

Le niveau élevé de protection des consommateurs au cœur de l'article 114 TFUE : au-delà de la déclaration d'intention?

Delphine MISONNE¹

Le Traité européen se réfère à plusieurs reprises à une expression aux consonances apaisantes, teintée d'idéalisme, celle d'un «niveau élevé de protection». La mention figure dans les articles consacrés aux principaux objectifs de l'Union européenne, à l'harmonisation des législations, à l'environnement, à la santé, à la protection des consommateurs, à l'éducation et à l'emploi². On la trouve dans la Charte des droits fondamentaux, en relation avec la protection de l'environnement, de la santé et des consommateurs³. Elle apparaît aussi au cœur de directives et de règlements, ainsi que dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne.

S'il est requis ou souhaité que le niveau de protection de certaines valeurs soit élevé, c'est qu'il n'existe pas une manière unique d'envisager cette protection. Or, une politique mue par une ambition de protection élevée ne conduit pas aux mêmes résultats qu'une politique de gestion *ad minimum* des valeurs concernées. La formule est donc potentiellement riche de sens. Pourtant, elle n'attire guère l'attention et fait l'objet de peu de commentaires. Elle est souvent hâtivement rangée dans la catégorie des déclarations d'intention, considérée au mieux comme un principe politique dénué de portée contraignante, au pire comme un épouvantail complaisant, comme un cachet que l'on appose par automatisme sur certains textes clefs pour leur conférer un surcroît de légitimité⁴.

L'observation des textes et de la jurisprudence révèle cependant que l'habit déclaratoire dont on affuble habituellement cette exigence d'un niveau de protection élevé est trop étroit. En effet, la locution commence à peser sur la manière dont les juridictions de l'Union interprètent les directives et les règlements européens. Un cran plus loin, certains

¹ Chargée de cours invitée aux Facultés universitaires Saint-Louis (Bruxelles).

² Voy. article 2 TUE, article 9 TFUE, article 114, § 3 TFUE, article 168 TFUE, article 169 TFUE, article 191, § 2 TFUE.

³ Articles 35, 37 et 38.

⁴ Comme l'exprime L. KRÄMER à propos de la notion telle que sollicitée, à ses débuts, dans certaines législations environnementales : «(the) institutions use the formula of a high level in its reversed order : whatever is proposed or adopted is considered to be a high level of environmental protection». L. KRÄMER, *EC Environmental Law*, Thomson-Sweet & Maxwell, 2003, 5^e ed., p. 12.

indices paraissent même l'inviter, non sans nuances, à baliser la marge d'appréciation décideur et à rejoindre, même si ce n'est que fort timidement encore, le bataillon c outils gouvernant le contrôle juridictionnel de ses actes. Il y a donc matière à investigati et à défrichage⁵.

Les quelques réflexions qui suivent se concentrent sur la notion de niveau élevé de protection des consommateurs, telle qu'elle figure au sein de l'article 114, § 3 du Traité sur fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), consacré au rapprochement d législations :

«La Commission, dans ses propositions prévues au paragraphe 1 en matière de santé, c sécurité, de protection de l'environnement et de protection des consommateurs, prer pour base un niveau de protection élevé en tenant compte notamment de toute nouvel évolution basée sur des faits scientifiques. Dans le cadre de leurs compétences respec tives, le Parlement européen et le Conseil s'efforcent également d'atteindre cet objectif»

I. Genèse

L'insertion de la notion d'un «niveau élevé de protection» dans le Traité européen résulte de la modification d'un quorum de vote. Jusqu'à l'Acte unique en 1987, les États bénéficiaient d'un droit de veto à l'égard des législations européennes contribuant à l'élaboration du marché commun. Ils avaient la possibilité de bloquer les réformes qui ne correspondaient pas à leurs aspirations et ne se privaient pas d'en faire usage⁶. La volonté d'échapper à ce droit de veto était donc particulièrement forte à l'aube de l'élargissement vers l'Europe des douze. Puisque l'objectif principal de l'Acte unique était de dynamiser la construction européenne en consolidant le marché intérieur, l'un des enjeux de la réforme fut de supprimer tous les motifs de paralysie. Le spectre de l'harmonisation accélérée fit cependant peur aux États du Nord qui, tels l'Allemagne et le Danemark, disposaient de législations nationales particulièrement soucieuses de protection de l'environnement, de la santé, de la sécurité et de protection des consommateurs. Une harmonisation à la majorité qualifiée signifiait que des normes communautaires pourraient leur être imposées sans leur consentement. Or, une disparité considérable caractérisait alors la manière dont les États membres de l'époque se préoccupaient de ces questions qualita-

⁵ Voy. D. MISONNE, *Droit européen de l'environnement et de la santé – L'ambition d'un niveau élevé de protection*, Anthemis-L.G.D.J., 2011, 450 p.

⁶ Ainsi, cette faculté de blocage fut mise en œuvre à l'égard de directives d'harmonisation techniques concernant le niveau acoustique d'engins de chantier. Proposées entre 1973 et 1978, il fallut attendre 1984 pour qu'elles puissent être adoptées par le Conseil. Elles furent d'abord bloquées par une réserve française liée à des considérations de politique commerciale, puis par le Danemark, qui craignait une baisse de protection de la qualité de son environnement. J. DE RUYT, *L'Acte Unique européen*, Bruxelles, éd. de l'ULB, Études européennes, 1989, p. 166.

tives. Le risque était grand que l'harmonisation envisagée ne se fasse en vertu du plus petit commun dénominateur, par un nivellement vers le bas⁷.

Ce souci bien prégnant fut absorbé par la voie d'un compromis, qui n'était absolument pas prévu à l'entame des négociations de l'Acte unique. En contrepoint du passage au quorum de vote à la majorité qualifiée, il est exigé que la Commission «prenne pour base» de ses propositions un niveau de protection élevé, dans les quatre matières préoccupantes : «La Commission, dans ses propositions prévues au paragraphe 1 en matière de santé, de sécurité, de protection de l'environnement et de protection des consommateurs, prend pour base un niveau de protection élevé» (art. 100A, §3).

Les propositions d'amendement formulées initialement étaient beaucoup plus fortes, mais elles ne parvinrent pas à susciter l'adhésion. Ainsi, l'Allemagne proposait la mise en place d'un veto sélectif, qui aurait posé comme condition nécessaire à l'adoption d'une norme le vote favorable de l'État disposant du standard le plus élevé, considérant que si des directives adoptées à la majorité qualifiée avaient pour effet de réduire dans ces domaines le niveau de protection établi par la législation d'un État membre, «les suffrages exprimés en faveur de cette directive devraient comprendre le vote favorable de cet État membre». Une autre proposition, qui était d'imposer à la Commission de prendre pour base «le niveau le plus élevé», ne fut pas non plus retenue⁸. Enfin, le Royaume-Uni et l'Irlande, qui redoutaient que l'harmonisation communautaire ne porte préjudice à la protection de la santé tant humaine qu'animale et végétale qui, pour leur territoire à carac-

⁷ V. CONSTANTINESCO *et al.*, *Traité instituant la CEE – Commentaire article par article*, Economica, 1992, p. 567; J. DE RUYT, *op. cit.*, p. 170; C. GULMAN, «The Single European Act – Some Remarks from a Danish Perspective», *CMLR*, 24, 1987, p. 31; W. KAHL, *Umweltprinzip und Gemeinschaftsrecht. Eine Untersuchung zur Rechtsidee des «bestmöglichen Umweltschutzes im EWG-Vertrag*, Ausburger Rechtsstudien, Müller, Heidelberg, vol. 17, 1993; H.G. SEVENSTER, *Milieubeleid en gemeenschapsrecht*, Kluwer, Deventer, 1992, pp. 20-22. L'expérience passée confortait d'ailleurs la pertinence de ces craintes, au vu des quelques initiatives européennes qui avaient déjà été prises en relation avec la sphère environnementale mais dont le moteur était économique, nourri par un souci de mettre de l'ordre dans des matières techniques susceptibles de créer des obstacles à l'accès aux marchés nationaux. Ainsi, en 1972, les premières mesures concernant le rapprochement de la teneur en plomb dans l'essence étonnèrent dès lors que la Commission européenne proposa, comme base de la négociation, une norme trois fois moins sévère que la norme allemande en vigueur. Déjà en 1971, certains parlementaires s'en inquiétaient, posant la question de savoir «quand la Commission fera-t-elle sienne, notamment dans le vaste domaine de la protection de l'environnement, le principe selon lequel la protection de la santé de l'ensemble de la population a priorité absolue sur les intérêts économiques de quelques fabricants, et qu'en conséquence une harmonisation des législations nationales doit avoir lieu dans le sens du régime le plus apte à préserver la santé publique, Question écrite n° 209.71 de M. BOERSMA, J.O.C.E., 1972, C-321/I. F. CABALLERO en devient très amer à l'encontre de cette emprise européenne sur la sphère environnementale, qu'il décrit comme inutile, contradictoire, et même nuisible, au vu de l'expérience passée, incapable de dépasser la «contradiction inhérente entre l'objectif de suppression des obstacles aux échanges commerciaux et celui de promotion des efforts en faveur de l'environnement»; F. CABALLERO, *Essai sur la notion juridique de nuisance*, Paris, L.G.D.J., pp. 147-149.

⁸ Conseil européen, *Commentaire de l'Acte unique européen en matière d'environnement*, texte élaboré à Bonn le 19 mars 1987 (rapporteur : Mme Pascale Kromarek), *RJE*, 1-1988, p. 75.

rière insulaire, était déjà régi par des dispositions très spécifiques, proposèrent de maintenir l'exigence de l'unanimité pour ces matières qui feraient figure d'exception, ou d'insérer une dérogation liée à l'insularité. Ces propositions furent rejetées en raison de résurgence annoncée du risque de blocage et de la source de discrimination que pour créer une telle situation exceptionnelle.

Pour certaines matières telles que l'environnement et la santé, mais non la protection des consommateurs, un mécanisme dérogatoire voit aussi le jour au profit des États qui, insatisfaits de la norme harmonisée adoptée, souhaiteraient maintenir leur propre législatif moyennant l'accord de la Commission : il sera possible, à certaines conditions, d'appliquer certaines mesures nationales offrant une protection renforcée⁹. Il en résultera qu lorsque l'harmonisation européenne a pour moteur le marché commun et la suppression des barrières techniques aux échanges commerciaux, l'environnement partagera avec la protection du milieu de travail et l'ensemble des enjeux visés à l'article 36 TFUE, tels la santé ou la moralité publique, la possibilité de faire jouer des clauses dérogatoires. En ce cas d'harmonisation dite exhaustive, une demande de dérogation au cas par cas pourra être sollicitée par l'État qui souhaite moduler son niveau de protection. Par contre, cette possibilité de sortie est radicalement inexistante pour un intérêt tel que la protection des consommateurs. Il en résulte, encore aujourd'hui, des schémas jurisprudentiels très différents, selon le type de matière traitée¹⁰.

⁹ Article 100 A, §4 : «Lorsque, après l'adoption d'une mesure d'harmonisation par le Conseil, statuant à la majorité qualifiée, un État membre estime nécessaire d'appliquer des dispositions nationales justifiées par des exigences importantes visées à l'article 36 ou relatives à la protection du milieu de travail ou de l'environnement, il les notifie à la Commission. La Commission confirme les dispositions en cause après avoir vérifié qu'elles ne sont pas un moyen de discrimination arbitraire ou une restriction déguisée dans le commerce entre États membres. Par dérogation à la procédure prévue aux articles 169 et 170, la Commission ou tout État membre peut saisir directement la Cour de justice s'il estime qu'un autre État membre fait un usage abusif des pouvoirs prévus au présent article».

¹⁰ Dès lors que l'environnement est en jeu, la Cour se focalise sur ces clauses dérogatoires de l'ex-article 95 CE (114 TFUE) et les teste généralement jusqu'à leurs derniers retranchements, vérifiant la présence de motifs de dérogation tels que la démonstration d'une situation spécifique à l'État membre, qui surgit après l'adoption de la mesure d'harmonisation (voy. aff. T-366/03 et T-235/04, 5 octobre 2005, *Land Oberösterreich & Autriche c. Commission*). En cas d'harmonisation maximale portant sur la protection des consommateurs, la Cour est par contre toute entière absorbée dans l'analyse des éventuelles latitudes conférées par le droit dérivé lui-même, ignorant complètement la question de l'espace éventuellement conféré par le droit primaire, à juste titre bien sûr car, en ce domaine précis, en cas d'harmonisation basée sur l'article 114 TFUE, il n'y en a pas. Ainsi, dans un arrêt *VAB-VTB* du 23 avril 2009 concernant les pratiques commerciales et la législation belge qui interdisait jusqu'il y a peu les offres conjointes, la Cour ne se soucie pas du tout de la base légale de la directive en cause mais se préoccupe directement de ce que dit cette directive : «il convient de rappeler, tout d'abord, que la directive vise à établir, conformément à ses cinquième et sixième considérants ainsi qu'à son article 1^{er}, des règles uniformes relatives aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs, afin de contribuer au bon fonctionnement du marché intérieur et d'assurer un niveau élevé de protection de ces derniers. La directive procède, ainsi, à une harmonisation complète desdites règles au niveau communautaire. Dès lors, comme le prévoit expressément l'article 4 de celle-ci et

Les commentaires doctrinaux de l'époque sont frileux quant au sens qu'il convient d'accorder à cette notion de «niveau élevé de protection» soudain installée au cœur de l'article 100A. Le niveau élevé serait celui qui n'entraîne pas d'efforts inacceptables de la part des États membres, conformément à l'idée de compromis qui anime l'article 8 CE, selon lequel la Commission, lors de la formation de ses propositions, tient compte de l'ampleur de l'effort que certaines économies devront supporter au cours de la période d'établissement du marché intérieur. Pour H.J. Glaesner¹¹, l'obligation faite à la Commission de prendre pour base un niveau de protection élevé «ne signifie pas évidemment que les propositions de la Commission et les décisions correspondantes du Conseil doivent être adaptées au niveau de protection le plus élevé existant dans l'un des États membres. Au contraire», dit l'auteur, «il s'agira de fixer le niveau de protection prévu par des dispositions communautaires de telle manière que la charge pesant sur les États membres ayant un niveau de protection plus faible reste acceptable et que, d'autre part, l'abaissement du niveau de protection élevé dans un État membre n'entraîne pas de difficultés politiques». La tendance est à la réjouissance. Ravis du coup d'accélérateur qui est ainsi donné à l'harmonisation des législations dans la perspective de la consolidation du grand marché, il ne faudrait pas que cette exigence de niveau, insérée à la sauvette comme condition du passage à la majorité qualifiée, ne devienne elle-même un nouvel obstacle à cette harmonisation, par la charge trop lourde qu'elle pourrait imposer à certains des États membres, en particulier les nouveaux États du sud¹². Il en résulte que la doctrine soucieuse des valeurs qualitatives, dont la protection de l'environnement, s'affiche elle-même sceptique quant à la valeur ajoutée de ce nouveau concept, méfiante face à la perspective que le décideur européen s'en empare allègrement pour labelliser tout ce qu'il entreprend sous le sceau de ce fameux niveau élevé de protection, quel qu'en soit le contenu¹³.

contrairement à ce qu'affirment VTb et le gouvernement français, les États membres ne peuvent pas adopter des mesures plus restrictives que celles définies par la directive, même aux fins d'assurer un degré plus élevé de protection des consommateurs» (aff. C-261/07, 23 avril 2009, VTb-VAB et aff. C-299/07, 23 avril 2009, Galatea/Sanoma, sur question préjudicielle, 1^{re} ch., points 51 et 52). La Cour y lit, à l'invitation de l'avocat général, que les mesures harmonisées règlent entièrement la matière et que l'activité incriminée fait bien partie de leur champ d'application. Il n'est pas pertinent qu'elle se soucie de vérifier si la particularité de la législation belge aurait pu être justifiée en vertu de l'article 95, §4 CE (114, §4 TFUE) qui autorise le maintien de certaines dispositions nationales préexistantes, pour des raisons liées à la défense de valeurs qualitatives, puisque cette démarche n'est pas autorisée à l'égard de la protection des consommateurs. Le seul espace de différenciation que laisse entrevoir la Cour réside dans le type de liste auquel recourt la directive en cause : si la liste des pratiques commerciales n'avait pas été présentée comme exhaustive, peut-être y aurait-il eu là un petit espace favorable au maintien d'une différenciation.

¹¹ H.J. GLAESNER, «L'Acte Unique Européen», *Revue du Marché Commun*, n° 298, juin 1986, p. 312.

¹² P. PESCATORE, «Some Critical Remarks on the Single European Act», *CMR*, 1986, 9-18.

¹³ L. KRÄMER, «Das "Hohe Schutzniveau" für die Umwelt in EG-Vertrag», *Zeitschrift für Umweltrecht*, 6, 1997, pp. 303-308.

II. Incidence sur la jurisprudence

La référence au niveau élevé de protection, telle qu'inscrite au cœur de l'article 1 TFUE et de ses ancêtres les articles 100A CEE et 95 CE n'a pourtant pas tardé à susciter l'intérêt du juge européen.

A. Le niveau élevé de protection comme garant de la légitimité du recours à l'article 114 TFUE

La notion de niveau élevé de protection joue aussi un rôle de garant de la légitimité des mesures d'harmonisation des législations, fondées sur l'ex-article 100A CEE, qui aura une incidence sur des matières pour lesquelles une harmonisation est pourtant interdite. Le contexte, celui de la protection de la santé, est particulier : déjà dans les années nonante, il s'agit d'un domaine pour lequel le Traité CE exclut les harmonisations, sauf : cas particulier des mesures phytosanitaires et vétérinaires et celui des normes portant sur le sang, les organes et substances d'origine humaine¹⁴. En matière de santé, l'Europe est dotée d'un rôle d'impulsion et d'appui, elle ne doit en principe pas se substituer à l'action des États membres. Pourtant, des normes harmonisées sont adoptées en relation avec le domaine de la santé. La Cour précise que si l'ex-article 152 CE exclut toute harmonisation des dispositions législatives et réglementaires des États membres visant à protéger et à améliorer la santé humaine, cette disposition n'implique cependant pas que des mesures d'harmonisation adoptées sur le fondement d'autres dispositions du traité ne puissent pas avoir une incidence sur la protection de la santé humaine. Il faut évidemment que l'acte concerné ait effectivement pour objet l'amélioration des conditions de l'établissement et du fonctionnement du marché intérieur mais, lorsque cette condition est remplie, le législateur communautaire ne saurait être empêché de se fonder sur l'article 100A CE du fait que la protection de la santé publique est déterminante dans les choix à faire : «Au contraire, l'article 129, paragraphe 1, troisième alinéa, du traité (devenu, après modification, article 152, paragraphe 1, troisième alinéa, CE) prévoit que les exigences en matière de protection de la santé sont une composante des autres politiques de la Communauté et l'article 100A, paragraphe 3, du traité exige de façon expresse que, dans l'harmonisation réalisée, un niveau élevé de protection de la santé des personnes soit garanti»¹⁵, nous dit

¹⁴ Article 152, §4 CE, actuellement article 168 TFUE.

¹⁵ Aff. C-376/98, 5 octobre 2000, *Allemagne c. Parlement et Conseil*, Rec., p. I-2247, point 88 : «En outre, dès lors que les conditions du recours aux articles 100 A, 57, paragraphe 2, et 66 comme base juridique se trouvent remplies, le législateur communautaire ne saurait être empêché de se fonder sur cette base juridique du fait que la protection de la santé publique est déterminante dans les choix à faire. Au contraire, l'article 129, paragraphe 1, troisième alinéa, prévoit que les exigences en matière de protection de la santé sont une composante des autres politiques de la Communauté et l'article 100 A, paragraphe 3, exige de façon expresse que, dans l'harmonisation réalisée, un niveau élevé de protection de la santé des personnes soit garanti».

la Cour. En combinant la référence à l'ancien article 152 CE, stipulant qu'«un niveau élevé de protection de la santé humaine est assuré dans la définition et la mise en œuvre de toutes les politiques et actions de la Communauté», à l'évocation de l'exigence de niveau élevé de protection que contient l'ex-article 100A, la Cour semble considérer que l'empiètement est logique et autorisé. La clause d'intégration suppose que la santé investisse d'autres champs et, parallèlement, le libellé de l'ex-article 114 en conforterait l'ambition. La Cour en semble à ce point convaincue que, dans son affirmation d'apparence descriptive de l'article 100A, elle en renforce en réalité considérablement le sens puisqu'elle n'en respect pas la lettre : elle le fait basculer d'une obligation de moyen («prend pour base un niveau de protection élevé») vers une obligation de résultat («soit garanti»), laissant de côté toute idée de cantonner le libellé de cet article à une interprétation qui en respecterait servilement le pied de la lettre (prendre pour base). Ce n'est cependant pas le souci de renforcer la protection de la santé qui l'animait dans cette interprétation, mais bien le besoin de trancher un conflit de base légale, en magnifiant le potentiel de l'article 100A, pour démontrer le sérieux avec lequel il s'empare de la dimension qualitative¹⁶. Elle avait d'ailleurs déjà recouru précédemment à l'argument du niveau élevé de protection pour trancher un tel conflit d'assise juridique, dès 1991, dans l'affaire *Dioxyde de titane*¹⁷, mais elle l'avait alors cité selon son libellé authentique.

La dynamisation de cette référence à la protection de la santé semble prendre appui sur la dimension «intégrante» qui caractérise la base légale relative à la politique européenne de la santé, d'abord assez mollement (les exigences en matière de protection de la santé sont une composante des autres politiques de la Communauté), mais avec une connotation plus forte ensuite, à partir du Traité d'Amsterdam (un niveau élevé de protection de la santé humaine est assuré dans la définition et la mise en œuvre de toutes les politiques et actions de la Communauté). En effet, dans les arrêts subséquents où l'obligation de garantir un

¹⁶ Au-delà de ce potentiel, la Cour constate cependant que la directive en cause ne présente pas les caractéristiques requises pour garantir l'amélioration du marché intérieur et la libre circulation des produits, principalement parce qu'elle maintenait expressément le pouvoir des États membres d'adopter des mesures plus strictes pour la protection des personnes, ce qui est contraire à l'esprit d'harmonisation que régit l'article 100A. La Cour annule la directive en cause.

¹⁷ Aff. C-300/89, 11 juin 1991, *Dioxyde de titane*, Rec., p. I-02867. L'argument qui fait définitivement pencher son appréciation en faveur de l'article 100A est celui de l'obligation qui est faite à la Commission de prendre pour base de ses propositions un niveau de protection élevé. La Cour y lit la démonstration que les objectifs de protection de l'environnement peuvent être poursuivis efficacement par le biais de mesures fondées sur l'article 100A, l'exigence de niveau de protection imposé à la Commission étant considéré comme le gage de cette efficacité : «Il convient de relever, enfin, que l'article 100A, paragraphe 3, oblige la Commission, dans ses propositions de mesures relatives au rapprochement des législations des États membres, qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur, à prendre pour base un niveau de protection élevé, notamment en matière de protection de l'environnement. Cette disposition indique donc, expressément, que les objectifs de protection de l'environnement visés à l'article 130R peuvent être poursuivis efficacement au moyen de mesures d'harmonisation arrêtées sur le fondement de l'article 100A», point 24.

niveau élevé de protection révèle soudain son profil d'*obiter dictum*, l'articulation en les deux dispositions est une constante : la Cour rappelle d'abord l'exigence d'intégration pour affirmer ensuite que l'article 95 CE exige de façon expresse qu'un niveau élevé de protection soit garanti. C'est le cas dans un autre arrêt concernant le tabac, *British American Tobacco*, du 10 décembre 2002¹⁸, sur question préjudicielle. C'est aussi le cas dans un arrêt *Allemagne c. Parlement et Conseil* concernant la publicité pour le tabac de 2006¹⁹ et dans l'arrêt *Alliance for Natural Health*²⁰ en 2005. Cette obligation «garantir» un niveau élevé de protection est encore affirmée dans un autre contexte dans l'arrêt *Arômes de fumées* en 2005²¹. Il y est également question de l'adéquation d'une base légale, mais aussi et surtout de la notion même d'harmonisation. La Cour estime qu'un rapprochement des modes d'analyse de la sécurité des produits correspond bien l'objectif assigné à l'article 95, §3, qui est d'assurer un niveau élevé de protection de la santé.

Cette jurisprudence insiste encore sur le fait que l'article concerné, aujourd'hui numéroté article 114 TFUE, habilite le législateur communautaire à intervenir «en arrêtant les mesures appropriées dans le respect, d'une part, du paragraphe 3 dudit article et, d'autre part, des principes juridiques mentionnés dans le traité CE ou dégagés par la jurisprudence, notamment du principe de proportionnalité»²². L'harmonisation n'est donc admissible que si elle correspond, au fond, à la poursuite d'un niveau élevé de protection des intérêts qualitatifs concernés, tout en procédant au gommage des différences qui pourraient exister entre les différentes législations des États membres. Le législateur doit en effet tenir compte du §3 de l'article, qui est bien celui qui impose la prise en compte et la

¹⁸ Aff. C-491/01, 10 décembre 2002, *British American Tobacco (Investments) et Imperial Tobacco*, Rec., p. I-11453, point 62.

¹⁹ Aff. C-380/03, 12 décembre 2006, *Allemagne c. Parlement et Conseil* (publicité pour le tabac II), points 40-41, gde ch., sur recours en annulation : «Il convient de souligner que l'article 152, paragraphe 1, premier alinéa, CE prévoit qu'un niveau élevé de protection de la santé humaine est assuré dans la définition et la mise en œuvre de toutes les politiques et actions de la Communauté et que l'article 95, paragraphe 3, CE exige de façon expresse que, dans l'harmonisation réalisée, un niveau élevé de protection de la santé des personnes soit garanti».

²⁰ Dans son arrêt *Alliance for Natural Health* du 12 juillet 2005, sur question préjudicielle (aff. C-154/04 et C-155/04, 12 juillet 2005, *Alliance for Natural Health*, Rec., p. I-6451, point 31), la Cour réaffirme qu'il y a lieu de souligner que l'article 152, paragraphe 1, premier alinéa, CE prévoit qu'un niveau élevé de protection de la santé humaine est assuré dans la définition et la mise en œuvre de toutes les politiques et actions de la Communauté et que l'article 95, §3, CE exige de façon expresse que, dans l'harmonisation réalisée, un niveau élevé de protection de la santé des personnes soit garanti.

²¹ Aff. C-66/04, 6 décembre 2005, *Royaume-Uni et Irlande c. Parlement et Conseil, Arômes de fumée*, Rec., p. I-10553, point 46, sur recours en annulation.

²² L'arrêt confirme, sur ce point, les enseignements des aff. C-491/01, 10 décembre 2002, *British American Tobacco*, point 62; aff. C-434/02, 14 décembre 2004, *Arnold André GmbH & Co KG c. Landrat des Krieses Herford*; aff. C-210/03, 14 décembre 2004, *Swedish Match*, C-210/03; aff. C-154/04 et C-155/04, 12 juillet 2005, *Alliance for Natural Health*.

poursuite d'un niveau élevé de protection et, ensuite, les principes juridiques mentionnés dans le traité qui, ici, ne peuvent écarter le contenu de l'ex-article 152 CE et son exigence d'intégration d'un niveau élevé de protection de la santé dans toutes les politiques, car cet article pose l'assise de son raisonnement.

On est bien loin de l'impression selon laquelle l'inscription de cette exigence de niveau au sein de l'article 114 TFUE ne serait que vaguement programmatique.

B. Le niveau élevé de protection comme élément d'appréciation de la marge de manœuvre dont disposent les États membres face aux normes harmonisées

Dans l'affaire *Quelle* du 17 avril 2008²³ portant sur la protection des consommateurs, la référence au niveau élevé de protection que contient l'article 95 CE, combinée à la clause d'intégration que contient l'article 153 CE, pèse sur la décision de la Cour. D'emblée, au point 3 de son arrêt, elle précise que «la directive a été adoptée sur le fondement de l'article 95 CE. Son premier considérant rappelle que, conformément à l'article 153, paragraphes 1 et 3, CE, la Communauté européenne doit assurer un niveau élevé de protection aux consommateurs par le biais des mesures qu'elle adopte en application de l'article 95 CE».

L'activation de l'ex-article 95 CE n'est-elle donc plus dissociable de la nécessité d'assurer un niveau élevé de protection, là où pourtant le pied de la lettre de cet article est bien moins ferme. Ceci, à nouveau, par l'effet de la clause d'intégration liée, cette fois, à la protection des consommateurs.

Les faits de l'affaire en cause ne semblent pas à la mesure des enjeux qu'ils soulèvent : au cours du mois d'août de l'année 2002, la société *Quelle* a livré à Mme Brüning, pour son usage privé, un «ensemble de cuisson», acheté par correspondance; deux ans plus tard, la cliente constate que l'appareil était affecté d'un défaut de conformité. Une réparation étant impossible, Mme Brüning a retourné l'appareil à la société, qui l'a remplacé par un appareil neuf. Cette société a toutefois exigé que Mme Brüning lui verse une somme de 69,97 euros à titre d'indemnité pour les avantages qu'elle avait retirés de l'utilisation de l'appareil livré initialement.

Un vendeur a-t-il droit, en cas de remplacement d'un bien non conforme, à une indemnité en compensation des avantages que l'acquéreur a retirés de l'usage de ce bien jusqu'à son remplacement par un nouveau bien? N'y a-t-il pas là une incompatibilité avec le libellé de la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil, du 25 mai 1999, sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation²⁴? La Cour est

²³ Aff. C-404/06, 17 avril 2008, *Quelle*, sur question préjudicielle.

²⁴ J.O. L 171, p. 12. L'article 3 de cette directive prévoit qu'en cas de défaut de conformité, le consommateur a droit soit à la mise du bien dans un état conforme, sans frais, par réparation ou remplacement, soit à une

confrontée à la question de savoir si l'exigence de gratuité de la mise en conformité, bien par le vendeur est un élément essentiel du régime de protection instauré par la directive ou si les États membres, l'Allemagne en l'espèce, peuvent y déroger. Pour la Cour, la prévalence de la gratuité est conforme, d'une part, au souhait du législateur d'assurer une protection effective du consommateur²⁵ mais aussi, d'autre part, à la finalité de la directive qui, ainsi que l'indique le premier considérant de celle-ci, est de garantir un niveau élevé de protection des consommateurs²⁶. Si les États membres peuvent adopter des positions plus strictes en raison du fait que l'article 8 de la directive stipule que la protection qu'elle prévoit n'est que minimale, ils ne sauraient pour autant porter atteinte aux garanties prévues par le législateur communautaire, parmi lesquelles cette exigence de gratuité. La question est résolue en faveur du consommateur, qui a droit au remplacement sans frais d'un appareil défectueux acquis par correspondance, parce que non seulement la directive exprime la volonté que ce consommateur soit protégé de manière effective mais, en outre, parce que cette interprétation est conforme à la finalité de la directive, à savoir de garantir un niveau élevé de protection des consommateurs²⁷.

Par contre, la référence à l'objectif d'un niveau élevé de protection n'est d'aucun secours aux requérants qui, face à certaines harmonisations exhaustives, voudraient en renforcer l'ambition. En matière de protection des consommateurs, en cas d'harmonisation fondée sur l'article 114 TFUE, l'État membre ne peut prendre l'initiative de renforcer le régime commun, à son propre niveau, s'il n'y est pas invité par le libellé de la directive ou le règlement qui le lie; les bonnes intentions de l'État membre ne suffisent pas à amollir le cadenas d'une harmonisation maximale et complète. Dans une affaire portant sur la directive relative à la responsabilité des produits défectueux, en 2002, le Gouvernement français estimait que la directive, fondée sur l'ancien article 100 CEE, devait être interprétée «à la lumière de l'importance croissante prise par la protection des consommateurs dans la Communauté, telle qu'elle se reflète, dans son dernier état, dans l'article 153 CE. La formulation de l'article 13 de la directive, qui utilise le terme "droits", attesterait que celle-ci ne vise pas à empêcher la réalisation d'un niveau national de protection plus élevé. Cette analyse serait également corroborée par le fait que la directive elle-même permet aux États membres de s'écarter sur certains points des règles qu'elle fixe²⁸». La Cour reste inflexible, précisant que l'ex-article 100 CEE ne prévoit aucune possibilité de dérogation et que les possibilités de dérogations que contient l'ex-article 153 CE ne s'appli-

qu'à la réduction adéquate du prix ou à la résolution du contrat en ce qui concerne ce bien. Dans un premier temps, le consommateur a le droit d'exiger du vendeur la réparation du bien ou son remplacement, dans les deux cas sans frais, à moins que cela ne soit impossible ou disproportionné.

²⁵ Aff. *Quelle*, point 35.

²⁶ Points 3 et 36.

²⁷ Point 36.

²⁸ Aff. C-52/00, 25 avril 2002, *Commission c. France*, point 15, sur recours en manquement (6^e ch.), point 13.

quent en aucun cas aux hypothèses d'harmonisation : l'ex-article 153 CE ne saurait être invoqué pour justifier une interprétation de la directive selon laquelle celle-ci viserait à une harmonisation minimale des législations des États membres, qui ne pourrait empêcher l'un de ceux-ci de conserver ou d'adopter des mesures de protection plus strictes que les mesures communautaires. En effet, la compétence conférée à cet effet aux États membres par l'ex-article 153, paragraphe 5, CE ne concerne que les mesures qui appuient et complètent la politique menée par les États membres et qui en assurent le suivi. Une telle compétence ne concerne pas les mesures adoptées en application de l'ex-article 95 CE dans le cadre de la réalisation du marché intérieur.

La France teste encore la validité de ce moyen à l'occasion des affaires jointes *VTB-VAB* et *Galatea*, traitant de pratiques commerciales et de protection des consommateurs : la prohibition nationale de la pratique de l'offre conjointe partagerait avec la directive en cause un objectif de protection des consommateurs, qu'elle vient renforcer, ce qui la rendrait acceptable²⁹. La Cour rejette le moyen en considérant que la clause de libre circulation inscrite au cœur de la directive vaut en toutes circonstances, même s'il s'agit de renforcer la protection offerte : « une règle du type de celle en cause au principal se heurte au contenu de l'article 4 de la directive qui interdit expressément aux États membres de maintenir ou d'adopter des mesures nationales plus restrictives, même lorsque de telles mesures visent à assurer un niveau de protection plus élevé des consommateurs³⁰ ». Cet enseignement est encore répété dans les affaires *Plus Warenhandels-gesellschaft*³¹ et, prononcée par la grande chambre, *Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag*³² en 2010. Le souci du niveau élevé de protection doit donc jouer plus en amont, dès la négociation et l'adoption de la norme, ceci tant pour garantir une protection optimale des intérêts qualitatifs concernés que pour éviter que la norme harmonisée se heurte à un tir groupé de récriminations, de la part des États qui, peu attentifs au moment décisif de la négociation, se sentiraient piégés par la suite. Face à une harmonisation complète, les bonnes intentions d'un État membre, qui souhaiterait contribuer à l'effort d'assurer un « niveau élevé de protection des consommateurs » que s'assigne pourtant à elle-même l'Union européenne, ne semblent, jusqu'à ce jour, d'aucun secours.

²⁹ Aff. C-261/07, 23 avril 2009, *VTB-VAB* et aff. C-299/07, 23 avril 2009, *Galatea Sonoma*.

³⁰ Points 52 et 63.

³¹ Aff. C-304/08, 14 janvier 2010, *Zentrale c. Plus Warenhandels-gesellschaft mbH (Lottoblock)*, sur question préjudicielle (1^{re} ch.), point 41.

³² Aff. C-540/08, 9 novembre 2010, *Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag*, sur question préjudicielle, prononcé en grande chambre, points 30 et 37.

C. Un élément d'interprétation du droit dérivé lié à la protection des consommateurs, au-delà de l'article 114 TFUE

La référence au niveau élevé de protection joue également un rôle dans d'autres affaires concernant tout autant la protection des consommateurs, sans cependant que la base légale concernée soit l'article 114 TFUE.

Ainsi en va-t-il de l'arrêt *Sturgeon* du 19 novembre 2009³³, concernant le droit à indemnisation dont peuvent bénéficier les passagers en cas de retard de leur avion. La question de la discrimination au regard des conditions plus généreuses offertes aux victimes l'annulation d'un vol était posée. La Cour trouve dans la similitude de protection motivée l'encadrement juridique des deux situations que sont le retard et l'annulation élément *a priori* favorable au traitement identique des deux hypothèses : « Cela est implicitement corroboré par l'objectif du règlement n° 261/2004 dès lors qu'il ressort des premiers à quatrième considérants de ce règlement, et notamment du deuxième de ces considérants, que ledit règlement vise à garantir un niveau élevé de protection aux passagers aériens indépendamment du fait qu'ils se trouvent dans une situation de refus d'embarquement, d'annulation ou de retard de vol, puisqu'ils sont tous victimes de difficultés de désagréments sérieux similaires liés au transport aérien. Il en est *a fortiori* ainsi du lors que les dispositions octroyant des droits aux passagers aériens, y compris celle octroyant un droit à indemnisation, doivent être interprétées largement. Dans ces circonstances, il ne saurait être d'emblée présumé que les passagers de vols retardés sont privés d'un droit à indemnisation et ne peuvent être assimilés aux passagers de vols annulés aux fins de la reconnaissance d'un tel droit³⁴ ». L'argument du niveau élevé de protection qui constitue l'assise essentielle de la réglementation en cause fait ensuite définitivement balancer la solution du litige en faveur d'une assimilation des deux hypothèses factuelles quant à leurs conséquences en termes d'indemnisation : « les préjudices subis par les passagers aériens en cas d'annulation ou de retard important étant analogues, sauf à ce qu'il soit porté atteinte au principe d'égalité de traitement, les passagers de vols retardés et ceux de vols annulés ne sauraient être traités d'une manière différente. Il en est ainsi *a fortiori* au regard du but recherché par le règlement n° 261/2004 qui est d'accroître la protection de tous les passagers aériens ».

L'objectif d'un niveau élevé de protection, indéniablement, pèse donc sur la recherche de solutions lors de litiges portant sur l'interprétation d'actes communautaires portant sur la protection des consommateurs, en particulier ceux qui voyagent en avion³⁵. Ce n'est tou-

³³ Aff. C-402/07 et 432/07, 19 novembre 2009, *Sturgeon c. Condor*, sur question préjudicielle (4^e ch.). Points 44 à 46.

³⁵ Voy. aussi : aff. C-344/04, 10 janvier 2006, *IATA & ELFAA*, sur question préjudicielle, rendu en grande chambre, point 69; C-549/07, 22 décembre 2008, *Wallentin c. Alitalia*, sur question préjudicielle (4^e ch.).

tefois pas toujours le cas. En 2008, dans un arrêt *Hamilton* portant sur la directive concernant le démarchage à domicile³⁶, la Cour ne se réfère absolument pas à l'exigence de niveau élevé de protection, qui anime la politique européenne de protection des consommateurs, pour juger de la sévérité avec laquelle les États membres doivent interpréter la notion de «mesures appropriées visant à protéger le consommateur», ce qui la mène à emprunter des chemins en sens inverse : «par ailleurs, le terme "appropriées", à ladite disposition, indique que lesdites mesures ne visent pas une protection absolue des consommateurs. En effet, la marge d'appréciation dont disposent les États membres doit être exercée en conformité tant avec l'objectif principal de la directive sur le démarchage à domicile qu'avec les autres dispositions de celle-ci. S'il est vrai que la directive sur le démarchage à domicile a pour objectif principal la protection du consommateur, il convient de souligner que tant l'économie générale que le libellé de plusieurs dispositions de cette directive indiquent que ladite protection est soumise à certaines limites³⁷». Un peu comme s'il convenait de laisser aussi sa chance au démarcheur.

La Cour réajustera cependant rapidement sa jurisprudence. Dans un arrêt postérieur concernant la même directive, *Martin Martin*, prononcé en 2009 par la même chambre³⁸, elle précise que la notion de «mesures appropriées visant à protéger le consommateur» reconnaît aux autorités nationales une marge d'appréciation quant à la détermination des conséquences à tirer d'un défaut d'information à l'égard du consommateur, *pour autant que celle-ci soit exercée en conformité avec l'objectif de la directive afin de sauvegarder la protection reconnue aux consommateurs dans des conditions adéquates par rapport aux circonstances propres de l'espèce*. Puisque la directive prévoit expressément que les États membres adoptent ou maintiennent des dispositions encore plus favorables en matière de protection des consommateurs dans le domaine couvert par elle, une mesure nationale, telle que celle envisagée par la juridiction de renvoi, consistant à déclarer la nullité du contrat litigieux, peut être qualifiée d'«appropriée» en ce qu'elle sanctionne la méconnaissance d'une obligation dont le respect est essentiel *aux fins de la formation de la volonté du consommateur et de la réalisation du niveau de protection voulu par le législateur communautaire*³⁹. L'arrêt fait encore mention de l'effet utile qu'il convient de conférer à la démarche de protection des consommateurs voulue par le législateur communautaire⁴⁰.

³⁶ Directive 85/577/CEE du Conseil, du 20 décembre 1985, concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux, J.O. L 372, p. 31, connue comme la directive sur le démarchage à domicile, article 8.

³⁷ Aff. C-412/06, 10 avril 2008, *Annelore Hamilton c. Volksbank*, sur question préjudicielle (1^{re} ch.), points 39-40.

³⁸ Aff. C-227/08, 17 décembre 2009, *Martin Martin c. EDP*, sur question préjudicielle.

³⁹ Points 32-34.

⁴⁰ Point 27.

III. La délicate question du sens

Ce n'est pas à l'égard de son ancrage en tant que base des propositions de la Commission dans le cadre de l'ancien article 100A, que la question du sens de ce terme «élevé» pour la première fois expressément soumise au juge communautaire mais dans le domaine de la protection des consommateurs, en relation avec l'harmonisation de la circulation de capitaux, en 1997, sur recours en annulation⁴¹.

Dans l'affaire *Garantie de dépôts*⁴², la Cour est conduite à se prononcer sur l'implication de la notion de niveau élevé, telle qu'elle figure alors à l'article 3 CE et à l'article 129 CE concernant la protection des consommateurs. La question est introduite par le biais d'un recours en annulation et est très explicite, invitant la Cour à traiter d'un moyen «tiré de l'incompatibilité avec l'objectif, énoncé aux articles 3, sous s), et 129 A d traité, d'un niveau élevé de protection des consommateurs⁴³». L'affaire est symboliquement importante car elle révèle l'inquiétude d'un État face au niveau de protection retenu dans une norme communautaire. Désormais privé de sa pleine souveraineté sur la matière, il n'a d'autre recours que d'attaquer la norme européenne en justice. Visible ment, la contrainte de qualité inscrite dans l'ancien article 129A («la Communauté contribue à la réalisation d'un niveau élevé de protection des consommateurs») n'a pas fonctionné de manière satisfaisante au regard de son propre niveau d'exigence et l'État revendique dès lors devant la Cour l'annulation de cette législation. C'est à un déclassement des catégories auquel on assiste également ici car la directive incriminée est en réalité adoptée sur la base de l'ancien article 57, §2 CE qui attribue au Conseil le pouvoir d'adopter des mesures portant sur la circulation des capitaux, y compris la prestation de services financiers. En l'espèce, c'est l'Allemagne qui contestait le niveau de protection retenu par le législateur communautaire dans la directive 94/19 relative aux

⁴¹ Si cet arrêt est le premier à explorer la question du sens de la notion, ce n'est pas le premier dans lequel l'exigence de niveau élevé de protection est un enjeu. Il y eut d'abord le célèbre arrêt *Dioxyde de titane*, de 1991 (aff. C-300/89, 11 juin 1991), où la mention du niveau élevé de protection fut sollicitée pour trancher un conflit de bases légales. Il y eut aussi un arrêt C-303/94, 18 juin 1996, *Parlement c. Conseil, Rec.*, p. I-02943, sur recours en annulation, dans lequel la Cour s'appuie sur l'exigence de niveau élevé de protection que contient la directive 91/414/CE relative à la mise sur le marché de produits phytopharmaceutiques pour confirmer l'importance de l'objectif environnemental poursuivi par cette directive et affirmer que toute modification portant sur ces aspects environnementaux relèvent des exigences essentielles de la directive et imposent des conditions procédurales particulières, en l'espèce l'intervention du Parlement européen.

⁴² Aff. C-233/94, 13 mai 1997, *Allemagne c. Parlement et Conseil, Rec.*, p. I-2405. Sur cet arrêt, voy. notamment M. DASSESSE, «Protection du consommateur : les arrêts *Allemagne* (garantie des dépôts) et *Parodi*», J.T.D.E., 1998, pp. 9-10; W. ROTH, *Common Market Law Review*, 1998, pp. 459-479; A. LANDSMEER et M. VAN EMPEL, «The Directive on deposit-guarantee schemes and the directive on investor compensation schemes in view of Case C-233/94», *European Financial Services Law*, 1998, pp. 143-148; J. WOUTERS, «The Community legislature's role regarding the freedom of establishment and the freedom to provide services : theory and practice», *Eurolit*, 1999, pp. 241-245.

⁴³ Point 33.

systèmes de garantie de dépôts⁴⁴. L'Allemagne estimait que la directive ne garantissait pas à suffisance la protection des épargnants, en violation de l'objectif d'un niveau élevé de protection des consommateurs énoncé aux articles 3, sous s), et 129A du traité, car «l'interdiction d'exportation, édictée par l'article 4, paragraphe 1, deuxième alinéa, désavantagerait non seulement les épargnants d'un État membre dans lequel la couverture est minimale et qui ont des dépôts dans une succursale d'un établissement de crédit agréé dans un État membre exigeant un niveau de protection élevé, mais aussi les épargnants qui détiennent des dépôts dans un État membre à niveau de protection élevé et qui souhaitent les transférer à une succursale dans un État membre où la protection est moindre. Dès lors, la disposition précitée serait contraire à l'objectif du traité»⁴⁵. La Cour procède en deux étapes pour répondre à l'argument proposé. D'abord, elle s'attache à le relativiser et à le situer dans son contexte : «à cet égard, il suffit de constater que, si la protection des consommateurs constitue l'un des objectifs de la Communauté, elle n'en est évidemment pas le seul. Il a déjà été exposé à cet égard que la directive vise à promouvoir la liberté d'établissement et la libre prestation de services dans le secteur bancaire⁴⁶». La Cour replace donc l'objectif communautaire de protection des consommateurs dans un ensemble plus large, en soulignant qu'il n'est qu'un parmi d'autres, invitant à prendre du recul pour prendre en considération l'entièreté du tableau que forment les objectifs placés en tête du Traité et ceux visés spécialement par la directive, en particulier la liberté d'établissement et la libre prestation de services. Cette mise en contexte n'impose cependant pas, en tant que telle, une remise en question de l'ambition assignée à la protection des consommateurs puisque la Cour précise immédiatement que «certes, ces libertés doivent être accompagnées d'un niveau de protection élevé dans la Communauté⁴⁷». Elle ne se contente donc pas du chemin que lui traçait l'avocat général, selon lequel l'objectif d'harmonisation était principal, en l'espèce, et celui de la protection des consommateurs secondaire, ceci ayant pour implication que la directive ne pouvait être subordonnée à l'objectif d'un niveau élevé de protection qui anime le second⁴⁸. Ce n'est qu'ensuite que la Cour aborde de front le sens même de l'exigence de niveau élevé : «aucune disposition du traité n'oblige cependant le législateur communautaire à entériner le niveau de protection le plus élevé qui puisse être rencontré dans un État membre déterminé. La réduction du niveau de protection qui peut dès lors se produire dans certains cas, par application de l'article 4, paragraphe 1, deuxième alinéa, de la directive, ne met pas en cause le résultat général que la directive vise à atteindre, consistant à améliorer sensiblement la protection des déposants à l'intérieur de la

⁴⁴ J.O.C.E. L135, du 31 mai 1994.

⁴⁵ Point 47.

⁴⁶ Point 48.

⁴⁷ *Idem*.

⁴⁸ Conclusions de l'avocat général Ph. Léger, présentées le 10 décembre 1996, *Rec.*, p. I-2420, points 39 et 108.

Communauté»⁴⁹. La Cour refuse d'interpréter la notion de «niveau élevé de protection» comme signifiant que le législateur doit calquer son action sur le niveau de protection le plus élevé qui préexiste au sein des États membres. Elle répond au paradoxe que révèle le constat d'une baisse de protection qui s'impose aux citoyens allemands en relativisant à nouveau l'exigence, mais géographiquement cette fois, en l'inscrivant dans une perspective globale. Ce qui importe, c'est que le résultat «général» réalisé à l'intérieur de la Communauté consiste en une amélioration «sensible».

L'on se gardera de généraliser trop hâtivement l'enseignement de l'arrêt *Garantie des dépôts*, qu'il convient de replacer dans son contexte, celui de la protection des consommateurs telle qu'envisagée en 1997. L'arrêt n'a jamais été confirmé sur cet aspect depuis son prononcé en 1997. Dès l'année suivante, en 1998, la question du sens de cette notion fut à nouveau posée à la Cour, cette fois dans le domaine de la protection de l'environnement et sur question préjudicielle, et la réponse donnée ne fut pas identique⁵⁰. La manière dont la Cour approche la balance des objectifs en présence et la remise à niveau qui en résulte («cet objectif n'est évidemment pas le seul») est *a priori* bien différente des enseignements de la Cour dans certains arrêts subséquents traitant spécifiquement de santé et d'environnement, où il arrive qu'il soit affirmé, face à une multitude d'intérêts en présence, que «l'importance des objectifs poursuivis est de nature à justifier des conséquences économiques négatives, même considérables, pour certains opérateurs»⁵¹, sans nier cependant qu'un certain effort doit être fait pour tenter de réduire, dans la mesure du possible, ces conséquences négatives⁵². La protection des consommateurs justifie-t-elle une approche distincte de celle qui gouverne la protection de la santé et de l'environnement, parce que les valeurs concernées ne seraient pas assimilables en tous points, présentant des variations quant à l'intensité de protection qu'elles requièrent? Peut-être est-ce le cas. L'on notera toutefois que la mise en perspective proposée dans cet arrêt ne conduit pas à une remise en cause de l'exigence de niveau élevé de protection en tant que telle, mais à l'affirmation de la nécessité de sa prise en compte «de concert», soit une obligation de ne pas considérer la protection des consommateurs en isolation des autres intérêts en présence, tout autant protégés par le Traité. Par ailleurs, la relativisation de la dimension élevée au regard d'une mise en perspective géographique globale est également liée

⁴⁹ Point 48.

⁵⁰ Aff. C-284/95, 14 juillet 1998, *Safety Hi-Tech*; aff. C-341/95, 14 juillet 1998, *Bettati*, sur question préjudicielle. Il y est précisé que si le niveau de protection ne doit pas nécessairement être techniquement le plus élevé possible, c'est parce que les États membres, dans le domaine de l'environnement et sur la base de l'ancien article 176 CE, peuvent toujours adopter des mesures de protection renforcées. Voy. D. MISONNE, *Droit européen de l'environnement et de la santé*, op. cit., p. 63.

⁵¹ Voy. notamment aff. C-331/88, 13 novembre 1990, *Fedesa*, point 17; aff. C-86/03, 15 décembre 2005, *Grèce c. Commission*, point 96; aff. C-127/07, 16 décembre 2008, *Arcelor c. France*, point 58, prononcé en grande chambre.

⁵² Aff. C-343/09, 8 juillet 2010, *Aston*, sur question préjudicielle.

à son contexte : à l'époque du prononcé de l'arrêt, la Communauté européenne comptait quinze États membres et non pas vingt-sept, ce qui est quand même fort différent. Vu le nombre d'États désormais concernés, dont l'état du droit est fort diversifié, si les réclamations d'un pays comme l'Allemagne quant à l'insuffisance d'un niveau de protection en venaient à nouveau à être testées de manière horizontale, par rapport à la situation des autres États membres et non pas au regard de l'objectif même de la mesure concernée, l'on peut considérer qu'une telle attitude contribuerait à priver l'exigence de niveau élevé de protection de toute pertinence, passant complètement à côté de sa vocation historique qui est d'éviter le nivellement vers le bas des dimensions qualitatives lors de l'harmonisation des législations. En effet, dans les situations où, comme dans l'arrêt examiné, la comparaison met en présence des États qui ont adopté une réglementation en un domaine précis et les nombreux autres États qui n'ont pas pris d'initiatives législatives en ce même domaine, il est aisé de constater que l'amélioration est « sensible », dès lors qu'elle offre une protection là où il n'en existait pas auparavant. L'on se gardera cependant de ranger cet arrêt trop loin dans les archives, étant donné qu'il fut prononcé par une communauté de quinze juges. Il est intéressant d'y remarquer que la Cour n'hésite pas à se pencher sur cette question de la violation de l'exigence de niveau élevé. Elle ne se retranche pas derrière le motif qu'il ne s'agirait que d'une simple ligne directrice.

IV. Contester la légalité d'une norme harmonisée au motif qu'elle ne serait pas conforme à l'ambition assignée à l'article 114 TFUE

Peut-on sereinement envisager qu'un acte européen fondé sur l'article 114 TFUE soit contesté, quant à sa légalité, au motif qu'il ne respecterait pas cette mission d'assurer un niveau élevé de protection que lui assigne le droit primaire, appuyé par une certaine jurisprudence qui en renforce considérablement la portée, en la faisant basculer d'une obligation de moyen vers une obligation de résultat ? L'exigence de niveau élevé de protection peut-elle prétendre assumer, à elle seule, le rôle d'un moyen du contrôle de la légalité d'un acte de l'Union ?

Les cas où l'exigence de niveau élevé de protection est sollicitée comme moyen visant à contester la légalité d'un acte communautaire sont très rares, mais ils existent, toutes bases légales confondues⁵³.

⁵³ À propos d'un règlement fondé sur l'article 130 R CEE, voy. aff. C-284/95, 14 juillet 1998, *Safety Hi-Tech* et aff. C-341/95, 14 juillet 1998, *Bettati*, sur question préjudicielle; à propos d'un règlement fondé sur l'ex-article 100A, voy. aff. C-236/01, 9 septembre 2003, *Monsanto*, sur question préjudicielle; aff. C-350/03 et C-229/04, 25 octobre 2005, *Schulte*, sur question préjudicielle (gde ch.); aff. C-233/94, 13 mai 1997, *Allemagne c. Parlement et Conseil (Garantie de dépôts)*, sur recours en annulation; aff. T-229/04, 11 juillet 2007, *Suède c. Commission (Paraquat)*, sur recours en annulation.

L'un d'eux est particulier car il pose la question de l'effet direct de l'exigence de niveau élevé de protection inscrit à l'article 95 CE sur le droit national. L'arrêt *Schulte* 25 octobre 2005⁵⁴, prononcé en grande chambre sur question préjudicielle, porte sur protection des consommateurs. Les époux Schulte sont en conflit avec leur banque d le cadre de la révocation d'un contrat qu'ils avaient conclu avec elle pour financer l'opération immobilière suite à un démarchage qui avait été fait à leur domicile par une société liée à la banque. Le litige conduit à s'interroger sur la portée d'une directive 577/CE du 20 décembre 1985 concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux et, surtout, sur son impact par la législation nationale concernée, en particulier celle du Landgericht Bochum Allemagne. Les questions préjudicielles posent directement la question de la conformité de la réglementation domestique à l'exigence du niveau de protection élevé qui résulte de l'article 95, § 3 CE, plutôt que la conformité de cette mesure nationale à la directive elle-même : « Les exigences propres au principe d'un niveau de protection élevé en matière de protection des consommateurs (article 95, paragraphe 3, CE) et à l'efficacité de la protection des consommateurs garantie par la directive [...] sont-elles respectées par les dispositions d'un ordre juridique national, ou l'interprétation qui en est donnée [...] » ? Faut-il, ailleurs, « une disposition nationale prévoyant, comme conséquence de la révocation l'obligation pour le consommateur, après qu'il a exercé son droit de révocation, de rembourser immédiatement le montant du prêt [...], est-elle contraire à l'exigence d'un niveau de protection élevé en matière de protection des consommateurs (article 95, paragraphe 3, CE) et au principe de l'effectivité de la protection des consommateurs consacré par la directive [...] » ? La Cour estime que l'exigence de niveau que contient le Traité s'impose pas directement au législateur national, sauf comme élément d'interprétation du droit communautaire dérivé, et elle ne procède dès lors pas à la vérification qui lui est demandée. Alors même qu'elle remarque que la disposition fut introduite en 1986 dans le traité CE par l'Acte unique européen et qu'elle n'était pas applicable au moment de l'adoption de la directive concernée, en 1985, la Cour saisit pourtant la balle au bond pour préciser, dans sa formation en grande chambre, qu'« au demeurant, à supposer qu'elle ait été applicable », ladite disposition s'adresse aux différentes institutions ayant chacune leur rôle dans le processus législatif communautaire « et ne saurait, dès lors, être invoqué comme fondement direct des obligations liant un État membre⁵⁵ ». Tout au plus, poursuit-elle, « cette même disposition pourrait être utilisée en tant qu'élément d'interprétation de la directive ». Elle en conclut ensuite que « les règles du droit communautaire pertinentes pour répondre aux questions posées sont celles de la directive⁵⁶ ». L'exigence du niveau

⁵⁴ Aff. C-350/03 et C-229/04, 25 octobre 2005, *Schulte*, *Rec.*, p. I-9215. E. JERRY, commentaire sous aff. C-350/03, *CMR*, 44, 2007, 501-518.

⁵⁵ Point 61.

⁵⁶ Point 62.

élevé de protection que contient l'ex-article 95 CE n'a donc pas d'effet direct à l'égard des États membres. Cependant, l'exigence de niveau qui est inscrite dans le Traité peut quant même jouer un rôle à leur égard en tant qu'élément d'interprétation de la directive qu'ils doivent transposer et appliquer. S'il incombe ainsi aux États membres de régler les effets juridiques de la révocation, cette compétence doit être exercée dans le respect du droit communautaire, et plus particulièrement des règles de la directive interprétées à la lumière de son objectif et de façon à ce que ses effets utiles soient assurés. Les États membres doivent, en exécutant les obligations découlant d'une directive, adopter toutes les mesures nécessaires en vue d'assurer le plein effet de la directive, conformément à l'objectif qu'elle poursuit⁵⁷.

Dans les autres arrêts répertoriés, le juge, lorsqu'il est confronté à la question du respect, par un acte de l'Union, de cette exigence de «niveau élevé de protection», ne rejette jamais le moyen au motif qu'il serait inadmissible, trop irrespectueux de la marge d'appréciation dont doit pouvoir bénéficier le décideur de l'Union. Il l'examine au contraire avec attention. Généralement, à l'exception d'un cas concernant une mesure de droit tertiaire, adoptée en exécution d'une directive fondée sur l'ex-article 43 CE, il constate, pour des raisons variées, que l'exigence n'a pas été enfreinte⁵⁸.

La jurisprudence signale que l'exigence du niveau élevé de protection ne doit pas s'interpréter au vu de différenciations subtiles reflétant la manière dont chacune des bases légales distinctes la réceptionne, avec son libellé propre, dans le traité. Le juge ne se préoccupe pas de ces catégories, extrayant de l'une ce qui lui semble bon à l'interprétation de l'autre, en particulier lorsque les références au niveau élevé de protection sont véhiculées par des clauses d'intégration, en matière de protection de l'environnement, de santé ou de protection des consommateurs. Ainsi, à propos de l'article 114 TFUE, nous avons observé ci-avant que le juge ne s'embarrasse pas des nuances et de la faiblesse apparente de l'article qui, dans son libellé exact, invite les institutions à «prendre pour base» un niveau élevé de protection et, à «s'efforcer» d'atteindre cet objectif. Il affirme au contraire que l'article «exige de façon expresse que, dans l'harmonisation réalisée, un niveau élevé de protection de la santé des personnes soit garanti»⁵⁹, par un transfert d'intention entre le chapitre consacré à la protection de la santé et le chapitre consacré au rapprochement des législations. La clause d'intégration qui anime la protection de la santé lui permet de véhiculer l'exigence d'ambition forte qui caractérise cette politique vers les harmonisations maximales adoptées en vue de supprimer les entraves techniques aux échanges commerciaux⁶⁰.

⁵⁷ Citant notamment, arrêts du 17 juin 1999, *Commission c. Italie*, C-336/97, *Rec.*, p. I-3771, point 19, et du 5 décembre 2002, *Commission c. Belgique*, C-324/01, *Rec.*, p. I-11197, point 18.

⁵⁸ Aff. T-229/04, 11 juillet 2007, *Suède c. Commission (Paraguay)*, sur recours en annulation.

⁵⁹ Aff. C-376/98, 5 octobre 2000, *Allemagne c. Parlement et Conseil*, *Rec.*, p. I-2247, («Tabac I»), point 88.

⁶⁰ Notamment aff. C-491/01, 10 décembre 2002, *British American Tobacco*, point 62; aff. C-380/03, 12 décembre 2006, *Allemagne c. Parlement et Conseil*, points 40-41 (gde ch.).

Ce jeu audacieux, dont l'ambition réelle est de consolider le recours à l'ex-article 95 dans ce genre de circonstance, affaire délicate puisque la politique européenne de la sù exclut par principe les harmonisations, ne laisse pas indemné. Il en résulte que mesures qui seront adoptées en vertu de cet article n'ont d'autre choix que de prendre sérieux l'exigence du niveau élevé de protection. À défaut, c'est la légalité même choix de cette base légale qui pourrait être contestée, l'effet d'entonnoir conféré à article procédant du détournement cynique. Les affirmations sont faites en rapport avec santé et les domaines susceptibles de porter entrave aux échanges, mais on ne voit pas quoi elles ne pourraient s'appliquer à tous les domaines qualitatifs susceptibles d'être approchés par le biais de l'article 114 TFUE qui, eux aussi, sont liés à des politiques. doivent assurer un niveau élevé de protection, telles la protection des consommateurs.

La contestation du niveau de protection retenu inscrit dans l'acte de droit dérivé, par qu'il serait trop bas, reste évidemment extrêmement difficile, dès lors qu'il ne relève pas de l'hypothèse de l'exécution d'un mandat prédéterminé dont les balises sont vé fiables⁶¹. Le juge abordera l'affaire en étant guidé par une présomption favorable à légalité de l'acte de l'Union et au respect de la grande marge d'appréciation dont dispose le législateur. Vu la complexité usuelle de la matière⁶², le contrôle que le juge opérera l'égard des décisions prises sera marginal, se contentant de vérifier si la mesure n'est pas manifestement inapte à rencontrer l'objectif visé⁶³. Du point de vue de l'exigence d'un niveau élevé de protection, seuls les indices manifestes d'une telle violation pourro donc être couronnés de succès.

Ces indices manifestes de la violation de l'exigence du niveau élevé de protection, tel que figurant à l'article 114 TFUE, existent-ils ?

⁶¹ Les choix ont alors déjà été posés par le législateur européen, qu'il convient à la Commission européenne de compléter ou d'exécuter sur certains points techniques. Les décisions sont strictement encadrées, les choix politiques ayant été posés en amont lors de l'adoption de l'acte de base. Le décideur ne dispose plus d'une grande marge d'appréciation : il doit juste actionner les critères et exigences fixés dans le mandat de départ. En ce sens, voy. l'aff. C-14/06 et C-295/06, 1^{er} avril 2008, *DecaBDE*; aff. T-229/04, 11 juillet 2007, *Suède c. Commission (Paraguay)*.

⁶² Tel le cas de la protection de l'environnement. Aff. C-86/03, 15 décembre 2005, *Grèce c. Commission (fioul lourds)*, précitée, point 88, par référence aux arrêts *Bettati* et *Safety* : par ailleurs, en raison de la nécessité de la mise en balance de certains des objectifs et principes visés à l'article 130 R du traité CE (devenu, après modification, article 174 CE), la directive ayant pour base juridique l'article 130 S, paragraphe 1, du traité lequel était destiné à réaliser les objectifs dudit article 130 R, ainsi que de la complexité de la mise en œuvre des critères que le législateur communautaire doit respecter dans le cadre de la mise en œuvre de la politique de l'environnement, le contrôle judiciaire doit nécessairement se limiter au point de savoir si le Conseil, en adoptant la directive, a commis une erreur d'appréciation manifeste.

⁶³ Voy. notamment aff. C-341/95, 14 juillet 2008, *Bettati*, points 45 et 46.

Quelques pistes en ce sens peuvent être tirées de l'observation de débats ayant lieu sur la scène européenne à l'occasion de l'élaboration de législations traitant de protection des consommateurs.

Dans le rapport présenté par la Commission des affaires juridiques du Parlement européen, le 15 avril 2009, portant sur la proposition de la Commission du 8 octobre 2008 concernant une directive-cadre relative aux droits (contractuels) des consommateurs⁶⁴, les réflexions suivantes sont éclairantes :

« Certains craignent que l'harmonisation complète telle qu'elle est présentée dans la proposition n'entraîne la réduction du niveau actuel de protection des consommateurs dans les États membres. L'article 95, paragraphe 3, du traité CE prévoit que les institutions européennes prendront pour base un niveau de protection élevé en proposant des mesures d'harmonisation en matière de protection des consommateurs. En outre, l'article 3, paragraphe 1, alinéa t, du traité CE précise que l'action de la Communauté comporte une contribution au renforcement de la protection des consommateurs. Dans ce contexte, on pouvait s'attendre à ce que la Commission explique en détails en quoi les dispositions proposées diffèrent des normes minimales fixées dans les directives en cours de révision et dans quelle mesure les États membres ont maintenu ou établi des règles plus favorables dans ce domaine. Il conviendrait d'examiner plus attentivement les différences entre les dispositions proposées, l'acquis communautaire et les législations nationales pour chacune des solutions avancées dans la directive à la lumière de l'exigence communautaire d'un niveau élevé de protection des consommateurs⁶⁵ ».

Les services juridiques du Parlement européen abordent donc très explicitement la question du niveau de protection retenu par l'harmonisation proposée, sous les termes juridiques qui l'animent au sein de l'ex-article 95 CE. La Commission est sommée d'expliquer, « en détails », comment elle considère rencontrer l'exigence de prendre pour base un niveau élevé de protection, là où elle semble uniquement envisager une généralisation des normes préexistantes. Cette généralisation sous l'habit d'une harmonisation maximale et complète, sans dérogation possible, pose problème dès lors que l'exercice prône la reprise des dispositions des directives en vigueur qui, elles, laissaient aux États une grande marge de manœuvre pour éventuellement renforcer le dispositif. Changer l'étiquette et la nature d'une disposition, en la cadennassant là où elle était jusqu'alors pourtant renforçable par essence, semble *a priori* peu conforme à cette exigence du niveau élevé de protection et le service juridique du Parlement européen ose demander très

⁶⁴ Commission des affaires juridiques du Parlement européen, document de travail sur les droits des consommateurs, 15 avril 2009, rapporteur : Diana Wallis, DT/780948FR, doc PE423.804v01-00. Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux droits des consommateurs, COM(2008) 614 final – 2008/0196 (COD).

⁶⁵ Emphase ajoutée.

explicitement des explications. Cette préoccupation du niveau de protection promu par la réforme envisagée était présente dès les premiers pas de ce dossier particulier. Ainsi le Livre vert sur la révision de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs adopté par la Commission le 8 février 2007⁶⁶, place l'exercice de simplification de l'acquis communautaire sous l'ambition de parvenir à la mise en place d'un véritable marché intérieur des consommateurs, offrant « un juste équilibre entre un niveau élevé de protection des consommateurs et la compétitivité des entreprises⁶⁷ ». Pour la Commission, ce juste équilibre se traduit par une suppression des divergences qui existent entre les différents États membres, source d'insécurité juridique pour le consommateur et de complication pour l'industrie. Elle est donc *a priori* favorable à une harmonisation maximale, qui supprime toutes les possibilités de fioritures, sans cacher qu'une telle démarche supposera que des choix soient faits quant à la généralisation d'un système de protection plutôt qu'un autre⁶⁸. L'un des moteurs de la réforme est bien de simplifier le paysage juridique afin qu'il existe un cadre de protection uniforme, prévisible et transparent, là où c'est actuellement une foison de régimes différents qui s'impose tant au monde de l'entreprise, qui doit se donner les moyens de les connaître qu'au consommateur, qui s'y sent perdu. La perspective d'une telle harmonisation est cependant accueillie avec tiédeur par certains, dès lors que le contenu appelé à être généralisé ne convainc pas. Ainsi, comme l'exprime le Comité des régions, « la proposition de directive à l'examen n'est pas encore de nature à conforter la confiance des consommateurs dans les échanges transfrontaliers. Bien au contraire, si la législation proposée implique d'adapter la législation nationale "par le bas" aux dispositions communautaires, cela pourrait même entraîner un nouveau recul de la demande des consommateurs, dans la mesure où une baisse du niveau de protection des consommateurs pourrait susciter des réticences et des inquiétudes de la part de ces derniers⁶⁹ ». Il préconise en conséquence une approche différenciée, autorisant une harmonisation maximale pour les dispositions de nature plutôt technique mais offrant pour le reste une certaine latitude réglementaire aux États membres. Le Comité économique et social européen n'y va pas non plus par quatre chemins : il considère que l'harmonisation à l'échelle communautaire doit avoir comme principe directeur l'adoption du meilleur niveau de protection –

⁶⁶ COM(2006) 744 final.

⁶⁷ P.3.

⁶⁸ P.11 : « à titre d'exemple, l'article 5 de la directive concernant la vente de biens de consommation, lorsqu'il régit les périodes de garantie obligatoirement appliquées par les vendeurs, permet aux États membres de prévoir que le consommateur, pour bénéficier de ses droits, doit informer le vendeur du défaut de conformité dans un délai de deux mois à compter de la date à laquelle il l'a constaté. Ce genre de possibilités offertes aux États membres disparaîtrait. Les contrôles de transposition ont confirmé qu'un nombre substantiel d'États membres utilisaient ces possibilités réglementaires. En cas d'harmonisation totale, il faudra choisir entre différentes solutions, par exemple en éliminant ou en généralisant l'obligation d'informer le vendeur du défaut de conformité dans un délai établi ».

⁶⁹ Avis du 22 avril 2009, CDR/2009, COD2008/196, points 26 à 28.

le plus élevé – qui préexiste au sein des différents États membres⁷⁰. Il estime que toute proposition qui vise une harmonisation maximale en matière de protection des consommateurs doit se concentrer sur des aspects très concrets et s'accompagner de précautions particulières, de manière à respecter le niveau de protection élevé des consommateurs garanti par le traité, ainsi que le principe de subsidiarité, sous peine de retarder et d'entraver le développement des droits des consommateurs dans chaque État membre⁷¹. L'exigence d'un niveau élevé de protection, c'est flagrant, est bien l'un des moteurs de ce débat.

Face à de telles situations, la Cour ne pourrait-elle pas être invitée à constater que la norme harmonisée adoptée, parce qu'elle s'aligne manifestement sur le plus faible commun dénominateur, en généralisant sous la forme d'une harmonisation maximale et complète des dispositions qui procédaient jusqu'alors d'une harmonisation minimale, est manifestement contraire à l'exigence du niveau élevé de protection qui, par une combinaison des termes de l'article 114 TFUE et de l'article 169 TFUE, doit être assuré par les actes de l'Union ayant une incidence sur la protection des consommateurs? Dans le même ordre d'idées, une législation qui provoquerait une dégradation manifeste de la protection de l'intérêt concerné à l'échelle de l'ensemble des États membres, voire de l'un ou de plusieurs d'entre eux, ne pourrait-elle pas également être remise en cause? Ce sont bien évidemment les situations du pire qui sont visées ici.

V. Conclusions

La référence au niveau élevé de protection des consommateurs que contient le Traité européen est donc porteuse, en puissance, de certains effets juridiques. Elle présente un potentiel de contestation de la légalité d'actes de l'Union qui s'avèreraient particulièrement peu respectueux de l'ambition fixée par le droit primaire, dans les cas extrêmes. Plus sereinement, elle se révèle comme un outil précieux pour le juge de l'Union qui, appelé à lever le flou des textes, y trouvera un argument pour conforter, sans laxisme, l'objectif de protection que poursuit le législateur européen. Elle ne sera par contre d'aucun secours, dans l'état actuel de la jurisprudence, pour les États membres qui, soucieux de renforcer la protection de leurs consommateurs, voudraient déroger à une norme européenne harmonisée de manière exhaustive sur la base de l'article 114 TFUE mais qui ne répondrait pas à leurs aspirations. Une bonne intention, pourtant cohérente avec l'objectif d'assurer un niveau élevé de protection des consommateurs que le Traité européen assigne à l'Union européenne, ne suffit pas pour lever le cadenas d'une harmonisation maximale et

⁷⁰ Avis du Comité économique et social européen sur la «Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux droits des consommateurs», 16 juillet 2009, COM(2008) 614 – 2008/0196 (COD).

⁷¹ Point 4.4.7.

complète, qui n'aurait pas prévu une telle différenciation en son sein. Le souci d'une ambition forte, c'est certain, doit être actionné plus en amont, lors de la négociation de ces textes.