

Vers une harmonisation totale de la terminologie ?

par Thomas Riehm, Docteur en droit, Université de Munich

Introduction

Tout d'abord, je tiens à remercier M. Bergé pour l'invitation et pour l'occasion d'exposer mes humbles idées devant un aussi illustre auditoire. Merci aussi à Aurélie pour son exposé très intéressant et très complet sur la terminologie de l'harmonisation totale, sur lequel j'aurais beaucoup de choses à dire – mais j'attendrais la discussion pour cela.

Je ne vais donc pas gaspiller votre temps avec mes remarques, et je vais commencer directement avec mon exposé qui aura pour sujet la question de savoir si l'harmonisation totale au niveau du droit communautaire nous amène à une harmonisation – totale ou non – de la terminologie juridique des États membres

En tant que juriste allemand, je ne vais m'intéresser qu'aux influences « hard » juridiques de la terminologie communautaire, c'est-à-dire aux impératifs du droit communautaire relatifs à la terminologie. Je vais ainsi éviter de parler des influences « soft » de la terminologie communautaire, ainsi d'une éventuelle convergence « autonome » des terminologies juridiques des États membres, c'est-à-dire sans contrainte juridique. A mon avis, ceci relèverait plutôt de la compétence de l'anthropologie culturelle ou de l'histoire de la culture que de celle du droit. Néanmoins, il reste des aspects juridiques très importants quant à l'influence juridique de la terminologie communautaire sur les droits nationaux. Car puisque le droit agit par des notions, toute interaction de deux ordres juridiques est avant tout une interaction de deux terminologies juridiques.

Les influences juridiques du droit communautaire sur les terminologies nationales dépendent de la liberté que les directives communautaires, notamment celles d'harmonisation totale, laissent aux juges nationaux quant à l'interprétation de leur droit national. Cette liberté est le produit de deux facteurs : d'un côté, de la portée du principe d'interprétation autonome du droit communautaire, donc de la question de savoir dans quelle mesure la CJCE a la compétence de définir la signification des notions communautaires. Et de l'autre côté de la portée du principe de la relativité des notions juridiques, donc de l'étendue de la liberté du juge national de modifier au niveau du droit national l'interprétation donnée par la CJCE pour le droit communautaire.

A. Le principe d'interprétation autonome

Le droit communautaire dispose, tout comme chacun des ordres juridiques des 27 États membres, d'une terminologie propre qui est interprétée exclusivement par la Cour de Justice. Cette interprétation se fait, comme c'est le cas de tout droit multilatéral, selon le principe

d'interprétation autonome.¹ Le droit communautaire est donc interprété sans égard aux spécificités des 27 terminologies nationales. À travers l'obligation d'interprétation conforme au droit communautaire,² les juges nationaux sont tenus de respecter, en interprétant leur droit national de transposition, non seulement le texte des directives, mais également son interprétation autonome par la CJCE. En matière d'harmonisation totale, cette obligation d'interprétation conforme semble même mener à une soumission totale de l'interprétation nationale à l'interprétation communautaire. Il s'en suit qu'en principe, la terminologie du droit de transposition doit être interprétée sans égard à la terminologie employée dans le reste du droit national. Ainsi, le juge national perd en principe toute sa souveraineté quant à l'interprétation du droit de transposition, du côté matériel, car il doit respecter l'interprétation du droit communautaire par la CJCE, et du côté processuel, car il n'a pas le droit d'interpréter le droit de transposition lui-même, mais il est obligé de soumettre chaque nouvelle question d'interprétation à la CJCE.

Or, ce principe d'interprétation autonome n'est pas sans limites. Selon la jurisprudence constante, il ne s'applique pas quand le droit communautaire contient un renvoi explicite ou implicite au droit national.³

1. Le renvoi explicite au droit national

De tels renvois sont inévitables. Car grâce aux principes de la compétence limitée et de subsidiarité, le droit communautaire de la consommation est aujourd'hui ponctuel et fragmentaire. En l'état actuel, le droit communautaire de la consommation ne constitue pas un système complet du droit de la consommation. Il a besoin des droits nationaux, notamment du droit commun des États membres pour être efficace : par exemple, la directive 99/44/CE (vente de biens de consommation) peut bien prévoir des sanctions en cas d'un vice de conformité du bien vendu ; mais ceci présuppose que les conditions du droit national quant à la formation et à la validité du contrat de vente soient réunies. De cette façon, il existe toujours des jonctions entre le droit communautaire et le droit commun des États membres, où le droit communautaire a besoin d'être complété par des notions nationales.⁴ Ces jonctions sont des renvois explicites ou implicites du droit communautaire à des notions du droit national, tel le droit de la prescription, le régime général des obligations ou le droit de l'enrichissement sans cause.⁵

¹ Sur ce principe, voir *Kropholler Internationales Einheitsrecht – Allgemeine Lehren*, 1975, p. 258 et ss. et, récemment, *Gruber Methoden des Internationalen Einheitsrechts*, 2004 ; *adde*, Langenbucher, in : *idem* (dir.), *Europarechtliche Bezüge des Privatrechts*, 2^e éd. 2008, § 1 n° 5 et ss. ; *franzen*, *Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft*, 1999, p. 475 et ss. ; *Stotz in Riesenhuber Europäische Methodenlehre*, 2006, § 22, n° 18 ; CJCE, 19/09/2000 – Aff. C-287/98 (Linster), Rec. I-6917, n° 43.

² Voir récemment CJCE, 04/07/2006, Rec. I-6057 (Adeneler), n° 108 et ss. ; 05/10/2004, Rec. p. I-8835 (Pfeiffer e.a.), n° 113 et ss.

³ Voir déjà CJCE, 01/02/1972, aff. 49/71, Rec. 23, p. 24.

⁴ Voir *Gsell JZ* 2009, 20, 23 et s. ; *Riesenhuber in idem*, *Europäische Methodenlehre*, 2006, § 11 n° 5 et ss.

⁵ Sur l'application du droit national de l'enrichissement sans cause pour la mise en œuvre du droit communautaire, voir *Riehm in : Langenbucher* (dir.), *Europarechtliche Bezüge des Privatrechts*, 2^e éd. 2008, § 3 n° 4 et ss.

Ainsi, l'art. 10, al. 2 de la directive 85/374/CEE (produits défectueux) renvoie explicitement aux dispositions des États membres réglementant la suspension ou l'interruption de la prescription de l'obligation du fabricant d'un produit défectueux. Finalement, l'art. 15 de la directive 2008/48/CE (crédit à la consommation) permet explicitement aux États membres de fixer de manière autonome les conséquences de l'exercice du droit de rétractation par rapport à un contrat de crédit lié à un contrat concernant la fourniture d'un bien ou la prestation d'un service.⁶

Parfois il est difficile de savoir si une notion doit être interprétée de façon autonome ou si elle renvoie aux droits nationaux. Comme nous l'avons vu, Mais elle a accepté des exceptions à cette règle, notamment lorsque le droit communautaire ne contient pas les éléments nécessaires pour interpréter la notion en question,⁷ ou lorsque les divergences entre les législations nationales dans le domaine concerné ne permettent pas d'appliquer une interprétation unique dans toute l'Union.⁸

2. *Le renvoi implicite au droit national : la compétence de concrétisation*

Une question beaucoup plus délicate qui se pose avec grande acuité notamment en matière d'harmonisation totale est celle de savoir si une notion du droit communautaire contient un renvoi implicite au droit national, si alors le juge national est appelé à interpréter le droit de transposition sans être obligé de poser des questions préjudicielles. Dans la doctrine allemande, cette question est traitée sous la rubrique de la répartition de la compétence de concrétisation.⁹

Car même si une notion du droit communautaire est, en principe, interprétée de façon autonome, la primauté de la CJCE a ses limites quant au degré de concrétisation de cette interprétation. Ces limites concernent notamment les notions floues ou clauses générales du droit communautaire qui existent aussi dans des directives d'harmonisation totale. Pour pouvoir être appliquées par le juge national, ces notions floues ont besoin d'être concrétisées, et cette concrétisation contient inévitablement un élément de création juridique ; la doctrine allemande parle de « wertausfüllungsbedürftige Begriffe » (notions qui nécessitent une appréciation qui prend en compte les valeurs sous-jacentes). De telles notions floues ou standards, il y en a beaucoup en droit communautaire de la consommation. Je pense notamment aux exemples classiques tels la notion de clause abusive dans la directive 93/13/CE,¹⁰ la notion de pratique

⁶ Voir *Gsell* JZ 2009, 20, 25 ; *Riehm/Schreindorfer* GPR 2008, 244, 247.

⁷ Voir, par exemple, CJCE, 01/02/1977, aff. 51/76 (*Verbond van Nederlandse Ondernemingen/Inspecteur der Invoerrechten en Accijnzen*), Rec. 113, n° 17.

⁸ Voir CJCE, 06/10/1976, aff. 12/76 (*Tessili*), Rec. 1473, n° 14. Voir également *Herresthal* ZGS 2007, 51 et s., qui défend l'existence d'un renvoi implicite aux sous-systèmes nationaux pour savoir si le créancier a « reçu » un montant transféré par virement « à l'échéance » au sens de l'art. 3, al. 1, *sub c*) ii) de la directive 2000/35/CE (retard de paiement) ; cet avis n'a pas été partagé par la CJCE qui a tenu à définir elle-même ce moment, CJCE 03/04/2008, Rec. I-1923 (01051 *Telecom / Deutsche Telekom AG*), n° 28.

⁹ Voir, *in extenso*, *Röthel*, Normkonkretisierung im Privatrecht, 2004, p. 535 et ss. ; *Wolff*, thèse précitée, *passim*.

¹⁰ À ce propos, voir *Wolff*, thèse précitée, p. 201 et ss. ; *Markwardt*, Die Rolle des EuGH bei der Inhaltskontrolle vorformulierter Verbraucherverträge, 1999.

commerciale déloyale dans la directive 2005/29/CE (pratiques commerciales déloyales),¹¹ la notion de publicité trompeuse dans la directive 2006/114/CE (publicité trompeuse et publicité comparative), la notion de risque de confusion dans la directive 89/104/CEE (droit des marques) ou les notions de bonne foi, d'intermédiaire indépendant et d'équité dans la directive 86/653/CEE (agents commerciaux)¹². Mais il y a d'autres exemples, plus subtils peut-être, mais pas moins importants : Si l'on ne regarde que la nouvelle directive 2008/48/CE (crédit à la consommation), il y a par exemple la notion « en temps utile » pour la fourniture des informations précontractuelles (art. 5, al. 1), les « explications adéquates » au sens de l'art. 5, al. 6, le « nombre suffisant d'informations » (art. 8, al. 1) et les « raisons objectivement justifiées » pour le refus du versement d'un prêt au sens de l'art. 13.

En matière d'harmonisation totale, cette question est d'une nouvelle importance : Car si en matière d'harmonisation minimale, les tribunaux nationaux ont pu se résoudre à appliquer une règle *in dubio pro consumptore*,¹³ profitant, le cas échéant, de la clause d'ouverture de la directive concernée, cette solution n'est plus possible en matière d'harmonisation totale. Dans ces hypothèses, si la CJCE se déclare compétente pour la concrétisation d'une notion communautaire, les tribunaux nationaux n'auront plus aucune marge d'interprétation autonome et ne pourront faire rien d'autre que d'appliquer l'interprétation communautaire aux faits établis devant eux ; toute nouvelle question d'interprétation doit être soumise, dès qu'elle se pose, à la CJCE, dans les conditions de l'art. 234 CE. En plus, les autorités nationales seront dépourvues de toute compétence de concrétisation. Lors de la transposition, le législateur national qui souhaiterait préciser une clause générale communautaire dans l'intérêt de la transparence du droit national, risque de se heurter à une interprétation ultérieure de cette clause par la CJCE. Pour éviter ce risque, les législateurs nationaux – malgré la liberté que leur accorde l'art. 249, al. 2 CE – devraient se résoudre à transposer les directives mot à mot de façon à offrir à leurs juges nationaux la souplesse nécessaire pour s'adapter à l'interprétation communautaire.¹⁴ Le résultat final de cette démarche serait une primauté totale de la terminologie communautaire.

Les conséquences d'une telle compétence exclusive de la CJCE seraient insupportables, et ce pour plusieurs raisons : la CJCE dans sa structure actuelle serait incapable de répondre à toutes ces questions dans des délais raisonnables ; et surtout cette compétence exclusive de concrétisation constituerait une entrave importante à la souveraineté des États membres. Car dans ce domaine extrêmement important en pratique qu'est le droit de la consommation, ni les législateurs ni les juges nationaux n'auront plus le droit de définir le droit national, et il n'y

¹¹ À ce propos, voir *Buchmann*, thèse précitée, p. 175 et ss.

¹² Voir *Canaris*, *Handelsrecht*, 24. éd 2006, § 15 n° 20 et ss. ; *Wolff*, thèse précitée, p. 234 et ss.

¹³ Règle dont la légitimité même est bien douteuse, voir *Rösler JZ* 2006, 400 ; *idem RabelsZ* 71 (2007), 495 ss. ; *Tonner JZ* 2006, 402 (*pro*) ; *MünchKomm-BGB/Micklitz*, 5^e éd. 2006, §§ 13, 14 n° 96 et s. ; *Riesenhuber JZ* 2005, 829 ; *JZ* 2006, 402 (*contra*) ; pour la déclinaison latine (*consumptore* au lieu de *consumatore* ou *consumente*) voir *Adomeit JZ* 2006, 557.

¹⁴ Voir également CJCE, 04/07/2006, Rec. I-6057 (Adeneler), n° 58 et ss., 89 et ss., où la CJCE a rejeté la tentative du législateur italien de concrétiser, lors de la transposition, la notion « raison objective » au sens de la clause 5, point 1, sous a), de l'accord-cadre sur le travail à durée déterminée.

aurait plus de possibilité d'adapter le droit national de la consommation à leur culture et à leurs traditions juridiques respectives. Ceci montre que la question de la compétence de concrétisation décide de la ligne de démarcation entre la primauté de la communauté et la souveraineté des États membres.¹⁵

La CJCE, quant à elle, part d'une présomption pour l'interprétation autonome,¹⁶ mais de fait sa jurisprudence oscille entre les deux pôles extrêmes, c'est-à-dire entre la compétence de concrétisation du juge communautaire et celle du juge national, en passant par différentes positions intermédiaires. Il en est de même des solutions prônées par la doctrine, allant de la présomption d'une compétence nationale de concrétisation, basée sur le principe de subsidiarité,¹⁷ jusqu'à la présomption d'une compétence communautaire, basée sur la primauté générale du droit communautaire et sur la supériorité de la juridiction communautaire.¹⁸

Ainsi, dans l'arrêt « Simone Leitner », la CJCE s'est reconnue la compétence exclusive de concrétiser la notion « dommages » dans l'art. 5, al. 2 de la directive 90/314/CEE (voyages à forfait), en précisant qu'elle comprend le dommage moral.¹⁹ De la même manière, dans l'arrêt « Océano Grupo », elle a jugé qu'une clause attributive de compétence était abusive au sens de la directive 93/13/CE (clauses abusives). Dans cette affaire, elle ne s'est pas bornée à la seule interprétation du droit communautaire, mais elle l'a même appliqué à une clause concrète.²⁰

En revanche, concernant la notion de « équitable » au sens de l'art. 17, al. 2, tiret 2 de la directive 86/653/CEE (agents commerciaux), la CJCE, dans l'arrêt « Honyvem / Mariella Zotti », a refusé d'exercer un contrôle détaillé sur le calcul de l'indemnité de cessation de contrat, en accordant aux États membres une marge d'appréciation quant au choix des méthodes de calcul, bien que le régime instauré par l'article 17 de la directive soit impératif, et la directive d'harmonisation totale.²¹ De manière pareille, elle a jugé que la notion de « dommage » dans

¹⁵ Sur ce sujet, voir *in extenso* la thèse de I. Wolff, *Die Verteilung der Konkretisierungskompetenz für General-klauseln in privatrechtsgestaltenden Richtlinien*, 2002.

¹⁶ Voir CJCE, 27/01/2005, aff. C-188/03 (Junk), Rec. I-885, n° 27 et ss.; *adde*, *Riesenhuber* in *idem*, *Europäische Methodenlehre*, § 11 n° 7 et s.

¹⁷ Dans ce sens par ex. *Herresthal* ZGS 2007, 51 et s.; *Canaris* EuZW 1994, 417; *Franzen*, *Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler* 1997, p. 285, 301; *idem*, *Privatrechtsangleichung in der Europäischen Gemeinschaft*, 1999, p. 538 et ss.; *Roth*, *Festschrift Drobnig*, p. 140 et ss.

¹⁸ Dans ce sens, voir *Basedow*, FS Brandner, p. 651, 675; *Bleckmann* NJW 1982, 1177; *Müller-Graff* NJW 1993, 13, 21; *Weatherill* (1995) ERPL 3, p. 307, 317; *Grundmann*, in: *Grundmann/Mazeaud* (dir.), *General Clauses and Standards in European Contract Law*, 2007, p. 141, 155 ff.; AG *Tesouro*, conclusions du 08/04/1992, Rec. I-4871 (Meilicke), n° 13.

¹⁹ CJCE, 12/03/2002, Rec. I-2631 (*Simone Leitner / TUI Deutschland GmbH & Co. KG*), incluant le préjudice morale dans la notion de « dommages ».

²⁰ CJCE, 27/06/2000, Rec. I-4941 (*Océano Grupo Editorial SA / Roció Murciano Quintero et autres*), n° 24; à ce propos, voir la thèse de K. *Markwardt*, *Die Rolle des EuGH bei der Inhaltskontrolle vorformulierter Verbraucherverträge*, 1999; I. *Wolff*, thèse précitée, p. 201 et ss.

²¹ CJCE, 23/03/2006, Rec. I-2879 (*Honyvem / Mariella De Zotti*), n° 34 et ss.; 09/11/2000, Rec. I-9305 (*Ingmar GB Ltd. / Eaton Leonard Technologies Inc.*), n° 21. Voir également CJCE, 09/09/1998, C-39/97 (*Canon*), concernant le droit des marques, et la jurisprudence allemande niant le besoin de re-poser une question préjudicielle concernant la notion de « Verwechslungsgefahr » au sens du règlement (*Gemeinschaftsmarkenverordnung*), car la CJCE aurait déjà interprété la notion en question, de sorte que l'application de cette interprétation aux situations concrètes appartienne exclusivement aux juges nationaux, BGH, 16/01/2003, I ZR 130/02

l'art. 9 de la même directive renvoie au droit commun national (en Allemagne aux §§ 249 et ss. BGB) qui détermine l'étendue du droit de la victime aux dommages-intérêts.²²

Finalement, dans l'arrêt « Freiburger Kommunalbauten », concernant également l'art. 3 de la directive 93/13/CE (clauses abusives), elle s'est montrée plus réticente en refusant de juger du caractère abusif de clauses spécifiques. Dans cet arrêt – et dans d'autres aussi, elle s'appuie sur la dichotomie entre « les critères généraux utilisés par le législateur communautaire pour définir la notion de clause abusive », tâche de la CJCE, et « l'application de ces critères généraux à une clause particulière qui doit être examinée en fonction des circonstances propres au cas d'espèce », tâche des juges nationaux.²³

Il me semble que cette dichotomie établie par la Cour de Justice montre que celle-ci tente de plus en plus de transférer la compétence de concrétisation aux juges nationaux – soit pour respecter leur souveraineté, soit pour réduire le nombre de questions préjudicielles concernant l'application de clauses générales du droit communautaire aux cas particuliers.²⁴ Mais cette dichotomie n'est que la grande ligne directrice vers laquelle la jurisprudence communautaire semble s'orienter ; de fait, les résultats sont toujours difficiles à prévoir.

À mon avis, la réticence que la CJCE montre dans certains arrêts récents mérite d'être approuvée. Mais les critères de la répartition de la compétence de concrétisation restent toujours vagues. À mon avis, la solution ne peut pas être donnée de manière uniforme pour toutes les notions. Elle dépend du contexte de la notion en question, et notamment de son objectif : si la disposition communautaire vise prioritairement l'uniformité de l'application du droit au sein de l'UE, dans l'intérêt du fonctionnement du marché intérieur (*level playing field*), la compétence de concrétisation sera concentrée auprès de la CJCE ; dans l'hypothèse contraire, elle appartient aux juges nationaux.²⁵ *De lege ferenda*, il me semble en plus opportun de permettre à la CJCE de décider sur l'admissibilité des questions préjudicielles, afin qu'elle puisse choisir de n'admettre que les questions préjudicielles d'importance générale, dont la réponse pourra être utile dans plusieurs États membres, et de refuser de statuer sur des questions préjudicielles qui ne concernent que des hypothèses singulières ou propres à l'ordre juridique d'un seul État membre. Cette solution permettrait de mettre l'accent sur l'effet d'harmonisation

[www.bundesgerichtshof.de], approuvé par BVerfG, 18/10/2004 – 2 BvR 318/03, GRUR 2005, 52 ; BGH, 19/07/2007, I ZR 47/06 ; approuvé par BVerfG, 11/12/2008, 1 BvR 1563/08, n° 12 et ss.).

²² Voir CJCE, 10/05/2001, Rec. I-3569 (Henning Veedfald / Århus Amtskommune), n° 27 sur la répartition détaillée de la compétence de concrétisation entre la CJCE et les États membres.

²³ CJCE, 01/04/2004, Rec. I-3403 (Freiburger Kommunalbauten GmbH Baugesellschaft & Co. KG / Hofstetter), n° 22, 25 ; 26/10/2006, Rec. I-10421 (Elisa María Mostaza Claro / Centro Móvil Milenium SL), n° 22 et s. ; *adde*, Markwardt, thèse précitée, p. 199 et ss.

²⁴ Voir Stotz in Riesenhuber Europäische Methodenlehre, 2006, § 22 n° 20 et ss. ; *in extenso*, Groh, Die Auslegungsbefugnis des EuGH im Vorabentscheidungsverfahren, 2005.

²⁵ Pour plus de détails et plus d'exemples, voir la thèse de I. Wolff, notamment p. 201 et ss. ; Buchmann, thèse précitée, p. 105 et ss. ; voir, dans le même sens, Remien RabelsZ 66 (2002), 503, 524 et ss. ; Gsell JZ 2009, 20, 24 ; Röthel Normkonkretisierung im Privatrecht, 2004, p. 364 et ss. ; *idem* in Riesenhuber (dir.), Europäische Methodenlehre, 2006, § 12, n° 12 et ss.

produit par l'interprétation communautaire, et de décharger la Cour de Justice de questions auxquelles elle ne saura mieux répondre qu'un tribunal suprême national.²⁶

B. Le principe de la relativité des notions juridiques

Après avoir détaillé mon point de vue sur le principe d'interprétation autonome et ses limites, je vais maintenant tenter une analyse du principe de la relativité des notions juridiques qui est l'autre principe central qui régit le rapport entre les terminologies communautaire et nationale. En effet, la relation entre les notions communautaires et nationales, que j'appellerai désormais relativité verticale, n'est que le revers de la médaille de l'interprétation autonome : Si les notions communautaires sont interprétées indépendamment des notions nationales, celles-ci sont-elles interprétées indépendamment des notions communautaires ? En d'autres termes : les directives communautaires, exigent-elles une reprise exacte de la terminologie communautaire par les législateurs et juges nationaux ?

1. La relativité verticale

La réponse à cette question doit partir de la structure normative des directives telle qu'elle est définie dans l'art. 249, al. 3 CE : conformément à cet article, la directive lie les États membres quant au *résultat* à atteindre, et leur laisse la compétence quant à la *forme* et aux *moyens*. Quand on regarde les directives actuelles en droit de la consommation, qui sont extrêmement détaillées, ce résultat dont parle l'art. 249 CE ne peut pas être un objectif abstrait tel la protection des consommateurs dans un certain domaine. Au contraire, ce résultat à atteindre doit être très précis et comprend toutes les dispositions détaillées énoncées dans la directive. En d'autres termes, la directive oblige les États membres de faire en sorte que leur ordre juridique interne prévoie, pour les faits couverts par la directive, les conséquences juridiques énoncées dans celle-ci.²⁷ Ainsi, la directive se borne à ordonner des relations entre faits et conséquences juridiques, alors que le mode d'intégration de ces relations dans le droit interne constitue le « moyen » qui, conformément à l'art. 249, al. 3 du TCE, relève de la compétence exclusive des États membres. Ainsi, le droit communautaire fait abstraction de la terminologie, des concepts et des théories juridiques employés dans les États membres. Ceci est la conséquence directe du caractère supranational du droit communautaire qui ne peut s'intéresser aux spécificités individuelles de chaque ordre juridique concerné par ses impératifs. Cette conception montre également le caractère pragmatique du droit communautaire, lequel ne peut poursuivre que des objectifs réels et économiques tels que la réalisation du marché intérieur ou bien la protection des consommateurs, sans disposer d'une base légale pour une harmonisation de la terminologie, voire des concepts ou des théories juridiques nationaux.²⁸

²⁶ Voir *Röthel*, op. cit., p. 390 et s. ; sur la différence entre interprétation et application du droit, voir également *Riehm*, *Abwägungsentscheidungen in der praktischen Rechtsanwendung*, 2006, p. 22 et ss.

²⁷ Pour cette conception du mécanisme de la directive, voir *Riehm* JZ 2006, 1035, 1037 et ss. ; *idem* Dalloz 2007, 2749, 2752 (n° 22 et s.) ; *Herresthal* ZGS 2007, 48, 51 ; *idem* ZGS 2008, 261.

²⁸ Voir, dans le même sens, C. ZOLYNSKI, *Méthode de transposition des directives communautaires*, Dalloz, 2007, n° 390.

De ce point de vue, l'impact direct des directives, même d'harmonisation totale, sur la terminologie des États membres semble très limité, voire inexistant : chaque État membre peut, lors de la transposition des directives, choisir sa propre terminologie, sans être tenu de reprendre la terminologie communautaire. Il est ni obligé d'utiliser, pour la transposition d'un concept communautaire, la notion employée par la directive, ni doit-il nécessairement créer un concept comparable sous un autre nom. Théoriquement, un État membre pourrait par exemple renoncer à la notion de « consommateur » et appeler le même concept « particulier » ; il pourrait également renoncer complètement à un tel concept et appliquer les dispositions prévues par les directives communautaires à toute personne physique ou morale, pourvu que, pour les faits couverts par les directives, les résultats pratiques correspondent à ceux prévus en droit communautaire, et ce sans égard aux résultats produits dans des hypothèses qui sont en dehors du domaine d'application du droit communautaire. Les transpositions extensives des directives 93/13/CE (clauses abusives) et 99/44/CE (vente de biens de consommation) qu'a entreprises le législateur allemand sans contestations de la commission en sont un exemple : dans ces cas, le droit allemand applique les dispositions essentielles prévues par les directives sans égard à la qualité de consommateur d'une des parties aux contrats.

Donc, techniquement, la terminologie nationale reste intouchée par le droit communautaire, même en cas d'harmonisation totale. Tant que le législateur atteint les résultats pratiques imposés par la directive, il est libre de se servir de sa propre terminologie ou même de modifier la terminologie tirée du droit communautaire.

Ainsi, il est tout à fait légitime que le législateur allemand ait créé, en 2000,²⁹ un régime général du droit de rétractation sous la rubrique de « droit de révocation » (« Widerrufsrecht », §§ 355 et ss. BGB), alors que, dans les directives, ces facultés sont appelées « droit de rétractation »,³⁰ « délai de réflexion »,³¹ « droit de renonciation »³² ou « droit de résiliation ». ³³ Et il est également légitime que, dans la même loi de 2000, le législateur allemand ait créé une définition légale de la notion de « consommateur » (« Verbraucher », § 13 BGB) qui soit différente de celle du droit communautaire en ce qu'elle englobe le travailleur salarié agissant dans le cadre de son activité professionnelle.³⁴ Ce mot « Verbraucher » employé par le législateur allemand ne doit pas nécessairement avoir le même sens que le même mot « Verbraucher » employé par le législateur communautaire.³⁵ Et le fait que de plus en plus de directives transposées par ces dispositions allemandes soient d'harmonisation totale ne change rien à la légitimité de cette modification terminologique, car les résultats pratiques atteints sont, en

²⁹ Gesetz über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts vom 27.06.2000, BGBl. I, S. 897.

³⁰ Art. 5 de la directive 94/47/CE (Time-sharing) ; Art. 6 de la directive 97/7/CE (contrats à distance).

³¹ Dir. 87/102/CEE (crédit à la consommation).

³² Art. 5 de la directive 85/577/CEE (démarchage à domicile).

³³ Art. 4 de la directive 85/577/CEE (démarchage à domicile).

³⁴ À ce propos, voir *Ultsch*, thèse précitée, p. 127 et ss., 228 et ss. ; *Denkinger*, *Der Verbraucherbegriff*, 2007, p. 495 et ss. ; *adde*, *Riehm* JZ 2006, 1035, 1041 et s. ; pour la situation dans tous les 27 États membres voir *Schulte-Nölke* et al., *Compendium CE de Droit de la consommation*, 2007 (http://www.eu-consumer-law.org/consumerstudy_full_fr.pdf), p. 789 et ss. ; *adde*, *idem* in *Schulze/Zuleeg*, op. cit., chap. 23, n° 30 et ss.

³⁵ Voir également la polémique de *Weir* ZEuP 2004, 595, 611.

principe,³⁶ toujours ceux qu'impose le droit communautaire. Du point de vue communautaire, tout ce qui compte est alors que dans les situations visées par les directives, les personnes visées par les directives aient les droits visés par les directives, peu importe comment le législateur national appelle les situations, les personnes ou les droits en question.

Cette liberté terminologique n'est pas limitée aux législateurs, mais profite également aux juges nationaux qui, eux aussi, ont le droit de dévier de l'interprétation que la CJCE donne aux notions du droit communautaire quand ils interprètent les notions nationales correspondantes. Ainsi, le fait que la CJCE ait nié la qualité de consommateur d'un paysan qui achète un toit pour couvrir en même temps son étable et le domicile de sa famille³⁷, d'une personne morale³⁸ ou d'un fondateur d'existence³⁹ n'empêche pas les juridictions nationales des États membres d'interpréter leurs notions nationales de consommateur de manière contraire, même en cas d'harmonisation totale.⁴⁰

2. *La relativité horizontale*

En plus de cette relativité verticale des notions juridiques, il existe une relativité horizontale, c'est-à-dire au sein du droit national. Ceci est – du moins pour un juriste allemand – une évidence pour l'emploi d'une même notion dans différents textes législatifs du même législateur.⁴¹ Il s'agit là d'une conséquence immédiate du principe de l'interprétation systématique et téléologique de chaque notion juridique, qui fait que la même notion peut être interprétée de manière différente lorsqu'elle se trouve dans un contexte différent ou lorsqu'elle a une fonction différente.⁴² Mais cette question relève du droit purement interne et ne nous intéressera pas davantage.

Or, dans le contexte de l'harmonisation totale, la relativité horizontale a également son rôle à jouer. D'abord, nous avons d'ores-et-déjà évoqué que dans le domaine d'application des directives d'harmonisation totale les notions nationales d'origine communautaire doivent être interprétées, en principe, de manière conforme au droit communautaire, donc conforme à l'interprétation autonome qu'en fait la Cour de Justice. Si le législateur national emploie la même notion dans un autre texte législatif qui n'est pas sous l'influence communautaire, le juge national est évidemment libre de profiter du principe de la relativité horizontale pour interpréter cette deuxième notion en accord avec ses principes nationaux d'interprétation qui peuvent mener à un résultat différent que celui de la Cour de Justice. Ainsi, la notion « Diens-

³⁶ Nous ne nions pas les erreurs techniques du législateur allemand lors de cette transposition « systématisante » qui ont en partie déjà été sanctionnées par la CJCE, sans pour autant mettre en cause le principe même de cette transposition, voir p.ex. CJCE, 13/12/2001, Rec. I-9945 (Heininger), n° 25 et ss., 41 et ss.

³⁷ CJCE, 20/01/2005, Rec. I-439 (Gruber / BayWa)

³⁸ CJCE, 22/11/2001 Rec. I-9049 (Idealservice/Cape, OMAI).

³⁹ CJCE, 03/07/1997, Rec. I-3767 (Benincasa/Dentalkrit Srl.).

⁴⁰ Voir *Ultsch*, thèse précitée, p. 228 et ss. ; *Riehm JZ* 2006, 1035, 1041 et s. ; *Schulte-Nölke* in *Schulze/Zuleeg*, op. cit., chap. 23, n° 30 et ss.

⁴¹ Voir *Engisch* Einführung in das juristische Denken, 9^e éd. 1997, p. 94 ; *idem* in Ferid (dir.), Deutsche Landesreferate zum V. Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung in Brüssel, 1958, p. 59 et ss. ; *Esser* Vorverständnis und Methodenwahl, 1970, p. 99 et s.

⁴² Voir *Larenz/Canaris* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3^e éd. 1995, p. 310 et ss.

leistung » (prestation de service) employée par le législateur allemand pour définir le champ d'application du régime des contrats à distance (§ 312b, al. 1^{er} BGB), en transposition de la directive 97/7/CE (contrats à distance) suit la définition communautaire de l'art. 50 CE, qui englobe toute prestation à titre onéreux qui n'est pas la délivrance d'un bien, peu importe le caractère de la prestation.⁴³ Pourtant, la même notion « Leistung von Diensten » (prestation de services), employée par le législateur allemand dans le § 611 BGB lors de la définition du contrat de service, dans un contexte purement national, ne concerne ni les contrats d'entreprise, ni les contrats de bail, d'agence ou de mandat.⁴⁴ Cette dernière définition étroite est la conséquence d'une interprétation systématique du droit allemand, car pour tous ces autres contrats spéciaux, il existe des dispositions distinctes dans le BGB qui rendent inapplicable les dispositions sur le contrat de service.

Mais l'harmonisation communautaire pousse la relativité des notions juridiques encore plus loin : elle peut mener à des situations où même une seule notion, employée dans une seule norme, doit être interprétée de manière différente selon qu'elle est appliquée dans ou hors du domaine d'application du droit communautaire. On parle alors d'une « interprétation scindée » (« gespaltene Auslegung ») d'une seule notion.⁴⁵ Ce phénomène peut se montrer lorsqu'un législateur national décide d'appliquer le régime issu d'une directive au-delà du domaine d'application de cette dernière (transposition extensive ou élargissante).

Dans une telle hypothèse, la notion employée par le législateur national a deux fonctions : Dans le domaine d'application de la directive, elle transpose la volonté du droit communautaire, et elle donc soumise à l'obligation d'interprétation conforme. En dehors du domaine d'application de la directive, cette même notion ne transpose « que » la volonté du législateur national d'appliquer le même régime à des situations comparables.⁴⁶ Cette volonté du législateur national ne profite pas du principe de la primauté du droit communautaire ; elle ne peut donc notamment pas surmonter les limites posées par les droits fondamentaux nationaux – contrairement au droit communautaire.⁴⁷ Si alors la CJCE interprète le droit communautaire sous-jacent à une telle notion d'une manière « surprenante », cette interprétation est certes obligatoire dans le domaine d'application du droit communautaire, et le juge national doit s'y soumettre ; mais en dehors du domaine d'application, il n'y a plus d'obligation communautaire,⁴⁸ de sorte que le juge national n'est soumis qu'à la volonté du législateur national.⁴⁹

⁴³ Voir BeckOK/Schmidt-Räntsch § 312b n° 21.

⁴⁴ Voir BeckOK/Fuchs § 611 n° 10 et ss.

⁴⁵ Voir, p. ex., Gebauer in Gebauer/Wiedmann, Zivilrecht unter europäischem Einfluss, chap. 3, n° 23; Schmidt-Räntsch in Riesenhuber (dir.), Europäische Methodenlehre, § 23, n° 81 ; Habersack/Mayer, *ibidem*, § 15, n° 24 et ss.

⁴⁶ Voir Jäger thèse précitée, p. 55 et ss. ; Schnorbus, RabelsZ 65 (2001), 654, 661 et s.

⁴⁷ Sur ce dernier point, voir BVerfGE 89, 155, 174 et s. (Traité de Maastricht); BVerfGE 73, 339, 387 (Solange II) ; en France, le Conseil constitutionnel a, dans son arrêt du 19/11/2004 concernant le Traité constitutionnel, adopté le même point de vue.

⁴⁸ Voir CJCE, 16/03/2006, Rec. I-2505 (Poseidon Chartering), n° 17 et ss. ; 16/07/1998, Rec. I-4695 (ICI), n° 34 et s. ; 18/10/1990, Rec. I-3763 (Dzodzi) ; 17/07/1997, Rec. I-4161 (Leur-Bloem) ; 11/01/2001, Rec. I-207 (Kofisa) ; 07/01/2003, Rec. I-1 (BIAO).

Certes, cette volonté du législateur national va, dans la vaste majorité des hypothèses concernées, opter pour une interprétation cohérente de la notion employée, et donc pour l'extension de l'interprétation donnée par la CJCE aux situations en dehors du domaine d'application du droit communautaire. Au niveau de la terminologie, on peut appeler ce phénomène « interprétation *orientée vers* la directive » (« richtlinienorientierte Auslegung ») au lieu de « interprétation *conforme à* la directive » (« richtlinienkonforme Auslegung »), pour souligner qu'il s'agit d'une décision autonome du droit national et non pas d'une obligation communautaire.

Or, il y a des situations où l'argument tiré de la volonté du législateur national pour une interprétation uniforme ne l'emporte pas sur d'autres arguments dans le cadre de l'interprétation du droit national. Ainsi, l'interprétation donnée par la CJCE pour le droit communautaire peut s'avérer contraire aux droits fondamentaux de la constitution nationale.⁵⁰ Mais il existe également des arguments moins radicaux qui peuvent l'emporter contre l'argument de la cohérence. Cette question se pose actuellement en droit allemand par rapport à l'indemnité d'usage dans le cas du remplacement d'un bien non-conforme au contrat sous la directive 99/44/CE (vente de biens de consommation). Le législateur allemand avait, en 2002, pris la directive 99/44/CE comme base pour la réforme non seulement du droit entier de la vente (sans égard à la participation d'un consommateur), mais aussi du régime général de l'inexécution pour tous les types de contrat. Ainsi, le § 439 BGB contient les dispositions générales pour le remplacement d'un bien vendu qui s'avère non-conforme au contrat. Dans son 4^e alinéa, cette disposition renvoie au régime général de la résolution pour inexécution (§§ 346 à 348 BGB) pour l'obligation de l'acheteur de rendre le bien non-conforme au vendeur. Or, ces dispositions générales prévoient qu'après la résolution d'un contrat, chaque partie doit non seulement rendre tout ce qu'elle a obtenu en vertu du contrat, mais également verser une indemnité d'usage à l'autre partie, pour avoir eu une chose qui ne lui appartenait pas.

Maintenant, dans un arrêt du 17/04/2008, la CJCE a décidé que le droit au remplacement sans frais prévu dans l'art. 3, al. 2 de la directive 99/44/CE exclut l'obligation de l'acheteur de verser une indemnité d'usage au cas du remplacement d'un bien non-conforme.⁵¹ Comment transposer cet arrêt en droit allemand ? Il est évident d'emblée que le droit allemand doit être interprété conforme à la directive dans son domaine d'application, donc dans l'hypothèse d'une vente d'un bien meuble entre un vendeur professionnel et un acheteur consommateur, ce qu'a déjà fait la cour fédérale allemande.⁵² Mais les textes allemands concernés couvrent bien plus que cette hypothèse. Faut-il alors abandonner l'indemnité d'usage également dans les autres contrats de vente, conclus entre professionnels ? Et, puisque la disposition en question est le § 346, al. 1 BGB, qui s'applique à toute résolution d'un contrat, faut-il abandonner

⁴⁹ Sur ce point, voir *Jäger* thèse précitée, p. 104 et ss. ; *Riehm* GPR 2007, 134, 135 et s. ; *Bergé* RDC 2006, 873, 877 et s. ; *Habersack/Mayer* in *Riesenhuber* (dir.), *Europäische Methodenlehre* (Handbuch), § 15 n° 32 et ss. ; *Prokopf*, *Das gemeinschaftsrechtliche Rechtsinstrument der Richtlinie*, 2007, p. 154 et ss.

⁵⁰ Pour un exemple, voir *Riehm* in *Langenbacher* (dir.), *Europarechtliche Bezüge des Privatrechts*, § 4 n° 35 et s.

⁵¹ CJCE, 17/04/2008, Rec. I-2685 (Quelle AG / Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände).

⁵² BGH, 26/11/2008, VIII ZR 200/05 (www.bundesgerichtshof.de), n° 27 et s.

l'indemnité d'usage dans toute hypothèse de résolution d'un contrat, soit pour inexécution, soit en vertu d'une clause résolutoire ? Il nous semble sûr que non. Ceci ne serait pas la volonté du législateur allemand qui, en créant l'indemnité d'usage, avait bien vu qu'il y avait un problème éventuel par rapport à la directive 99/44/CE,⁵³ mais qui voulait limiter les dégâts causés par l'intervention du juge communautaire au strict minimum nécessaire pour venir à ses obligations communautaires.⁵⁴ Ceci mène à une interprétation scindée du § 439, al. 4 BGB, refusant l'indemnité d'usage dans l'hypothèse d'une vente de biens de consommation – y compris d'ailleurs là où la notion allemande de consommateur va au-delà de la notion communautaire –, mais la laissant intacte dans toutes les autres hypothèses. Le législateur allemand vient de confirmer cette interprétation scindée dans une loi récente qui reprend la solution trouvée par la BGH.⁵⁵

Conclusion

Les propos précédents avaient pour but de démontrer que l'harmonisation totale n'est pas si totale que cela. Même les directives d'harmonisation totale laissent une marge de manœuvre considérable aux États membres lors de la transposition, et quant à l'élargissement du domaine d'application du droit communautaire, et quant à la terminologie à employer par les autorités nationales. Mais ceci n'est pas qu'une bonne nouvelle : non seulement ces libertés (restreintes, certes) rendent-elles la transposition des directives d'harmonisation totale extrêmement complexe dès lors que l'État membre entend en profiter ; mais surtout elles font que les entraves juridiques au commerce transfrontalier que la Commission européenne voit dans la fragmentation des ordres juridiques en droit de la consommation subsistent. L'harmonisation totale ne peut donc, pour des raisons intrinsèques au droit communautaire, jamais atteindre les objectifs visés par la Commission. En vue de la proposition de la nouvelle directive horizontale, elle ferait bien d'abandonner ce concept afin d'éviter des dégâts considérables aux droits nationaux de la consommation sans contrepartie.

⁵³ Voir motifs du projet de réforme du droit des obligations, BT-Drs. 14/6040, p. 233 (= *Canaris Schuldrechtsmodernisierung 2002*, 2002, p. 848).

⁵⁴ Sur le débat intensif mené en Allemagne sur cette question, voir *S. Lorenz*, in: *MünchKomm-BGB*, 5^e éd. 2008, Vorb. § 474 n° 19; *Gsell NJW* 2003, 1969; *idem*, *JuS* 2006, 203; *W.-H. Roth JZ* 2001, 475, 489; *Beck-OK/Faust*, § 439 n° 33; *Herresthal NJW* 2008, 2475 et ss.

⁵⁵ Voir le nouveau § 474, al. 2, 1^e phrase BGB, introduit par l'art. 5 de la loi du 10/12/2008, BGBl. I, p. 2399, entré en vigueur le 16/12/2008.