

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL  
M. CARL OTTO LENZ  
présentées le 9 février 1994 \*

*Monsieur le Président,  
Messieurs les Juges,*

**A — Introduction**

1. La demande de décision préjudicielle du Giudice conciliatore di Firenze soulève des questions relatives à l'interprétation et à l'application de la directive 85/577/CEE concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux<sup>1</sup>. Pour le cas d'une réponse affirmative à la question concernant l'applicabilité de cette directive, la juridiction de renvoi nous interroge sur la portée de son application pour la période comprise entre l'expiration du délai de transposition (le 23 décembre 1987) et sa transposition effective en droit italien (le 2 mars 1992), et ce tant pour les rapports entre le particulier et l'État que pour les rapports des particuliers entre eux. Tandis que la question concernant les effets de la directive dans les rapports entre le particulier et l'État semble être de nature hypothétique pour la solution du litige au principal, celle relative à l'effet d'une directive non transposée dans les rapports des particuliers entre eux touche au problème controversé de l'effet direct horizontal des directives.

2. Le litige trouve son origine dans un contrat concernant un cours de langue anglaise par correspondance, conclu dans les locaux de la gare centrale de Milan. La demanderesse au principal, qui a formé opposition dans une procédure d'injonction de payer, a invoqué le droit de renonciation prévu par l'article 5 de la directive 85/577 pour se dégager du contrat.

3. La juridiction de renvoi ne s'étend pas davantage sur les faits ni sur le contenu matériel de la directive, se bornant à constater que « la signature du contrat en dehors des locaux de l'entreprise qui fournit le service et l'exercice de la faculté de rétractation s'avèrent, respectivement, prouvés ».

4. La juridiction de renvoi estime nécessaire d'examiner la thèse de la demanderesse selon laquelle il y a lieu de reconnaître une pleine efficacité à la directive 85/577 dans l'État italien. Elle nourrit, certes, des doutes quant à l'exactitude de cette thèse, doutes tirés entre autres du texte de l'article 189 du traité CEE<sup>2</sup> et de l'absence d'une obligation de publication pour les directives<sup>3</sup>. Eu égard au

\* Langue originale: l'allemand.

1 — Directive du Conseil du 20 décembre 1985 (JO L 372, p. 31).

2 — Devenu le traité CE depuis le 1<sup>er</sup> novembre 1993, conformément au traité sur l'Union européenne du 7 février 1992 (JO C 224, p. 1).

3 — Il en va différemment depuis le 1<sup>er</sup> novembre 1993, conformément à l'article 191 du traité CE.

contenu précis de certaines directives, qui est en substance celui d'un règlement, la juridiction de renvoi se pose cependant la question de savoir si, dans de tels cas, une directive peut acquérir un « pouvoir normatif majeur », dépassant les « effets inhérents » aux directives. Elle se réfère à la jurisprudence de la Cour intervenue jusqu'à présent, tout en en considérant les résultats comme partiellement non satisfaisants, par exemple lorsqu'un acte a une nature normative entre certains sujets de droit et non pas entre d'autres. Elle considère qu'une demande de décision préjudicielle s'impose, au motif que « l'unique certitude réside dans l'incertitude des effets de la directive ».

5. Les questions préjudicielles sont les suivantes:

« La directive communautaire 85/577/CEE, du 20 décembre 1985, doit-elle être considérée comme suffisamment précise et détaillée et, dans l'affirmative, a-t-elle été en mesure de produire des effets dans les rapports entre les particuliers et l'État italien et dans les rapports des particuliers entre eux au cours de la période séparant l'expiration du délai de 24 mois assigné aux États membres pour s'y conformer de la date à laquelle l'État italien s'y est conformé? »

6. Ont pris part à la procédure, dans un premier temps, les parties au principal, la Commission et les gouvernements allemand, hel-

lénique et italien. Une question adressée par la Cour à tous les États membres, leur demandant de faire connaître leur avis sur la question, posée par la juridiction de renvoi, de « savoir si les dispositions d'une directive non transposée dans le délai imparti pouvaient être directement invoquées par un particulier dans le cadre d'un litige l'opposant à un autre particulier », a amené également le gouvernement français à prendre position par écrit. Enfin, au cours de la procédure orale, sont intervenus les représentants des gouvernements danois, allemand, hellénique, français, italien, néerlandais et du Royaume-Uni. Tous les représentants des gouvernements des États membres, à l'exception de celui du gouvernement hellénique, ont plaidé, comme le représentant de la Commission, en faveur du maintien de la jurisprudence de la Cour intervenue jusqu'à présent. La procédure orale a montré qu'il s'agissait d'un problème complexe, bien que, pour l'essentiel, les arguments dans un sens comme dans l'autre se répètent. Il y aura lieu de revenir sur les différents arguments dans le cadre de l'appréciation juridique.

## B — Discussion

### I — *Sur le caractère précis et inconditionnel de la directive 85/577*

#### 1. *Appréciation globale de la directive 85/577*

7. La première question posée par la juridiction de renvoi vise à l'examen des disposi-

tions de la directive sous l'aspect de leur précision et de leur inconditionnalité, qui constituent un préalable absolu à son éventuelle applicabilité directe <sup>4</sup>. La juridiction de renvoi n'a pas précisé cette question en la rapportant à certaines dispositions déterminées de la directive, alors même que toutes ne sont pas susceptibles d'application dans la présente affaire.

8. En ce qui concerne la marge d'appréciation des États membres pour la transposition de la directive 85/577, il convient de partir du principe qu'un État membre dispose, dans le cadre de sa liberté « quant à la forme et aux moyens » <sup>5</sup>, de différentes possibilités. Ou bien il incorpore les dispositions de la directive dans un corps législatif existant, ou bien il adopte une loi autonome, ou bien encore il renvoie, dans le cadre d'une loi autonome, à des dispositions générales du droit civil.

9. Le contenu de la directive 85/577 laisse en outre sur plusieurs points une marge aux États membres quant aux modalités de son exécution. Par exemple, l'article 3 offre la possibilité de prévoir un montant minimal pour qu'un contrat relève du champ d'appli-

cation de la directive. La dernière phrase de l'article 4, lequel institue une obligation d'information écrite incombant au commerçant, ménage à l'État membre une marge d'appréciation relativement large pour prévoir des « mesures appropriées ... lorsque l'information visée au présent article n'est pas fournie ».

10. Le droit de renonciation du consommateur, inscrit à l'article 5, qui constitue l'élément central de la directive, s'exerce « conformément aux modalités et conditions prescrites par la législation nationale ». Cette formulation autorise des doutes sur le point de savoir s'il s'agit d'un renvoi aux dispositions générales du droit civil — comme la règle concernant la réception des manifestations de volonté — ou à des règles autonomes, à instaurer dans le cadre de l'acte de transposition.

11. L'article 7 soumet aux dispositions de la législation nationale le régime des effets juridiques de la renonciation. La terminologie choisie, qui parle tout d'abord (dans la version allemande) de « Rücktritt » (résolution), puis de « Widerruf » (rétractation), montre à elle seule que des effets juridiques très différents peuvent être rattachés à l'exercice du droit de renonciation. Selon le stade atteint dans l'exécution du contrat, on peut envisager les effets juridiques différents qui s'attachent respectivement à la rétractation ou à la résolution.

4 — Arrêt de principe du 5 avril 1979, Ratti (148/78, Rec. p. 1629, point 23), arrêt du 19 janvier 1982, Becker (8/81, Rec. p. 53, point 25).

5 — Voir article 189 du traité CEE.

12. La directive offre en conséquence sur plusieurs points une marge aux États membres pour exercer leurs prérogatives en matière législative. Aux fins de la présente affaire, il semble cependant suffisant de se pencher sur l'interprétation et l'application des dispositions comportant une *garantie minimale* <sup>6</sup> pour les consommateurs qu'il s'agit de protéger.

nissant des biens ou des services et un consommateur:

— pendant une excursion organisée par le commerçant en dehors de ses établissements commerciaux

13. Alors même que la juridiction de renvoi s'est abstenue de relier l'affaire à certaines dispositions de la directive, il apparaît que l'application de ses articles 1<sup>er</sup> et 5 est inéluctable. L'article 1<sup>er</sup> délimite le champ d'application matériel de la directive et l'article 5 institue le droit de renonciation du consommateur. L'un et l'autre de ces articles devraient donc satisfaire aux exigences d'inconditionnalité et de précision auxquelles la jurisprudence de la Cour subordonne l'applicabilité directe d'une disposition figurant dans une directive.

ou

— pendant une visite du commerçant:

i) chez le consommateur ou chez un autre consommateur;

## 2. Sur l'article 1<sup>er</sup> de la directive 85/577

ii) au lieu du travail du consommateur,

14. L'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, de la directive énonce:

lorsque la visite n'a pas lieu à la demande expresse du consommateur. »

« La présente directive s'applique aux contrats conclus entre un commerçant four-

15. Pris en lui-même, ce paragraphe est précis et inconditionnel, car il vise des condi-

<sup>6</sup> — Arrêt du 19 novembre 1991, Francovich (C-6/90 et C-9/90, Rec. p. I-5357, point 20).

tions de fait clairement délimitées, telles qu'une excursion organisée par le commerçant ou la visite du commerçant chez le consommateur ou au lieu de travail de celui-ci. Par ailleurs, l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, ne se prête pas, à notre avis, à une interprétation élargie, laquelle impliquerait une renonciation à l'application de ces conditions de fait, qui sont des éléments constitutifs.

16. L'article 2, qui étend le champ d'application de la directive à certains contrats conclus pendant une visite du commerçant au consommateur, peut, autant qu'on puisse en juger, être laissé de côté pour l'appréciation de la présente affaire, car on ne voit pas d'éléments indiquant que le contrat ait été conclu lors d'une visite, sollicitée par la demanderesse, effectuée par son cocontractant chez elle ou à son lieu de travail<sup>7</sup>.

17. On peut donc retenir, à ce stade, que l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, comporte la précision nécessaire à son application directe.

18. En revanche, l'application des paragraphes 3 et 4, qui visent l'un et l'autre des « conditions semblables à celles décrites au paragraphe 1 ou au paragraphe 2 », pourrait s'avérer problématique. On peut se demander si les paragraphes 3 et 4 de l'article 1<sup>er</sup> étendent le champ d'application matériel de

la directive par rapport aux paragraphes 1 et 2 pour y inclure d'autres contrats dans lesquels sont impliqués des consommateurs et qui ne sont pas conclus dans les établissements du commerçant — par exemple sur la voie publique — ou si ces dispositions n'incluent pas, au contraire, dans le champ d'application de la directive des opérations détournées conclues dans les circonstances de lieu et de fait visées aux paragraphes 1 et 2.

19. Cette question pourrait avoir un intérêt pratique pour l'appréciation de la présente affaire, car — comme nous l'avons déjà indiqué à propos du paragraphe 2 — on ne voit pas d'éléments indiquant que le contrat attaqué ait été conclu — comme l'exige le paragraphe 1 — pendant une excursion organisée par le commerçant ou pendant une visite de celui-ci chez la demanderesse ou à son lieu de travail.

20. Il y a donc lieu de rechercher si l'article 1<sup>er</sup>, paragraphes 3 et 4, peut être interprété en ce sens que les offres contractuelles faites dans d'autres circonstances de lieu et de fait relèvent également du champ d'application de la directive. Ces dispositions énoncent:

« 3. La présente directive s'applique également aux contrats pour lesquels une offre a été faite par le consommateur dans des conditions semblables à celles décrites au paragraphe 1 ou au paragraphe 2, bien que le

<sup>7</sup> — Le contrat a été conclu « dans les locaux de la gare de Milan », alors que la demanderesse réside à Monza.

consommateur n'ait pas été lié par cette offre avant l'acceptation de celle-ci par le commerçant.

4. La présente directive s'applique également aux offres contractuellement faites par le consommateur dans des conditions semblables à celles décrites au paragraphe 1 ou au paragraphe 2 lorsque le consommateur est lié par son offre. »

21. La question posée lors de la procédure orale à toutes les parties présentes, visant à connaître leur point de vue sur l'applicabilité de la directive au litige au principal, a reçu des réponses tant affirmatives que négatives. La réponse à cette question n'est donc nullement évidente. Si on tient compte en outre du fait que la directive a donné lieu à des controverses doctrinales, il n'est guère possible, à notre avis, d'admettre que l'article 1<sup>er</sup>, paragraphes 3 et 4, comporte la précision nécessaire à l'applicabilité directe d'une disposition figurant dans une directive.

22. D'un autre côté, il appartient à la Cour de donner à la directive une interprétation qui s'impose à tous. Elle peut donc, en répondant à la demande de décision préjudicielle, fournir à la juridiction de renvoi les critères lui permettant de statuer sur le litige.

23. Le titre de la directive laisse supposer qu'elle doit trouver application, d'une manière générale, aux contrats négociés en dehors des établissements commerciaux. Les considérants confirment cette impression. Le quatrième considérant énonce:

« considérant que les contrats conclus en dehors des établissements commerciaux du commerçant se caractérisent par le fait que l'initiative des négociations émane normalement du commerçant et que le consommateur ne s'est, en aucune façon, préparé à ces négociations et se trouve pris au dépourvu; que, souvent, il n'est pas à même de comparer la qualité et le prix de l'offre avec d'autres offres; que *cet élément de surprise entre généralement en ligne de compte non seulement pour les contrats conclus par démarchage à domicile, mais également pour d'autres formes de contrat dont le commerçant prend l'initiative en dehors de ses établissements commerciaux* »<sup>8</sup>.

24. La formulation « dans des conditions semblables à celles décrites au paragraphe 1 ou au paragraphe 2 » pourrait être comprise, dans le contexte des autres formes de contrat « dont le commerçant prend l'initiative en dehors de ses établissements commerciaux », évoquées dans les considérants, en ce sens que sont également visés des contrats négociés dans des conditions géographiques et matérielles s'écartant du paragraphe 1. D'un autre côté, les paragraphes 3 et 4 présentent par rapport aux paragraphes 1 et 2 une différence essentielle dans la mesure où ils retien-

<sup>8</sup> — Caractères italiques adoptés par nous.

nent l'offre contractuelle. C'est pourquoi nous considérons comme exacte la thèse selon laquelle les paragraphes 3 et 4 étendent les effets de la directive à d'éventuelles opérations détournées.

3. *Sur l'article 5 de la directive 85/577*

25. Faute d'une interprétation s'imposant à tous de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphes 3 et 4, par la Cour, ces dispositions ne sont, à notre avis, pas suffisamment précises et inconditionnelles pour être susceptibles d'applicabilité directe.

27. L'applicabilité de la directive ne présente une utilité pratique pour le consommateur que s'il peut invoquer le droit de renonciation prévu par son article 5 pour se dégager du contrat conclu en dehors des établissements du commerçant. La demanderesse a expressément invoqué l'article 5 de la directive dans le cadre de la procédure au principal.

26. L'application des dispositions en question aux circonstances de fait du litige au principal relève de la juridiction de renvoi. Celle-ci semble être partie du principe que les faits de la cause entrent dans le champ d'application matériel de la directive. La Cour ne vérifie pas la pertinence de la demande de décision préjudicielle pour la solution du litige. Il appartient dès lors à la juridiction de renvoi de tirer les conséquences des considérations qui précèdent pour l'affaire dont elle est saisie <sup>9</sup>.

28. Comme nous l'avons déjà fait observer dans le cadre de nos considérations générales relatives à la marge d'appréciation des États membres pour la transposition de la directive 85/577 <sup>10</sup>, l'article 5, paragraphe 1, est formulé de telle sorte qu'il laisse une marge pour déterminer au sein de l'ordre juridique national le cadre et le contenu des conditions d'exercice du droit de renonciation. Le législateur communautaire part manifestement du principe que les conditions d'exercice du droit de renonciation peuvent différer d'un État membre à l'autre lorsqu'il prévoit que la renonciation est notifiée « conformément aux modalités et conditions prescrites par la législation nationale ». A notre avis, cette ouverture à une exécution variable de la directive n'est pas compatible avec l'applicabilité directe de celle-ci.

9 — Arrêt du 11 juin 1987, X (14/86, Rec. p. 2545, point 11).

10 — Voir point 10.

29. Le caractère suffisamment précis de la disposition en cause pourrait tout au plus être admis sous l'angle limité de la procédure au principal, dans laquelle — pour autant qu'il résulte du dossier — le contrat n'a reçu aucun commencement d'exécution. La notification de l'exercice du droit de renonciation dans les sept jours serait alors une condition minimale pour que se produise la conséquence juridique décrite à l'article 5, paragraphe 2, dans les termes suivants:

« La notification faite a pour effet de libérer le consommateur de toute obligation découlant du contrat résilié. »

La libération des obligations contractuelles peut alors être comprise comme une *garantie minimale*<sup>11</sup>. L'article 5 de la directive 85/577 n'est donc à notre avis susceptible d'applicabilité directe que sous les réserves formulées plus haut.

## II — Sur les effets d'une directive non encore exécutée

### 1. Sur les rapports entre le particulier et l'État

30. Pour le cas d'une réponse affirmative à la question concernant le caractère suffisam-

ment précis de la directive, la juridiction de renvoi voudrait savoir si la directive pouvait produire des effets entre le particulier et l'État italien après l'expiration du délai de transposition et avant son exécution effective. Sur la base de la jurisprudence existante et constante de la Cour<sup>12</sup>, un justiciable peut, après l'expiration du délai de transposition, se prévaloir directement à l'encontre de l'État membre défaillant d'une disposition inconditionnelle et précise qui lui est favorable, figurant dans une directive. L'État membre ne peut, dans le cadre de ces rapports, profiter de son comportement contraire au traité<sup>13</sup>.

31. Cet effet qui s'attache aux directives, qu'on peut aussi qualifier d'effet direct vertical des directives, ne permet une protection satisfaisante des intérêts du particulier que lorsque la directive est précise et susceptible de produire des effets dans le cadre de ces rapports juridiques verticaux. L'applicabilité directe de la directive est inopérante lorsque l'obligation en cause incombe non pas à l'État, mais à une personne privée.

32. Or, tel est justement le cas dans la procédure au principal. L'obligation de libérer l'un des cocontractants du lien contractuel n'incombe pas à l'État, mais à l'autre cocontractant. Le fait de pouvoir invoquer la directive à l'égard de l'État et de toutes ses institutions ne contribue pas à la solution du

11 — Arrêt Francovich, précité, points 20 à 22.

12 — Voir les arrêts Ratti et Becker, précités.

13 — Arrêt Becker, précité, point 24.

problème concret qui se pose dans un litige entre personnes privées. Afin de surmonter cet obstacle, la Cour a esquissé, dans sa jurisprudence, différents éléments de solution.

a) Acception large de la notion d'État

33. Dans l'optique d'une définition libérale des limites de l'applicabilité directe des directives, il y a lieu de comprendre la notion d'État au sens large. Relèvent de cette notion les autorités décentralisées<sup>14</sup>, les instances administratives<sup>15</sup> et les organismes relevant de l'État<sup>16</sup>, même lorsqu'ils ont la forme d'une entreprise publique<sup>17</sup>. C'est surtout l'inclusion dans la notion d'État des entreprises sous contrôle étatique qui a soulevé des critiques. Ce sont sans doute les cas dans lesquels on pouvait opposer une directive à une entreprise publique en sa qualité d'employeur<sup>18</sup>, et non à une personne privée, qu'évoque également la juridiction de renvoi lorsqu'elle expose que « un acte normatif n'aurait cette nature que dans les rapports entre certains sujets de l'ordre juridique et pas entre d'autres »<sup>19</sup>.

34. A notre avis, la jurisprudence de la Cour allant dans le sens d'une notion d'État entendue au sens large<sup>20</sup> est parfaitement cohérente. Elle englobe non seulement les détenteurs de la puissance publique directe, mais également ceux de la puissance publique indirecte<sup>21</sup>. Néanmoins, la limite de l'extension de la notion d'État est certainement atteinte lorsqu'une entreprise contrôlée par des organismes publics est rattachée à l'État alors qu'un changement des rapports de majorité au sein des organes de surveillance fait apparaître la même entreprise comme une entreprise privée.

b) Obligation incombant à toutes les institutions étatiques d'appliquer le droit communautaire par voie d'interprétation

35. Un autre moyen d'obtenir l'application la plus large possible de directives qui, fauteivement, ne sont pas encore transposées ou le sont insuffisamment est constitué par l'obligation, qui s'adresse à tous les détenteurs de la puissance publique, de prendre, dans le cadre de leurs compétences, toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution de l'obligation des États membres, découlant d'une directive<sup>22</sup>. Cette obligation communautaire incombant aux insti-

14 — Arrêt du 22 juin 1989, Costanzo (103/88, Rec. p. 1839, point 31).

15 — Arrêts Becker, précité, du 26 février 1986, Marshall (152/84, Rec. p. 723), arrêt du 15 mai 1986, Johnston (222/84, Rec. p. 1651), Costanzo, précité, et du 22 février 1990, Buseni (C-221/88, Rec. p. I-495).

16 — Arrêt du 20 septembre 1988, Beentjes (31/87, Rec. p. 4635).

17 — Arrêt du 12 juillet 1990, Foster (C-188/89, Rec. p. I-3313, point 20).

18 — Arrêt Foster, précité.

19 — Voir p. 11 de la demande de décision préjudicielle.

20 — Sur la notion fonctionnelle d'État, voir arrêt Beentjes, précité.

21 — A titre purement accessoire, nous ferons observer qu'en droit du travail la question de savoir si le contrat de travail est conclu avec un employeur de droit public ou avec un employeur privé ne fait pas seulement une différence en ce qui concerne l'effet des directives.

22 — Voir arrêts du 10 avril 1984, von Colson et Kamann (14/83, Rec. p. 1891, point 26), Beentjes, précité, point 39, du 13 novembre 1990, Marleasing (C-106/89, Rec. p. I-4135), et du 16 janvier 1992, X (C-373/90, Rec. p. I-131, point 7).

tutions étatiques implique, par exemple, le devoir des juridictions nationales de donner à leur droit national, dans toute la mesure où une marge d'appréciation leur est accordée, une interprétation et une application conformes aux exigences du droit communautaire<sup>23</sup>.

36. L'obligation d'assurer l'efficacité de l'application du droit communautaire par voie d'interprétation ne concerne pas seulement la législation prise pour l'application d'une directive<sup>24</sup>, mais l'ordre juridique national dans son ensemble<sup>25</sup>. L'administration est également tenue par une obligation de respecter les directives, comparable à celle qui incombe aux juridictions nationales<sup>26</sup>.

37. La possibilité d'une interprétation conforme au droit communautaire de la législation nationale se heurte cependant à des frontières naturelles. On aperçoit celles-ci lorsque la Cour parle des obligations incombant, en vertu du droit communautaire, à tous les détenteurs de la puissance publique de prendre les mesures appropriées *dans le cadre de leurs compétences*<sup>27</sup>. Les limites de l'interprétation de la législation constituent dès lors également, pour le juge national, les limites de sa faculté d'assurer l'application dans le droit national de directives non exécutées.

23 — Arrêt von Colson et Kamann, précité, points 26 et 28.

24 — Arrêt du 20 mai 1976, Mazzalai (111/75, Rec. p. 657, points 7 à 11).

25 — Arrêts von Colson et Kamann, précité, point 26, et Marleasing, précité.

26 — Arrêt Costanzo, précité.

27 — Arrêt von Colson et Kamann, précité, point 26.

c) Droit à réparation vis-à-vis de l'État

38. Une troisième tentative de solution visant à optimiser la protection juridictionnelle du particulier en cas de violation préalable par l'État membre de son obligation de transposer une directive dans le délai prescrit consiste à accorder un droit à réparation fondé sur le droit communautaire<sup>28</sup>. Le particulier peut, dans ce cas, se retourner contre l'État en raison de la perte d'un droit ou de l'absence de protection juridictionnelle. L'État est tenu d'indemniser la personne privée dans le cadre d'une mise en jeu, fondée sur le droit communautaire, de sa responsabilité.

### *Conclusion intermédiaire*

39. aa) Dès lors, pour autant que la juridiction de renvoi nous interroge sur les effets de la directive 85/577 dans les rapports entre le particulier et l'État italien pour la période comprise entre l'expiration du délai de transposition et l'exécution effective de la directive, il y a lieu d'attirer son attention sur l'existence du droit à réparation fondé sur le droit communautaire.

28 — Arrêt Francovich, précité.

40. bb) Une autre question — à laquelle la Cour n'a d'ailleurs finalement pas à répondre — est celle de savoir dans quelle mesure la juridiction de renvoi peut parvenir, dans le cadre de son obligation, décrite au point II.1.b), de donner à son droit national une interprétation conforme au droit communautaire, à trancher le litige.

41. Tant dans son mémoire que lors de la procédure orale, la Commission a fourni des indications sur le droit civil italien et a cité, dans ce contexte, deux dispositions qui se prêtent, selon elle, à une mise en oeuvre du droit de renonciation.

42. La Cour ne peut statuer sur l'application du droit national. La charge qu'impose indirectement aux particuliers l'interprétation proposée a, il est vrai, été admise par la Cour dans l'affaire *Marleasing*<sup>29</sup>. Ainsi qu'il a été objecté à juste titre, la renonciation aux effets du contrat suppose l'existence du droit de renonciation. La Cour a vocation à statuer sur cette condition lorsqu'elle est interrogée sur les effets de la directive pendant la période intermédiaire — séparant la fin du délai de transposition de la transposition effective — dans les rapports des personnes privées entre elles. Renvoyer dans ce contexte aux obligations découlant du droit communautaire pour la juridiction de renvoi et à la compétence exclusive de celle-ci pour l'interprétation du droit national reviendrait à se voiler la face devant le vrai problème.

## 2. Sur l'applicabilité horizontale des directives

43. La question concernant les effets d'une directive non transposée dans les rapports juridiques entre personnes privées, également appelés effet horizontal, ne connaît, sur la base de la jurisprudence existante et constante, qu'une réponse simple et claire: une directive ne peut pas, par elle-même, créer d'obligations dans le chef d'un particulier<sup>30</sup>.

44. La Cour justifie ce résultat comme suit: « ... selon l'article 189 du traité, le caractère contraignant d'une directive sur lequel est fondée la possibilité d'invoquer celle-ci devant une juridiction nationale n'existe qu'à l'égard de 'tout État membre destinataire'. Il s'ensuit qu'une directive ne peut pas par elle-même créer d'obligations dans le chef d'un particulier et qu'une disposition d'une directive ne peut donc pas être invoquée en tant que telle à l'encontre d'une telle personne »<sup>31</sup>.

45. L'accent est donc clairement mis sur le refus d'imposer une charge à une personne privée. Conformément au texte du traité, l'effet obligatoire n'intervient qu'à l'égard des États membres, qui sont les destinataires de la directive.

30 — Arrêts *Marshall*, précité, point 48, du 12 mai 1987, *Traen* (372/85 à 374/85, Rec. p. 2141, point 24), *X*, précité, point 19, *Busseni*, précité, point 23, et *Marleasing*, précité, point 6.

31 — Arrêt *Marshall*, précité, point 48.

46. On pourrait s'arrêter là et plaider en faveur du maintien de la jurisprudence existante.

47. Toutefois, une pareille démarche ne nous paraît pas satisfaisante. A la suite de la jurisprudence Foster<sup>32</sup> et Marleasing<sup>33</sup>, les voix favorables à un effet horizontal des directives se sont multipliées dans les milieux juridiques. Parmi les membres de la Cour, se sont à ce jour prononcés en faveur de l'applicabilité horizontale des directives l'avocat général M. Van Gerven<sup>34</sup> et, tout récemment, l'avocat général M. Jacobs<sup>35</sup> — même si ce n'est pas dans le cadre de la réponse à des questions ayant une incidence sur la solution des litiges respectifs<sup>36</sup>.

48. Les réflexions en faveur d'un effet horizontal des directives s'inscrivent dans la tendance à rendre justice au bénéficiaire d'une disposition voulue contraignante par le législateur communautaire et à ne pas abandonner sa situation pour une période indéterminée au bon vouloir d'un État membre défaillant.

49. A une époque marquée par l'achèvement du marché intérieur, qui est un espace sans frontières intérieures<sup>37</sup>, par l'adoption de dispositions d'harmonisation de plus en plus nombreuses visant à régler les rapports juridiques entre personnes privées, il nous paraît indiqué de reconsidérer l'effet des directives. Dans les considérants de la directive 85/577, le législateur communautaire a évoqué la nécessité du rapprochement des législations dans des termes dépourvus de toute ambiguïté:

« considérant qu'une disparité entre ces législations peut avoir une incidence directe sur le fonctionnement du marché commun; qu'il convient<sup>38</sup> donc de procéder, dans ce domaine, au rapprochement des législations »<sup>39</sup>.

50. Parmi les arguments plaçant en faveur de l'effet horizontal des directives, celui concernant l'égalité des conditions de concurrence arrive en tête. Par ailleurs, en l'absence d'effet horizontal, les justiciables de l'État membre respectueux du droit communautaire sont fréquemment désavantagés.

51. Le principe de non-discrimination, qui a rang de droit fondamental, milite également en faveur de l'effet horizontal des directives,

32 — Arrêt précité.

33 — Arrêt précité.

34 — Arrêt du 2 août 1993, Marshall II (C-271/91, Rec. p. I-4367, point 12 des conclusions.

35 — Points 15 et suiv. des conclusions du 27 janvier 1994, dans l'affaire Vaneetveld (C-316/93, arrêt du 3 mars 1994, Rec. p. I-763, I-765).

36 — Le juge M. Schockweiler a également pris position en faveur de l'applicabilité horizontale des directives dans sa contribution « Effets des directives non transposées en droit national à l'égard des particuliers », dans les mélanges Díez de Velasco: *Placa un nuevo orden internacional y europeo*.

37 — Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1993, conformément à l'article 8 A du traité CEE, devenu l'article 7 A du traité CE.

38 — Caractères italiques adoptés par nous.

39 — Deuxième considérant de la directive 85/577.

et ce à plusieurs titres. D'une part, il n'est pas satisfaisant que des justiciables, selon qu'ils entretiennent des rapports juridiques comparables avec un organisme rattaché à l'État ou avec une personne privée, soient soumis à des règles différentes. D'autre part, il est contraire aux exigences auxquelles doit répondre un marché intérieur que les particuliers soient régis par des législations disparates dans les différents États membres, alors que des dispositions d'harmonisation ont été adoptées par la Communauté.

52. Le maintien de ces disparités irait à l'encontre du but déclaré du rapprochement des législations. Cette constatation ne peut être réfutée en invoquant la nature des directives, qui fait que, jusqu'à leur transposition, on assiste nécessairement à des disparités entre les États membres<sup>40</sup>. En effet, cette inégalité ne doit être admise que jusqu'à l'expiration du délai de transposition. L'objet des directives veut que des conditions comparables prévalent ensuite.

53. L'argument tiré de la discrimination pèse encore plus lourd depuis l'entrée en vigueur du traité de Maastricht et de la citoyenneté de l'Union, inscrite dans le traité CE. Selon la volonté des États contractants<sup>41</sup>, le traité sur l'Union européenne constitue une

« nouvelle étape dans le processus d'intégration européenne engagé par la création des Communautés européennes ». Les articles 3 A et 7 A du traité CE soulignent l'importance du marché intérieur. Les articles 2, 3 et 3 A du même traité prévoient une communautarisation plus intense de la politique économique. L'article 3, sous s), exige une contribution au renforcement de la protection des consommateurs. Des dispositions plus détaillées à cet égard se trouvent à l'article 129 A. L'instauration d'une citoyenneté de l'Union suscite l'espérance d'une égalité des citoyens de l'Union, du moins devant le droit communautaire.

54. Dans le cas des directives dont le contenu a vocation à produire des effets dans les rapports entre personnes privées et qui comportent des dispositions ayant pour objet la protection de la partie la plus faible<sup>42</sup>, il est patent que la non-transposition d'une directive prive celle-ci de son effet utile. Après l'expiration du délai de transposition, l'application de normes protectrices ayant un contenu précis et inconditionnel devrait donc être possible. La disposition, voulue contraignante par le législateur communautaire, figurant dans une directive devrait se voir reconnaître un effet matériel sans que le comportement contraire au traité d'un État membre puisse faire obstacle à la sanction de situations juridiques en elles-mêmes complètes.

40 — Voir le point 8 de nos conclusions dans l'affaire Blangueron (C-38/89, Rec. 1990, p. I-83, I-88).

41 — Exprimée dans le premier considérant du traité sur l'Union européenne, précité (note 2).

42 — Voir par exemple la directive 80/987/CEE du Conseil, du 20 octobre 1980, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur (JO L 283, p. 23, voir à cet égard l'arrêt Francovich, précité) ou la directive 85/577, objet de la présente affaire comme de l'arrêt du 14 mars 1991, Di Pinto (C-361/89, Rec. p. I-1189).

55. Pour se prononcer en faveur de l'effet direct horizontal des directives, il faut partir du principe que sa raison d'être et son mode de mise en oeuvre ont une nature fondamentalement différente que dans le cas de l'effet direct vertical. Tandis que, pour l'applicabilité directe des directives comprise au sens traditionnel, le comportement contraire au droit communautaire de l'État membre détermine directement les rapports juridiques entre le particulier et l'État, le tiers personne privée n'a pas d'influence sur l'exécution d'une directive<sup>43</sup>. Les arguments et les principes juridiques<sup>44</sup>, avancés en faveur de l'applicabilité directe des directives vis-à-vis de l'État membre, selon lesquels celui-ci ne saurait profiter de son comportement contraire au droit communautaire<sup>45</sup> ne trouvent pas davantage application dans les rapports des personnes privées entre elles que la référence au caractère de sanction<sup>46</sup> de l'effet direct vis-à-vis de l'État.

56. L'applicabilité directe des directives dans les rapports entre personnes privées perdrait le caractère d'une exception dans le sens d'« invoquer » la norme favorable. La disposition directement applicable figurant dans une directive se verrait au contraire reconnaître des effets erga omnes. Elle serait dès lors assimilée à des dispositions directement

applicables figurant dans le traité<sup>47</sup>. La disposition produisant des effets horizontaux, figurant dans une directive, participerait de la primauté du droit communautaire, ce dont il y aurait lieu de se réjouir dans l'intérêt d'une application uniforme et efficace de celui-ci.

57. Bien que l'effet direct horizontal des directives apparaisse souhaitable pour les raisons venant d'être évoquées, des arguments de poids sont avancés à l'encontre d'une évolution jurisprudentielle allant dans ce sens.

58. On se réfère régulièrement, dans le cadre de ces arguments en sens contraire, au *texte de l'article 189 du traité CEE* et à la *nature de la directive*, qui n'est obligatoire qu'à l'égard des États membres et ne l'est, même vis-à-vis de ceux-ci, que quant à ses résultats.

59. A notre avis, ces arguments peuvent être réfutés. En ce qui concerne, tout d'abord, la liberté reconnue aux États membres quant au choix de la forme et des moyens pour l'exécution de la directive, cette liberté n'est en rien affectée jusqu'à l'expiration de la période intermédiaire. Même après, les États membres conservent — et ce également dans

43 — Il est vrai que, même dans le cadre de la jurisprudence existante sur l'effet des directives, la responsabilité directe de la violation du traité n'est pas nécessaire, comme le montre l'interprétation extensive, faite par la jurisprudence de la Cour, de la notion d'État; voir plus haut, point II.1.a).

44 — « Nemo auditur », « venire contra factum proprium », « estoppel ».

45 — Arrêt Becker, précité, point 24.

46 — Voir nos conclusions dans l'affaire Costanzo, précitée, point 23.

47 — Par exemple l'article 12 (arrêt du 5 février 1963, Van Gend & Loos, 26/62, Rec. p. 3), les articles 53 et 37, paragraphe 2 (arrêt du 15 juillet 1964, Costa, 6/64, Rec. p. 1141), les articles 9 et 13, paragraphe 2 (arrêt du 17 décembre 1970, Sace, 33/70, Rec. p. 1213), l'article 48 (arrêt du 4 décembre 1974, Van Duyn, 41/74, Rec. p. 1337) et l'article 119 (arrêt du 8 avril 1976, Defrenne, 43/75, Rec. p. 455).

l'hypothèse de l'effet direct de certaines dispositions — une marge d'aménagement à chaque fois que la directive l'a ainsi voulu. Seule une infime partie des dispositions figurant dans des directives se prêtera à l'applicabilité horizontale. Pour le reste, les États membres ne peuvent invoquer, après l'expiration du délai de transposition, des libertés qui ne leur ont été conférées qu'aux fins de l'exécution régulière et dans les délais prescrits de la directive.

60. Le caractère obligatoire pour l'État membre des résultats de la directive existe immédiatement, dès la prise d'effet de celle-ci. Pour ce qui est des résultats d'une directive, les États membres ne disposent normalement pas d'une marge d'appréciation. Parmi ces résultats figure, par exemple, le fait de donner au plus tard à la fin du délai de transposition force obligatoire à des normes protectrices<sup>48</sup>. Le caractère obligatoire de pareilles normes est — comme nous l'avons déjà fait observer — voulu par le législateur communautaire et inhérent à la nature de la directive. En effet, les directives ne sont pas des actes de moindre qualité, mais sont adressées, en vue de leur exécution, aux États membres, auxquels incombe une obligation, découlant du traité, de les transposer complètement et en temps utile.

61. La nature de la directive ne fait donc pas obstacle, à notre avis, à son effet horizontal. Celui-ci n'effacerait pas non plus la délimitation entre règlement et directive, les effets

directs de la directive n'étant possibles qu'après l'expiration du délai de transposition et seulement pour des dispositions claires et inconditionnelles.

62. Un autre argument avancé à l'encontre de l'applicabilité horizontale des directives est celui tiré de la *charge imposée aux tiers, incompatible avec les principes de l'État de droit*. Cet argument ne peut effectivement être écarté d'emblée. Il faut se demander si une personne privée dont le comportement est régulier dans le cadre de l'ordre juridique national peut se voir imposer des charges découlant d'une directive non transposée qui ne lui est pas adressée, pour lesquelles elle ne peut guère, en outre, se retourner contre l'État membre défaillant<sup>49</sup>.

63. Pour des raisons de sécurité juridique, l'effet horizontal des directives nous paraît, du point de vue du tiers subissant une charge, extrêmement problématique. La constatation que, même actuellement, les personnes privées se voient imposer indirectement des charges en raison de l'effet de directives directement applicables — par exemple du fait d'irrégularités commises lors d'une adjudication et mettant en cause la situation juridique des autres soumissionnaires et, le cas échéant, de l'attributaire<sup>50</sup> ou en raison de l'effet de telles directives dans le cadre d'une interprétation conforme au droit communautaire dans un litige entre sociétés

48 — Arrêts du 6 octobre 1970, Grad (9/70, Rec. p. 825, points 10 et 13), et Sace, précité, point 11.

49 — L'exercice d'une action en indemnité posera des problèmes au niveau du préjudice, car, si l'État membre avait transposé en temps utile, la charge imposée à la personne privée aurait également existé.

50 — Arrêt Costanzo, précité.

de droit privé <sup>51</sup> — n'est pas de nature à éliminer les réserves qu'appelle l'effet horizontal au regard des principes de l'État de droit.

du défaut de publication ne pourrait donc plus être opposée à l'effet horizontal de ces directives récentes.

64. La condition élémentaire d'une charge imposée au citoyen par des actes législatifs est leur *publication*, à caractère *constitutif*, dans un organe de publication officiel <sup>52</sup>. Cette condition n'est pas remplie par les directives qui ont été adoptées sur la base du traité CEE <sup>53</sup>. L'usage consistant à publier les directives au *Journal officiel* en tant qu'actes dont la publication n'est pas une condition de leur applicabilité ne remédie pas à cette situation. La publication au *Journal officiel* a un caractère purement déclaratif et ne conditionne pas la prise d'effet des directives, ce qui est parfois illustré par le fait qu'une note en bas de page indique la date de la notification de la directive aux États membres <sup>54</sup>, puisque c'est par la notification que la directive prend effet <sup>55</sup>. La possibilité de prendre connaissance d'un acte ne remplace pas sa publicité à caractère *constitutif*.

66. Pour des raisons tenant à la *sécurité juridique*, qui constitue un droit fondamental du citoyen se voyant imposer une charge, le public doit être dès maintenant préparé au fait qu'à l'avenir les directives devront se voir reconnaître un effet direct horizontal. Pour ces raisons également, on doit se réjouir des prises de position susmentionnées émanant de membres de la Cour <sup>56</sup>.

65. Pour les directives qui ont été et seront adoptées après l'entrée en vigueur du traité de Maastricht le 1<sup>er</sup> novembre 1993, la situation est fondamentalement différente. L'article 191 du *traité CE* prescrit également pour les directives la publication dans le *Journal officiel de la Communauté*. L'objection tirée

67. En faveur de la personne privée qui se voit imposer une charge et à l'encontre de l'effet horizontal des directives, on invoque la *confiance légitime*. Une confiance digne de protection existe certainement en ce sens que la personne privée n'a pas besoin de prévoir l'imposition de charges supplémentaires dans la mesure où elle agit régulièrement dans le cadre de son ordre juridique national. D'un autre côté, après la publication d'une directive et l'expiration du délai de transposition, la charge est prévisible. Nous nous demandons si la confiance dans le fait que le législateur national aura un comportement contraire au droit communautaire est digne de protection.

68. A l'encontre de l'effet horizontal des directives, on avance un argument fondé sur

51 — Arrêt *Marleasing*, précité.

52 — Arrêt du 20 septembre 1990, *Sevince* (C-192/89, Rec. p. I-3461, point 24).

53 — Cette objection ne peut être soulevée à l'encontre de l'applicabilité directe des dispositions du traité.

54 — Il en est ainsi de la note relative à l'article 9 de la directive 85/577.

55 — Voir article 191, deuxième alinéa, du traité CEE.

56 — Voir plus haut, point 47 et note 36.

le *principe de démocratie*. Selon cet argument, le déficit démocratique, qu'on déplore de toute façon dans le cadre de la législation communautaire, se trouve accru s'il est passé outre à l'intervention des parlements nationaux également pour l'application des directives.

69. En ce qui concerne le prétendu déficit démocratique, nous voudrions faire observer, d'une part, que les droits du Parlement européen de participer à l'élaboration de la législation communautaire ont été graduellement renforcés par l'Acte unique européen et par le traité de Maastricht. D'autre part, on ne peut soutenir, à notre avis, qu'il serait passé outre à l'intervention du législateur national.

70. Le législateur national a toute liberté, à l'intérieur du délai de transposition, pour choisir la forme et les moyens de la transposition de la directive en droit national<sup>57</sup>. Même après l'expiration du délai de transposition, l'obligation<sup>58</sup> du législateur national de transposer la directive subsiste, ainsi qu'une marge lui permettant de se conformer à cette obligation de l'une ou de l'autre manière, dans la mesure admise par la directive. Seules les dispositions figurant dans des directives ou les normes protectrices suffisamment précises pour être sanctionnées sans qu'un acte de mise en oeuvre soit nécessaire — et qui doivent être reprises dans cette mesure par le législateur national — produiraient immédiatement, dans le cadre de

l'ordre juridique national, des effets juridiques dans les rapports entre les destinataires de la réglementation en cause. Les craintes d'assister à une rupture entre la situation juridique existant pendant la période intermédiaire précédant la transposition de la directive en droit national et celle existant après sont à notre avis sans fondement, puisque les dispositions se prêtant à l'applicabilité horizontale doivent se retrouver également dans l'acte d'exécution.

71. L'objection selon laquelle la reconnaissance de l'effet direct horizontal des directives accroîtrait la négligence des États membres pour la transposition de celles-ci n'est à notre avis pas convaincante, le législateur national restant responsable de leur exécution complète. La reconnaissance, sur le plan des principes, de l'effet horizontal pourrait, le cas échéant, inciter l'État membre à procéder à la transposition dans les délais prescrits pour devancer l'application horizontale par les autorités et juridictions de la Communauté et des États membres. A notre avis, les arguments relatifs à la valeur pédagogique de l'applicabilité horizontale s'équilibrent les uns les autres, de sorte qu'ils ne pèsent ni en faveur ni à l'encontre de celle-ci.

72. Avant de conclure, nous voudrions encore faire observer que, dans le cas de la reconnaissance des effets horizontaux des directives, il faudrait en tirer les conséquences nécessaires sur le plan de la *protection juridictionnelle*. C'est ainsi qu'elles devraient, tout comme les règlements et décisions, être

57 — Arrêt Grad, précité, point 13.

58 — Arrêt du 6 mai 1980, Commission/Belgique (102/79, Rec. p. 1473, point 12).

susceptibles d'un recours au titre de l'article 173, deuxième alinéa<sup>59</sup>.

73. Nous sommes en définitive d'avis que l'effet horizontal des directives ne peut, pour des raisons de sécurité juridique, être envisagé pour le passé. Pour l'avenir, cet effet nous paraît toutefois s'imposer, sous réserve des limites indiquées, dans l'intérêt de

l'application uniforme et efficace du droit communautaire. Les charges en résultant imposées aux personnes privées nous semblent acceptables, car elles ne vont pas au-delà des contraintes qu'elles auraient subies en cas de comportement conforme au droit communautaire de l'État membre. C'est finalement la partie qui se prévaut de la disposition inconditionnelle et suffisamment précise figurant dans une directive qui supporte le risque du procès.

## C — Conclusion

74. Les considérations qui précèdent nous conduisent à proposer la réponse suivante aux questions préjudicielles:

- « 1) Les articles 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, et 5 de la directive 85/577/CEE revêtent la précision nécessaire à leur applicabilité directe dans la mesure où on peut en déduire une garantie minimale quant à la renonciation aux effets d'un contrat non encore exécuté. Pour le reste, la directive laisse sur plusieurs points une marge aux États membres pour les mesures de transposition en droit national.
- 2) a) Sur la base de la jurisprudence intervenue jusqu'à présent, une directive non transposée peut produire des effets vis-à-vis de l'État dans la mesure où tous les détenteurs de la puissance publique, notamment les juridictions, sont tenus de prendre toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations découlant de la directive.

59 — Arrêt du 29 juin 1993, Gibraltar/Conseil (C-298/89, Rec. p. I-3605), voir nos conclusions.

- b) Les carences dans l'exécution de la directive peuvent entraîner à la charge de l'État membre une obligation de réparation à l'égard d'une personne privée bénéficiaire de ses dispositions.
  
- 3) Sur la base de la jurisprudence constante de la Cour, une directive non transposée ne peut avoir d'effet direct dans les rapports entre personnes privées. Cette jurisprudence devrait être maintenue, pour des raisons de sécurité juridique, en ce qui concerne les situations passées.
  
- 4) Pour l'avenir, il paraît nécessaire de reconnaître, dans le cadre d'une évolution jurisprudentielle fondée sur le traité CE et dans l'intérêt d'une application uniforme et efficace du droit communautaire, l'applicabilité générale des dispositions précises et inconditionnelles figurant dans des directives, et ce pour répondre aux espérances légitimes que nourrissent les citoyens de l'Union après la réalisation du marché intérieur et l'entrée en vigueur du traité sur l'Union européenne. »