abord. Mais on remarquera de suite que les difficultés sont importantes en pratique car rares sont les directives qui se font extrêmement précises sur les éléments conditionnant cette délimitation et/ou utilisent des qualifications qui ne soulèvent aucune difficulté de réception (qu'est-ce qu'une vente, qu'un consommateur, qu'un bien, etc... ? toutes notions visées par les directives et dont les définitions ne sont pas toujours claires)²⁸. On peut le regretter car si ces imprécisions n'étaient pas dirimantes lorsque les directives étaient d'harmonisation minimale, elles deviennent problématiques lorsque les Etats doivent

²⁴ Notamment à toutes les obligations d'information, sur cette ambiguïté et ses conséquences, cf. nos obs., « De l'harmonisation maximale », *RDC* 2009/1, p. 11.

²⁵ Art. 249 al. 3, Traité CE, préc.

²⁶ Sur ces évolutions, cf. J. Porta, *op. cit.*, n° 155 et s., p. 120 et s.

²⁷ L'expression est empruntée à T. Riehm, « Produits défectueux : quel avenir pour les droits communs ? L'influence communautaire sur les droits français et allemand », *D.* 2007, p. 2749 et s.

²⁸ Cf. l'ex. de l'art. 5 du projet de directive-cadre du 8 oct. 2008, préc.

scrupuleusement respecter les dispositions communautaires dans un champ d'application assigné²⁹.

En second lieu, les Etats devraient abdiquer une part de leur pouvoir normatif à l'extérieur de ce champ d'application, dans le champ d'influence de la directive³⁰. C'est là l'effet de la composante finaliste de la directive : un Etat ne doit pas remettre en question, par ses interventions normatives extérieures — que celles-ci procèdent d'une transposition extensive de la directive ou disposent de façon autonome — la poursuite du « résultat à atteindre » par la directive. La difficulté se fait alors profonde de déterminer les limites de l'autonomie normative des Etats, c'est-à-dire les interventions qui peuvent avoir une influence sur la poursuite du but. Dans notre exemple, la question revenait à déterminer si le droit français pouvait procéder à une transposition extensive du régime de responsabilité des produits défectueux imposé par le droit communautaire et prévoir la réparation des dommages aux biens professionnels que ce dernier ne prévoyait pas, sans atteindre le but visé par la directive 85/374/CEE.

6. La contrainte sur les moyens, ainsi que la distinction entre champ d'application et d'influence étant posés, on éliminera diverses explications de la décision du 4 juin 2009 qui viendraient obscurcir le débat et ne permettraient pas de comprendre l'appréciation qu'elle mène à l'égard du champ d'influence.

On écartera, de suite, une première forme d'explication qui consisterait à penser qu'une permission aurait été donnée à la France, par la Commission européenne, de maintenir sa différence, au sein des champs d'application ou d'influence, alors même que celle-ci serait normalement proscrite. Le raisonnement s'induirait du fait que la France, condamnée à plusieurs reprises pour manquement du fait des divergences maintenues dans la transposition qu'elle a opérée de la directive 85/374/CEE par la loi du 19 mai 1998³¹, ne l'aurait pas été sur le fondement de la différence que son droit conserve dans la délimitation des dommages indemnifiables. *A contrario*, la Commission admettrait cette distorsion, par dérogation à l'harmonisation totale. Ce serait là conclure un peu rapidement pourtant. En matière de recours en manquement, on s'accorde à reconnaître que la Commission européenne dispose de l'opportunité des poursuites³². En conséquence, le fait qu'elle n'ait pas décidé de poursuivre la France sur ce point ne signifie nullement qu'elle lui octroie une pleine approbation.

7. On pourrait alors comprendre, dans une deuxième approche, que la latitude normative que reconnaît la Cour de justice à la France, relativement à l'indemnisation de préjudices non prévus par le texte communautaire, relèverait d'une autorisation particulière de ce texte. On se réfère là à l'article 13 de la directive 85/374/CEE qui précise qu'elle « ne porte pas atteinte aux droits dont la victime d'un dommage peut se prévaloir au titre du droit de la responsabilité contractuelle ou extracontractuelle ou au titre d'un régime spécial de responsabilité existant au moment de la notification de la présente directive ». Il ouvre en effet à la possibilité de maintenir des régimes de responsabilité ou d'indemnisation différents (par exemple, pour faute ou pour vice caché obérant l'utilité du bien). Or, si cette possibilité

²⁹ En ce même sens, J. Stuyck, *JurisClasseur Europe*, fasc. 2000, 2008, n° 25, p. 15.

³⁰ On préférera ici l'expression de champ d'influence à celle d'« *extra muros* », cf. T. Riehm, art. préc., parce que toutes les interventions normatives des Etats à l'extérieur de la directive n'ont pas d'influence sur la poursuite de sa finalité.

³¹ CJCE, 25 avr. 2002, préc. et 10 janv. 2006, préc., condamnant la disparition de la franchise de 500 euros (art. 1386-2, code civil) ; l'alignement de la responsabilité du distributeur sur celle du producteur (art. 1386-7, al. 1^{er}) ; la condition d'exécution d'une obligation de suivi pour bénéficier de la cause d'exonération tenant au risque de développement (art. 1386-12, al. 2).

³² Cf. not. D. Simon, *JurisClasseur Europe*, Fasc. 380, n° 60, en référence à l'article 226 du Traité CE.

donne lieu à de nombreuses hésitations, tant il est délicat de déterminer les régimes pouvant perdurer en vertu de cet article³³, elle ne concerne pas la difficulté traitée par l'arrêt de la CJCE du 4 juin 2009 : en l'occurrence, il ne s'agissait pas d'appliquer à l'indemnisation des biens professionnels un autre régime, mais bien celui de la responsabilité des produits défectueux, construit à la lumière de la directive et se réclamant de lui³⁴.

8. Dans une troisième approche, on pourrait alors comprendre que, quand bien même on se trouverait dans l'application du régime de la responsabilité des produits et face à une harmonisation totale, on pourrait ne pas toujours respecter l'intensité de cette dernière. On invoquerait là, pour justifier ce « droit mou », le considérant n° 18 de la directive 85/374/CEE reconnaissant que « l'harmonisation résultant de la présente [texte] ne peut, au stade actuel, être totale, mais ouvre la voie vers une harmonisation plus poussée ». Cela contredirait pourtant tout le travail de qualification mené par la Cour de Justice qui, au-delà de cette nuance originelle, reconnaît bien le texte comme d'harmonisation totale et entend l'imposer comme tel³⁵.

9. On arrive alors au cœur du débat. L'autonomie normative de la France, dont la Cour admet la manifestation, s'exerçait hors du champ d'application, l'indemnisation des biens professionnels n'étant pas visée par la directive. Mais s'exerçait-elle dans le champ d'influence ?

Pour le déterminer, il est nécessaire de mesurer l'influence que cette intervention est susceptible de revêtir sur la poursuite de la finalité de la directive. Les discussions sont possibles et notre collègue Jean-Sébastien Borghetti y procède très sagement, constatant que, à cet égard, l'appréciation de la Cour peut paraître en porte-à-faux de cette dernière. D'un côté, il est vrai que la directive 85/374/CEE ayant pour but la réalisation du marché commun, par l'harmonisation des conditions de concurrence à l'égard des consommateurs, ainsi que la protection de ces derniers³⁶, elle ne concernait pas les dommages aux biens professionnels : ces biens relèvent d'une activité professionnelle ; l'indemnisation de leurs dommages éventuels n'emporte pas de conséquences à l'égard des consommateurs ; elle ne concerne pas l'égalisation visée des conditions de concurrence. Sur le fondement de ce raisonnement, il y aurait donc lieu de distinguer « la responsabilité pour les dommages causés par les produits défectueux aux intérêts visés par la directive de 1985, d'une part, et la responsabilité pour les dommages causés par les produits défectueux aux intérêts non visés par la directive (c'est-à-dire les intérêts professionnels) », d'autre part³⁷. A l'égard de ces

³³ Elles sont en partie résolues aujourd'hui par des interprétations de la Cour de justice, cf. pour l'interprétation de la première réserve, CJCE, 25 avr. 2002, *Gonzalez Sanchez c/ Medicina Asturiana S.A.*, aff. C-183/00, pts 30-34, références citées en note n° 11 et *D.* 2003, Somm., p. 463, obs. D. Mazeaud, qui précise que le régime général ne peut avoir « le même fondement » que celui mis en place par la directive.

Pour l'interprétation de la seconde réserve, cf. CJCE, 25 avr. 2002, *Commission c/ France*, préc., pt 23, qui entend le « régime spécial existant au moment de la notification de la présente directive » comme « un régime propre limité à un secteur déterminé de production » ; *Adde* Conclusions de Monsieur l'avocat général M. L.A. Geelhoed, spéc. pt 34, visant comme exemple le secteur des produits pharmaceutiques en Allemagne à l'époque de la notification de la directive. Sur l'ensemble de la question, spéc. T. Riehm, art. préc., p. 2749 et s.

³⁴ Cf. CJCE, 4 juin 2009, préc., pt 32 ; Cass. civ. 1^{re}, 15 mai 2007, *Bull. civ.* I, n° 186, *D.* 2007, p. 1593, obs. I. Gallmeister, *JCP G* 2007, I, 185, n° 7, obs. Ph. Stoffel-Munck, *RDC* 2007, p. 1147, obs. J.-S. Borghetti, *RTD civ.* 2007, p. 580, obs. P. Jourdain, qui affirme bien que le régime jurisprudentiel français a le même fondement que le régime de responsabilité mis en place par la directive, à savoir le défaut de sécurité du produit, et qu'il n'est pas limité à certains types de produits en particulier.

³⁵ Cf. CJCE, 25 avr. 2002, préc..

³⁶ Considérant n° 1, préc., avec toutes les ambiguïtés que l'articulation de ces finalités peut soulever, cf. sur ce point, également, J.-S. Borghetti, art. préc.

³⁷ J.-S. Borghetti, préc., n° 12 et s., également pour la critique des implications de cette distinction.

derniers, on ne se trouverait plus dans le champ d'influence et les Etats membres recouvreraient leur autonomie normative. Cela correspondrait d'ailleurs à l'équilibre des finalités, voulu par le texte à savoir, d'un coté, que « les consommateurs [soient] protégés par l'instauration d'un régime efficace de responsabilité sans exigence d'une faute » et, de l'autre, que « les intérêts des producteurs et des fournisseurs [soient] pris en compte par les limites posées » aux effets de cette responsabilité³⁸.

Pour autant, poursuit finement Jean-Sébastien Borghetti, il est difficile de concevoir que l'admission de l'indemnisation des biens professionnels par la France n'ait aucune influence sur la poursuite du but de la directive : les sommes considérables impliquées dans les dommages aux biens à usage professionnel peuvent être « bien supérieurs [...] aux sommes susceptibles d'être allouées en cas d'atteinte à des biens à usage privé, et même parfois en cas d'atteinte à la personne ». En conséquence, d'une part, cette indemnisation justifierait également, voire davantage, le rapprochement des régimes de responsabilité si l'on voulait parvenir à l'abolition des distorsions de concurrence³⁹ : elle devrait être intégrée au champ d'application. Mais surtout, et d'autre part, ne faire que peu de cas de l'influence que peut avoir cette indemnisation sur la poursuite de l'objectif premier de la directive revient à occulter l'importance de ce dernier et le champ d'influence qu'il dessine : le « résultat à atteindre » risque bien de se trouver hors d'atteinte ou, au moins, remis en question, si les industriels français se trouvent tenus de sommes considérables.

L'arrêt du 4 juin 2009 permet ainsi à la France de porter une certaine atteinte à la finalité de la directive, en minorant son champ d'influence. On peut alors s'aventurer à penser que la logique qu'insuffle l'harmonisation totale à la notion originelle de directive, outre les distorsions déjà relevées à cet égard (contrainte sur les moyens et nécessité de distinguer champs d'application et d'influence), n'ira pas sans induire une certaine occultation de sa composante finaliste au sein d'un nouvel équilibre des compétences communautaire et interne.

II. Directives d'harmonisation totale et nouvel équilibre entre compétences communautaire et interne

10. Pour tenter une lecture de la décision du 4 juin 2009 à la lumière de la logique de l'harmonisation totale, on s'arrêtera sur une distinction que la Cour introduit au point 25 : « si la directive 85/374 [...] poursuit sur les points qu'elle réglemente, une harmonisation totale des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres, elle n'a, en revanche, ainsi qu'il ressort de son dix-huitième considérant, pas vocation à harmoniser de manière exhaustive le domaine de la responsabilité du fait des produits défectueux au-delà desdits points » (souligné par nous). L'harmonisation poursuivie, distingue la Cour, serait ainsi totale mais non exhaustive. Elle précise d'ailleurs, au point 27 de sa décision, qu'« il ressort tant du libellé que de l'économie de la directive 85/374, et notamment de ses articles 1^{er} et 9 ainsi que de son neuvième considérant, que la réparation des dommages causés à une chose destinée à l'usage professionnel et utilisée pour cet usage ne fait pas partie des points que ladite directive réglemente ». Ces affirmations se révèlent en effet intéressantes en ce qu'elles montrent que la Cour ne s'est pas tant référée au champ d'influence de la directive — le champ des interventions qui auraient pu atteindre la finalité du texte — qu'à son champ d'application : la directive développe sa force contraignante sur « les points qu'elles réglementent », c'est-à-dire sur ce dernier.

³⁸ T. Riehm, art. préc., n° 13.

³⁹ Cf. J.-S. Borghetti, préc., n° 15 *in fine*.

11. Il est nécessaire, pour être plus précis, d'essayer d'analyser les qualificatifs employés par la Cour : qu'est-ce qu'une harmonisation totale non exhaustive ? L'entreprise est à hauts risques car les instances communautaires utilisent alternativement, et sans toujours avancer de définition dans les textes des directives (il faut en outre compter avec les effets de traduction), les expressions d'« harmonisation totale », d'« harmonisation complète », d'« harmonisation maximale » et d'« harmonisation exhaustive ». Les manuels ou ouvrages de droit communautaire, quand ils abordent les méthodes d'harmonisation, les mêlent et passent indifféremment d'un vocabulaire à l'autre⁴⁰. Le vocabulaire est donc loin d'être limpide.

On connaît néanmoins « l'harmonisation complète ». Elle renvoie à un acte normatif qui présente un contenu « concret et parfait » ne nécessitant aucune précision⁴¹. Appliquée à une directive, la caractéristique marque bien l'évolution par rapport à sa conception originelle : elle est normalement un acte normativement incomplet, qui nécessite, pour la réalisation de l'objectif qu'il assigne, l'intervention normative des Etats afin de le mettre en œuvre dans leur ordre interne ; non un acte complet qui marginalise cette intervention.

La Cour de justice n'a pas employé cette expression dans sa décision du 4 juin 2009 car elle a fait appel à celle d'« harmonisation totale »⁴², qui l'englobe en quelque sorte. Le caractère d'harmonisation totale ou maximale d'une directive renvoie en effet à son intensité normative, au fait que celle-ci « impose des règles qui se substituent entièrement aux règles nationales existantes en la matière »⁴³ et qu'en conséquence les Etats « ne peuvent adopter ou maintenir des dispositions différentes »⁴⁴. Or, le lien a déjà été tracé entre le caractère détaillé — voire « complet » — d'une directive et la force contraignante de cette dernière : l'intervention normative des Etats est bridée, à l'égard du champ d'application, si tous les moyens sont d'ores et déjà prescrits⁴⁵. Pour la Cour de justice, d'ailleurs, les deux qualificatifs renvoient à la même justification — la législation est voulue « comme totalement harmonisée au niveau communautaire » — ainsi qu'au même effet : les États membres n'ont « plus la possibilité de prendre dans le domaine de la directive des règles nationales », ils sont dessaisis de « leurs compétences dans les secteurs spécifiquement réglementés au niveau communautaire »⁴⁶.

Il reste alors à éclairer l'harmonisation « totale non exhaustive », à laquelle fait allusion la décision du 4 juin 2009 et qui ne sonne pas très familière. On peut, dans un premier sens, comprendre le caractère exhaustif en référence à la complétude au sens où la directive qui acquiert un haut degré de précision est exhaustive. Mais, outre qu'il existe déjà un qualificatif

⁴⁰ Par ex., L. Dubouis, C. Blumann, *Droit matériel de l'Union européenne*, 5^e éd., Montchrestien, 2009, p. 320-321 ; C. Zolynski, *op. cit.*, n° 190, p. 141.

⁴¹ J. Porta, *op. cit.*, n° 135 et s., p. 105 et s.

⁴² Reprenant là les constats de CJCE, 25 avr. 2002, *Commission c/ France*, préc., pt 24 ; *Commission c/ Grèce*, préc. ; 10 janv. 2006, *Skov*, préc.

⁴³ A. Mattera, *Le marché unique européen*, 2^e éd., 1990, Jupiter, p. 180, cité par L. Dubouis, C. Blumann, *op. cit.*, p. 320.

⁴⁴ Par ex., A. Thieriet-Duquesne, *op. cit.*, p. 70 et s.

⁴⁵ D. Simon, *La directive européenne*, Dalloz, connaissance du droit, 1997, p. 49 et s. Certains auteurs font cependant une distinction, par ex. L. Gonzalès Vaqué, « La directive 2005/29/CE relative aux pratiques commerciales déloyales : entre l'objectif d'une harmonisation totale et l'approche de l'harmonisation complète », *Rev. du droit de l'Union européenne* 2005, p. 785, qui souligne que le premier projet relatif à cette directive — celui de la Commission européenne, Proposition de directives sur les pratiques commerciales déloyales, COM(2003)356 final, 18 juin 2003, spéc. Exposé des motifs n° 61 — visait une harmonisation complète au sens d'une harmonisation la plus exhaustive possible sur le domaine considéré et que la Commission aurait réduit ses ambitions en admettant une harmonisation totale.

⁴⁶ Pour l'harmonisation complète, cf. par ex. CJCE, 25 mars 1999, *Commission c/ République italienne*, aff. C-112/97, qui rejette la possibilité, pour un Etat de prévoir des exigences supplémentaires liées à la sécurité ; récemment, CJCE, 23 avr. 2009, *VTB-VAN NV / Total*, C-261/07 et C-299/07 ; *adde* CE, 10 juill. 2006, *Association pour l'interdiction des véhicules inutilement rapides*, Lebon 336, *AJDA* 2006, p. 2061, concl. E. Prada-Bordenave, *Europe* 2006, comm., n° 274, E. Saulnier-Cassia. Pour l'harmonisation totale, cf. par ex. CJCE, 25 avr. 2002, préc.

pour cette idée, la Cour semble l'employer dans un second sens : la directive n'entendrait pas être exhaustive sur un domaine entier, celui de la responsabilité des produits défectueux ; elle viserait à n'en régir qu'une partie, celle de la responsabilité à l'égard des consommateurs.

Or, l'affirmation peut résonner de deux façons. D'une façon « classique », tout d'abord qui renvoie à l'analyse des impacts de l'intervention normative de la France sur la poursuite de la finalité de la directive. Elle a été présentée précédemment et se serait conclue par le constat de la Cour que l'indemnisation des biens professionnels ne pourraient avoir d'influence sur l'harmonisation voulue de la responsabilité du fait des produits défectueux à l'égard du consommateur : l'harmonisation avait un domaine particulier ; l'indemnisation des biens professionnels n'influe pas sur sa réalisation⁴⁷. Mais l'affirmation peut être comprise dans un autre sens, qui relèverait, lui, d'une certaine logique de l'harmonisation totale et montrerait son influence : dès lors que, sur un champ d'application donné — celui de la responsabilité des produits défectueux à l'égard des consommateurs —, la contrainte sur les « moyens » fait que ceux propres à parvenir au « résultat » ont été spécifiés par le texte communautaire, il n'y aurait plus à considérer le champ d'influence ou on pourrait minimiser cette considération. Le but ferait corps avec les moyens et serait concentré désormais dans le champ d'application, sans plus d'égards, ou avec moins d'égards, pour le champ d'influence. Sur ce dernier, les Etats retrouveraient leur pleine autonomie normative, sans appréciation des impacts de leurs interventions sur la finalité de la directive.

11. Ce nouvel équilibre ne serait pas abscons, en outre, si l'on voulait bien compter avec des raisons politiques sous-jacentes. L'harmonisation totale induit un bouleversement de l'articulation des compétences communautaire et nationale, les Etats ne disposant plus de la liberté des moyens. On peut alors s'aventurer à penser que ce qui est ôté d'une main aux Etats — le choix des moyens — pourrait se compenser de l'autre — par le relâchement du contrôle des atteintes à la finalité dans le champ d'influence⁴⁸. Face au développement d'une méthode d'harmonisation totale, contraignante pour les Etats membres et qui n'est pas acceptée sans mal du fait de la remise en question qu'elle opère de l'articulation originelle de la répartition des compétences réalisées par la directive, la sanction des atteintes à la finalité se nuancerait.

12. Les réponses sont à venir, beaucoup de questions se posant déjà qui mettront à l'épreuve ces conjectures. *Quid* par exemple de l'extension, par la jurisprudence française, de la protection contre les clauses abusives au bénéfice des personnes morales en situation de consommation ? La directive de 1993 n'était que d'harmonisation minimale et n'avait pas soulevé la question de façon frontale ; le projet de directive-cadre du 8 octobre 2008 sur les droits des consommateurs en reprend la substance au sein d'une harmonisation totale et la livrera donc, parmi bien d'autres.

Mais, en définitive, quelle que soit l'interprétation de la décision du 4 juin 2009 qui se révélera juste, la solution livrée n'en a pas moins permis d'approcher la logique que l'harmonisation totale est susceptible d'imprimer aux directives qu'elle embrasse. Elle inverse les équilibres sur lesquels s'est articulée originellement l'instrument. D'un côté, du fait de la contrainte sur les moyens, la directive devient un acte complet qui s'impose en toutes ses dispositions dans son champ d'application, avec pour seule particularité — et c'est ce qui demeure de la définition de l'article 249, alinéa 3 — de laisser aux Etats le choix de la « forme » et la possibilité de « traduire » ces dispositions dans leur droit, avec leurs notions et cultures. D'un autre côté, la référence à sa finalité pourrait s'amenuiser, et avec elle la

⁴⁷ cf. *supra* n° 9.

⁴⁸ On comptera également avec certains flous entretenus dans la délimitation des champs d'application des directives, permettant aux Etats certains ajustements dans le champ d'application, cf. les discussions sur le projet de Directive-cadre du 8 oct. 2008, préc.

considération du champ d'influence, ses dispositions formant un tout cohérent pour atteindre le but assigné. Ce faisant, l'harmonisation totale implique de reformuler l'équilibre des compétences communautaires et nationales, le tout au rebours de la répartition initialement portée par les traités...