



**La proposition de règlement du 11 octobre 2011 sur
le Droit Commun Européen de la Vente.
Regard de la doctrine française**

Christopher Jacquet-Cortès

Mémoire de Master 2 recherche Droit international privé et comparé

*Sous la direction de Pascale Deumier
Professeur à l'Université Jean Moulin Lyon 3*

N° 6

Université Jean Moulin Lyon 3 – Faculté de Droit
Équipe de Droit International Européen et Comparé – EA n° 4185
Lyon – 2014

Le présent ouvrage peut être utilisé, par de courtes citations, pour un usage personnel et non destiné à des fins commerciales.

Il doit être cité comme suit :

Jacquet-Cortès (Christopher). – *La proposition de règlement du 11 octobre 2011 sur le Droit Commun Européen de la Vente. Regard de la doctrine française.* – Mémoire de master 2 recherche Droit privé international et comparé / sous la direction du Professeur Pascale Deumier. – Lyon : Équipe de Droit International, Européen et Comparé, 2014. – 89 p. – (Les Mémoires de l'Équipe de Droit International, Européen et Comparé : n° 6). – Document disponible sur le site web de l'Équipe de Droit International, Européen et Comparé, à l'adresse : <http://ediec.univ-lyon3.fr/publications>.

ISSN : 2778-2441

Directrice de publication : Frédérique Ferrand, Professeure des universités, Agrégée de droit privé, Directrice de l'Équipe de Droit International, Européen et Comparé

Responsable d'édition : Véronique Gervasoni, Responsable administrative de l'EDIEC

Université Jean Moulin Lyon 3 – Faculté de Droit

Équipe de droit international, européen et comparé – EDIEC, EA n° 4185

15 quai Claude Bernard, BP 0638, 69239 Lyon Cedex 02

BP 0638 – 69239 Lyon Cedex 02 – **Tél.** : ++ 00 / 33 478 787 251 – **Fax** : ++ 00 / 33 478 787 466

Courriel : ediec@univ-lyon3.fr – **Web** : <http://ediec.univ-lyon3.fr>



**La proposition de règlement du 11 octobre 2011 sur le Droit
Commun Européen de la Vente.
Regard de la doctrine française**

Christopher Jacquet-Cortès

Mémoire de Master 2 recherche Droit international privé et comparé

*Sous la direction de Pascale Deumier
Professeur à l'Université Jean Moulin Lyon 3*

N° 6

**Université Jean Moulin Lyon 3 – Faculté de Droit
Équipe de Droit International Européen et Comparé – EA n° 4185
Lyon – 2014**

SOMMAIRE

INTRODUCTION

PREMIÈRE PARTIE – DE L’OPPORTUNITÉ D’ADOPTER UN DROIT COMMUN EUROPÉEN DE LA VENTE : ENTRE OUTIL DU MARCHÉ INTÉRIEUR ET SYMBOLE EUROPÉEN

CHAPITRE 1 – L’ÉDIFICATION D’UN DROIT COMMUN EUROPÉEN DE LA VENTE AU SERVICE DU MARCHÉ INTÉRIEUR

CHAPITRE 2 – LE CHANGEMENT DE POLITIQUES EUROPÉENNES PAR LA NATURE NOVATRICE DU DROIT COMMUN EUROPÉEN DE LA VENTE

DEUXIÈME PARTIE – DU RÉGIME PROPOSÉ DE DROIT COMMUN EUROPÉEN DE LA VENTE : ENTRE PROTECTION ET UNIFORMISATION

CHAPITRE 1 – LES MODALITÉS DU CHOIX

CHAPITRE 2 – ILLUSTRATIONS DES POLITIQUES EUROPÉENNES DANS LE RÉGIME

CONCLUSION

LISTE DES ABRÉVIATIONS

Ass. Plén.	Assemblée plénière
Cass.	Cour de cassation
CCBE européens)	The Council of Bars and Law Societies of Europe (Conseil des barreaux
CCR	Projet de Cadre Commun de Référence
CDEC	Projet de Code de Droit Européen des Contrats
Civ.	Cour de cassation, Chambre civile
Contrats B2B	Contrats entre professionnels
Contrats B2C	Contrats entre un professionnel et un consommateur
Contrats C2C	Contrats entre deux personnes non professionnelles
CVIM	Convention de Vienne sur la Vente Internationale de Marchandise
DCEV	Droit Commun Européen de la Vente
JO	Journal officiel
PME	Petites et moyennes entreprises
RDC	Revue des contrats
TEE	Réseau Trans Europe Experts

INTRODUCTION

« La production du droit communautaire a été nettement inflationniste. (...) Une dérive du droit communautaire s'est ainsi accomplie par l'extension progressive du domaine européenisé. Le noyau primitif était l'économique, peut-être le social (le social moins que l'économique). Mais l'économie est partout ; et parvenue à un point, la compétence communautaire tend à pousser plus en avant sa conquête par association d'idées. »¹

Ces propos ont été tenus par le Doyen Carbonnier dans son ouvrage *Droit et passion du droit sous la V^e République*, rédigé en 1996. Avant même la rédaction des règlements européens de droit international privé et la multiplication des textes d'harmonisation à partir des années 2000, le Doyen Carbonnier avait déjà perçu la tendance inflationniste du droit européen et l'extension progressive de son champ d'action. La proposition de règlement sur le Droit Commun Européen de la Vente du 11 octobre 2011 s'inscrit d'une certaine façon dans ce mouvement. En effet, la Commission européenne veut, par ce nouveau règlement, réguler les contrats de vente transfrontières au sein de l'Union européenne. Le texte entrerait dans la compétence de régulation pour le bon fonctionnement du Marché intérieur puisqu'il permettrait de soulever la barrière de la diversité des législations et ainsi d'encourager le commerce transfrontière. Il entraîne aussi la création d'un embryon de droit commun appliqué aux contrats de vente à distance. À l'image du *ius commune* romain, la force symbolique qui en découle est indéniable et soulève des questionnements quant à la compétence et la légitimité des institutions européennes pour ériger un tel corps de règles. De la sorte, il n'est pas possible de voir la proposition de règlement sur le DCEV comme un simple texte d'harmonisation supplémentaire. Le texte est tout à fait original en ce qu'il instaure un second régime interne optionnel de droit de la vente. Il ne s'agit donc plus de règles de conflit de juridictions ou de conflit de lois, ni même d'une directive devant être ensuite transposée en droit interne, mais bien d'un instrument optionnel applicable selon la volonté des parties.

Le DCEV est un corps de règles qui serait applicable uniformément dans l'Union européenne aux contrats de vente transfrontières à distance par le choix des parties. Sa nature de droit commun lui confère certaines caractéristiques. Ces dernières sont une autonomie et une uniformité couplées avec un caractère optionnel novateur. Il s'inscrit donc dans une nouvelle logique d'uniformisation des législations pour pallier leur – trop grande ? – diversité au sein du Marché intérieur. Cette politique législative vise à s'affranchir des lenteurs et désavantages de l'harmonisation par les directives qui ne peuvent réduire suffisamment les différences entre les droits nationaux européens. Son autonomie lui permettrait une cohabitation avec les droits internes et se justifie par un objet de régulation ciblé : les contrats de vente transfrontières à distance. Enfin, son optionalité vise à obtenir une légitimité confirmée par les praticiens et les justiciables ainsi qu'une force contraignante allégée.

Le DCEV est aussi « le fils du droit européen des contrats »², conceptualisé depuis le xx^e siècle. Le texte proposé en est une de ses manifestations spécifiques. Dans un cadre encore plus large, il fait conceptuellement partie du droit privé européen. Ce dernier est constitué de

¹ J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Paris, Flammarion, Champs Essais, 1996, p. 51.

² O. DESHAYES, « Préface », p. 7 in : *Le droit commun européen de la vente, examen de la proposition de règlement du 11 octobre 2011*, Paris, Société de législation comparée, 2012.

dispositions de droit substantiel principalement issues de l'harmonisation³. Il ne s'envisage pour l'instant qu'à travers ses manifestations nationales. En parallèle, la construction juridique européenne s'est aussi développée par le biais des règles de conflits de droit international privé. Ces dernières visent à réguler les conflits de juridictions et de lois et font l'objet d'un déploiement important depuis le début des années 2000 par la publication de règlements européens. Le droit international privé est aussi un vecteur de politiques européanistes puisqu'il a permis la consécration de l'autonomie de la volonté en droit des contrats internationaux et la protection de certaines parties faibles comme les consommateurs, les assurés et les travailleurs. Pour Hélène Boucard⁴, le droit européen des contrats renferme une concurrence implicite entre les droits qui le composent : harmonisation, droits nationaux et instruments internationaux d'uniformisation. Pour autant, certaines questions restent pendantes telles que celles de l'opportunité de l'adoption d'un instrument européen d'uniformisation, son avènement et son caractère additionnel ou optionnel. La Commission a clairement décidé d'emprunter la voie de l'instrument optionnel international d'uniformisation. Quant à sa réalisation, si le processus législatif européen est bien engagé, le vif débat autour du régime optionnel de DCEV l'a grandement remis en question. Dans cette entreprise, l'auteur cité précédemment prône l'exemplarité de certains mécanismes de rédaction et met en garde contre certaines déficiences qui seraient malvenues. Pour elle, l'éclectisme, c'est-à-dire la pluralité des sources d'inspiration et des solutions, le réalisme face aux pratiques commerciales et aux besoins identifiés et, enfin, la créativité, qui permet à plus long terme d'inspirer les législateurs nationaux, sont des mécanismes à reproduire. *A contrario*, il faut éviter les lacunes même si les textes internationaux ne peuvent tout prévoir. Il est vrai que si une question de droit essentielle échappe à l'instrument, cela peut avoir de lourdes conséquences tant sur le plan factuel que juridique. Le second écueil à éviter est celui de l'abus des standards. Pour illustrer son propos Hélène Boucard donne l'exemple du délai raisonnable. Celui-ci laisse place à une certaine interprétation et nuit à l'uniformité d'application des textes dans lesquels il est contenu. À petite échelle, le standard peut être utile, mais sa trop grande présence peut nuire à la cohérence dans l'application d'un instrument.

Pour saisir pleinement les intérêts et problématiques soulevés par la proposition étudiée par les institutions européennes, il faut revenir sur sa longue maturation⁵. Déjà au xx^e siècle, l'idée d'une codification du droit en Europe était présente⁶. Ainsi, en 1916 un projet de Code des obligations franco-italien a vu le jour avant d'être abandonné. Dans la même logique, en 1953, l'association française Henry Capitant a rédigé un projet de Code européen des obligations qui n'a pas eu plus de succès. Par la suite, une résolution du Parlement européen du 26 juin 1989⁷ prôna l'édification d'un Code européen de droit privé. Cette résolution fut renouvelée en 1994⁸. Le 16 mars 2000, une nouvelle résolution du Parlement engageait un

³ C. AUBERT DE VINCELLES, « La recherche d'une cohérence en droit européen : de l'acquis communautaire à l'ébauche d'un droit européen des contrats », p. 7s. in : *Droit européen du contrat et droits du contrat en Europe : quelles perspectives pour quel équilibre ?*, dir. G. Wecker, Paris, Litec, 2008, Colloques et débats.

⁴ H. BOUCARD, « Les instruments internationaux d'unification : concurrence ou modèle pour les droits nationaux ? », p. 29s. in : *Droit européen du contrat et droits du contrat en Europe*, préc.

⁵ Y. BALENSI, F. BAUMGARTNER, Opportunité et légitimité du projet de règlement relatif à un droit commun européen de la vente, *Revue des contrats*, 1^{er} octobre 2012, n° 4, p. 1400.

⁶ C. MAISONNEUVE, « Approche historique du droit des contrats », p. 27-43 in : *Le livre vert « relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises »*. *Contributions du LEJEP*, dir O. Deshayes, Paris, Lextenso, LEJEP, 2011.

⁷ Résolution PE du 26 mai 1989 sur un effort de rapprochement du droit privé des États membres, *JOCE* du 26 juin 1989, n° C 158, p. 400.

⁸ Résolution PE du 6 mai 1994 sur l'harmonisation de certains secteurs du droit privé des États membres, *JOCE* du 25 juillet 1994, n° C 205, p. 518.

mouvement d'harmonisation du droit civil⁹. Cette volonté politique s'est également traduite par la création d'une commission chargée d'effectuer des travaux préparatifs à un éventuel futur Code européen de droit privé sous la présidence de Ole Landö¹⁰. La volonté des institutions européennes et d'une certaine partie de la doctrine d'adopter un droit privé commun et uniforme n'est donc pas nouvelle.

La Commission européenne était donc chargée de cette mission d'harmonisation voire d'uniformisation à long terme du droit civil dans l'Union européenne. Et, plus récemment, véritable point de départ de l'élaboration de la proposition étudiée, a été publiée une communication de la Commission le 11 juillet 2001¹¹ resserrant ses ambitions autour du droit européen des contrats. Les réactions mitigées ont conduit à la publication d'une seconde communication plus précise le 12 février 2003¹² dont le titre marquait la volonté d'action de la Commission « Un droit européen des contrats plus cohérent – Un plan d'action ». Un an plus tard, le 11 octobre 2004, une troisième communication fut publiée, intitulée cette fois-ci « Droit européen des contrats et révision de l'acquis »¹³. Le mouvement était enclenché. À la même époque, la Commission constitua un groupe de travail mené par le professeur Von Bar pour l'élaboration d'un Cadre commun de référence. Le concept était celui d'une « boîte à outils » servant de base conceptuelle et terminologique aux législateurs nationaux européens pour leurs réformes de droit des obligations. En parallèle, avait été constitué un réseau du CCR visant à interagir avec le groupe de travail en donnant certains avis. Le résultat fut présenté à la Commission fin 2008 et publié un an plus tard. Le projet de CCR ou *Draft Common Frame of Reference* était né. Du côté français, l'Association Henri Capitant et la Société législative de droit comparé, membre du réseau du CCR, ont élaboré et présenté en 2008 leur propre projet constitué de deux parties : le premier volume traitait des principes contractuels communs, et le second de la terminologie contractuelle commune. Entre temps, la commission Landö dite « Groupe d'étude sur un Code civil européen » avait élaboré les Principes de droit européen des contrats ou PDEC. Également, un « *Acquis group* » avait été constitué pour réviser l'acquis communautaire.

L'année 2008 fut donc charnière en ce qu'elle permit la confrontation de plusieurs options de construction du droit européen des contrats. La première était la poursuite de la voie d'harmonisation avec les travaux de l'*Acquis group*. La seconde consistait en l'élaboration de texte de *soft law* avec les PDEC et le projet de CCR. La troisième et dernière option était une idée plus ancienne de la Commission : celle d'un instrument optionnel de droit des contrats. Le choix de politique législative ne se fit pas beaucoup attendre.

Dès le 26 avril 2010, un groupe de travail fut mis en place avec pour mission de réaliser une étude de faisabilité sur l'instrument optionnel. Dès cet instant, la Commission avait orienté cette étude sur un instrument optionnel dont le champ d'application était limité aux contrats de vente transfrontières. Le 1^{er} juillet 2010 fut publié un livre vert relatif « aux actions envisageables en vue de l'élaboration d'un droit européen des contrats »¹⁴. Ce texte proposait

⁹ Résolution PE du 16 mars 2000 concernant le programme de travail de la Commission pour 2000, JO C 377 du 29 décembre 2000, p.323.

¹⁰ C. MAISONNEUVE, op. cit., p. 33.

¹¹ COM(2001) 398 final, JO C 255 du 13 septembre 2001.

¹² Communication du 12 février 2003 de la Commission au Parlement Européen et au Conseil, *Un droit européen des contrats plus cohérent – Un plan d'action*, COM(2003) 68 final, JO C 63 du 15 mars 2003.

¹³ Communication de la Commission du 11 octobre 2004 au Parlement européen et au Conseil: *Droit européen des contrats et révision de l'acquis: la voie à suivre* [COM(2004) 651 final – Non publié au Journal officiel].

¹⁴ *Livre vert de la Commission du 1^{er} juillet 2010 relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises* [COM(2010) 348 final – Non publié au Journal officiel].

sept options allant de la moins contraignante, c'est-à-dire une recommandation de la Commission aux législateurs européens pour s'inspirer du CCR, à la plus contraignante, un règlement instituant un Code civil européen. Une grande partie de la doctrine européenne opta pour l'option numéro quatre, un instrument optionnel sur le droit de la vente. Au mois d'octobre, les travaux du groupe d'experts démarrèrent et s'accompagnèrent de la création d'un *sounding group* composé de professionnels et d'associations de consommateurs européennes dont le but était de réagir à l'avancée des travaux.

Le 3 mai 2011 l'étude de faisabilité été rendue avec une pré-rédaction du texte constituant un véritable « projet clé en mains »¹⁵. C'est finalement avec peu de modification que, le 11 octobre 2011, la Commission présenta la proposition de règlement sur le DCEV¹⁶.

La Commission a par ailleurs décidé de poursuivre l'harmonisation du droit des contrats avec la publication en 2006 d'un livre vert sur la révision de l'Acquis, duquel est née une proposition de directive en 2008. Finalement, le processus a abouti à la directive du 25 octobre 2011¹⁷, contemporaine de la proposition de règlement. Cette dernière directive regroupe les dispositions protégeant le consommateur pour les contrats à distance et hors établissement commercial déjà mises en place par les directives du 20 décembre 1985¹⁸ et du 20 mai 1997¹⁹. L'harmonisation du droit des contrats s'est développée à travers le droit de la consommation de l'Union européenne et d'autres matières par l'édition de sept directives entre 1985 et 1999.

Au-delà du seul contexte européen, le phénomène d'harmonisation du droit des contrats s'est manifesté à plusieurs occasions. Le premier texte qui témoigne de cette harmonisation est celui des principes UNIDROIT en 1994 puis en 2004 et 2008²⁰. L'organisation UNIDROIT a aussi rédigé des clauses types de contrats internationaux. Elle s'inspire des travaux du groupe de l'Université de Pavie, du groupe d'étude du Code européen des contrats, de la commission Landö, du groupe de Trente et de l'*Acquis Group*. Un deuxième texte dont l'impact se mesure en dehors des frontières de l'Union est la Convention de Vienne de 1989²¹. Elle régle les contrats internationaux de vente de marchandises.

Suite à la publication de la proposition de règlement sur le DCEV, les réactions de la doctrine, des parlements nationaux, des praticiens, et des regroupements européens de professionnels et de consommateurs se sont fait connaître. Elles ont, pour une partie d'entre elles, été très critiques avec l'instrument optionnel.

Plus précisément, le débat houleux qui a lieu autour de ce projet a pu porter sur la compétence de la Commission et le respect du principe de subsidiarité pour l'édification d'un tel régime optionnel. Cette prescription issue des Traités de l'Union européenne n'autorise les institutions européennes à agir dans leurs domaines de compétences partagées que si les États

¹⁵ Selon l'expression de H. CLARET, G. PIGNARRE, et groupe de travail du CDPPOC, Les Méthodes de la commission : À quoi sert-il de convaincre quand à a déjà contraint ?, D. 2011. 198.

¹⁶ Proposition de règlement du Parlement européen et du conseil du 11 octobre 2011 relatif à un droit commun européen de la vente, COM (2011) 635 final, 2011/0284 (COD) C7-0329/11.

¹⁷ Directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, JOUE n° L 304, 22 nov. 2011, p. 64.

¹⁸ 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, JO n° L 372 du 31/12/1985 p. 31.

¹⁹ Directive 97/7/CE, du Parlement européen et du Conseil, du 20 mai 1997, concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance.

²⁰ B. KHOL, Rapport de Synthèse p. 208 in : *Vers un droit européen des contrats spéciaux – Toward a european law of specific contracts*, dir. D. Voinot et J. Sénéchal, Bruxelles, Larcier, 2012.

²¹ Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980), signée par quatre-vingts États.

membres ne peuvent remédier d'eux-mêmes au problème identifié. Le respect du principe de subsidiarité a d'ailleurs été lourdement remis en question par le Sénat belge, le *Bundestag* allemand, le Conseil fédéral autrichien, et la Chambre des *lords* du Royaume-Uni. Cette mise en garde a été reçue par le Parlement européen, qui lors de sa première lecture, le 26 février 2014, a considérablement restreint le champ d'application matériel de l'instrument par 264 amendements²². Cette modification avait également été prônée par le Conseil de l'Union par note du 1^{er} juin 2012²³. Il a également enjoint la Commission de procéder à la nouvelle rédaction dans le respect de ces amendements ou de prévoir un tout nouvel instrument. La résolution du 26 février 2014 s'est attachée, en plus de réduire l'applicabilité matérielle du DCEV, à clarifier son contenu et renforcer la protection des consommateurs. Il reste que, sur le principe, l'édification d'un instrument optionnel de droit des contrats est validée par les députés européens. Le Parlement avait également inclus le DCEV dans sa résolution sur les priorités des travaux de la Commission pour l'année 2014²⁴ en le mettant en relief avec le rapport « Europe 2020 »²⁵. « La balle est maintenant dans le camp de la Commission » dont le prochain mouvement ne devrait pas tarder à être opéré.

Du projet initial de Code européen de droit privé à un instrument optionnel applicable aux seuls contrats de vente à distance entre professionnels ou avec un consommateur, « la montagne européenne a donc accouché d'une souris ». Pour autant, le DCEV représente un objet d'intérêts incontournable. Dans un premier temps, il repose sur un véritable projet de politique européenne en ce qu'il représenterait la première manifestation de droit commun uniforme. En cela, tous les européens, qu'ils soient consommateurs, professionnels ou encore représentants politiques sont concernés. Certes, le Doyen Carbonnier regrettait l'inflation normative du droit européen mais le DCEV est doté d'une force symbolique incontestable. Au-delà, la Commission a justifié son intervention par le bon fonctionnement du Marché intérieur, l'anéantissement des barrières au libre-échange. De ce point de vue, la proposition de règlement mérite une attention particulière. Le DCEV, bien que limité dans son champ d'application, fait aussi interagir une multitude de pans du droit. De la sorte, droit des contrats, droit de la consommation, droit commercial ou encore droit du Marché intérieur sont concernées par le régime proposé.

Dans un second temps, le DCEV et plus largement l'harmonisation du droit des contrats au sein de l'Union européenne, ou au-delà de ses frontières, met en lumière la doctrine. Cette dernière a deux rôles dans ce mouvement. Le premier est celui de l'élaboration. En effet, à la différence des processus législatifs nationaux, la doctrine a une place de choix dans la rédaction des textes de droit international des contrats. L'organisation UNIDROIT est un parfait exemple de regroupement d'universitaires à l'origine de normes internationales, certes non contraignantes. L'Union européenne se repose aussi sur la doctrine en lui confiant la rédaction des projets de droits européens des contrats. Ce fut le cas pour la commission Landö et le groupe présidé par le professeur Von Bar. Le DCEV n'a pas été une exception de ce point de vue. Le second rôle de la doctrine est celui de la réaction, de la critique face aux travaux des groupes de rédaction. L'organisation de colloques, les publications de groupes et les articles

²² Résolution législative du Parlement européen du 26 février 2014 sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente [COM(2011)0635 – C7-0329/2011 – 2011/0284(COD)] (Procédure législative ordinaire : première lecture).

²³ Note du Conseil du 1^{er} juin 2012 sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente [10611/12, 2011/0284(COD)].

²⁴ Résolution du Parlement européen sur les priorités du Parlement européen pour le programme de travail de la Commission 2014 [2013/2679(RSP)].

²⁵ Communication de la Commission du 3 mars 2010 intitulée « Europe 2020 : Une stratégie pour une croissance intelligente, durable et inclusive » [COM(2010) 2020 final – Non publié au *Journal officiel*].

doctrinaux sont les moyens pour construire cette critique.

Face à ce phénomène de revalorisation de la doctrine, il est intéressant d'étudier comment les universitaires français y prennent part. D'abord, sur le fond, le constat est saisissant. Le DCEV et la perspective d'un éventuel droit commun européen, en particulier des contrats, pousse la « passion du droit » présentée par le Doyen Carbonnier à son point culminant²⁶. Il transparaît des travaux de la doctrine française sur le DCEV, soit un soutien à la construction juridique européenne, soit un rejet complet de celle-ci. Il apparaît difficile de ne pas laisser apparaître ses convictions face aux implications symboliques d'un tel projet. Malgré cela, les écrits doctrinaux sont riches d'arguments pour ou contre le DCEV. Est-il opportun d'adopter un régime optionnel de droit de la vente ? Est-il nécessaire de changer de politique législative européenne ? L'instrument proposé protège-t-il convenablement les consommateurs et les PME ? Son optionalité permet-elle vraiment de laisser intacts les droits internes ? Les objectifs de la Commission sont-ils atteignables par ce biais ? Ces quelques questions ne sont que des exemples de problématiques soulevées par les universitaires français. Sur la forme ensuite, la doctrine française porte un intérêt certain aux questions de droit international. La participation de certains auteurs à des groupes de recherches européens est manifeste. À ce titre, il faut citer le réseau Trans Europe Experts, dans lequel les universitaires français sont particulièrement actifs et dont les travaux ont pu se focaliser sur le DCEV. En revanche, les ouvrages généraux de droit des obligations ne consacrent que très peu de pages au droit privé européen, voire aucune. De même, l'enseignement spécialisé du droit européen des contrats dans les facultés est rare. Ces affirmations pourraient démontrer un certain rejet de ce corps de règles européen. Pourtant, il nous semble que plusieurs explications peuvent être avancées. Premièrement, le droit européen des contrats ne se manifeste jusqu'ici majoritairement que par une harmonisation menée par les directives. Or celles-ci sont transposées en droit interne et s'analysent donc dans le contexte national. Ensuite, si l'existence d'un droit européen des contrats est indéniable, son développement est encore substantiellement faible et peu contraignant. Il n'a peut-être pas encore atteint une consistance suffisante pour faire l'objet d'un traitement indépendant systématique dans les ouvrages et les enseignements universitaires. Enfin, l'étude des normes internes correspond à des problématiques et un esprit différents du droit de l'Union²⁷. Cette différence est marquée par les objectifs de l'Union européenne qui, pour l'instant, se concentrent dans les Traités sur les questions économiques. L'appréhension de ces problématiques internationales nécessite donc une certaine conscience européenne.

Quoi qu'il en soit, la doctrine française porte un intérêt critique au droit privé européen en construction. Toutefois, la proposition de règlement n'a entraîné la publication que de deux ouvrages²⁸. Un de ces ouvrages a été rédigé par le réseau Trans Europe Experts et est notable pour s'être accompagné d'un tableau comparatif des différentes dispositions contenues dans le DCEV, la CVIM et les principes UNIDROIT. En sus, certaines revues juridiques ont consacré des numéros spéciaux au projet étudié. Pour autant, comme guidés par la conscience que le DCEV n'est qu'une étape vers un potentiel droit privé commun européen, les autres ouvrages n'abordent la proposition que dans une réflexion plus générale sur l'harmonisation du droit des contrats.

²⁶ « C'est un fait que, plus il y a de lois qui s'entrechoquent, plus la passion du droit (du droit international privé) dévient enivrante. Tel le métier de changeur, qui s'épanouit dans la multiplication des monnaies », J. CARBONNIER, *op. cit.*, p. 45.

²⁷ J-S. BERGÉ, Premiers ouvrages consacrés à la proposition de règlement portant droit commun européen de la vente : entre contextualisation et décontextualisation, *Revue des contrats*, 2013 n° 2, p. 667.

²⁸ Ibid.

Ainsi, les problématiques soulevées par la création d'un Droit Commun Européen de la Vente, même finalement restreintes aux contrats à distance, sont innombrables. Quelques-unes des plus importantes peuvent d'ores et déjà être exposées. La première est celle de la réalité du constat de base sur lequel s'assoie le texte proposé et les objectifs qui sont fixés pour améliorer la situation au sein du Marché commun. Ces deux thèmes constituent pour l'essentiel les éléments qui permettent d'entrevoir si l'action envisagée est légitime ou non. Ensuite, la deuxième problématique concerne la nature de droit commun et les caractéristiques du régime proposé. Les exemples historiques et étrangers pourront aider à identifier la nature du DCEV. Il en découle alors la question de savoir si la Commission, et plus généralement les institutions de l'Union européenne, ont la compétence pour édifier un tel corps de règles. En sus, l'étude des deux premières problématiques permet d'apprécier les conditions de réussite d'un tel instrument. En troisième lieu, une autre interrogation a trait à la mise en place du régime et recouvre les questions de champ d'application et de modalités de l'option pour le DCEV. D'énormes problématiques concernent la configuration du régime, son contenu. Dès lors, l'analyse de certaines dispositions du régime a pour but d'entrevoir si les objectifs peuvent être atteints grâce à elles, mais également d'identifier les lacunes et les imprécisions du texte. Ces exemples de questionnements au sujet de la proposition de règlement ne sont bien sûr pas exhaustifs tant les considérations à prendre en compte sont pléthore.

Les développements qui suivront tenteront d'apporter des réponses aux problématiques citées, et plus généralement essaieront de présenter la proposition de règlement et ses implications. Cette étude sera menée au regard du texte proposé le 11 octobre 2011 d'ailleurs très commenté. La résolution du 26 février 2014 du Parlement européen amendant abondamment la proposition sera également prise en compte, bien que n'ayant encore entraîné aucun commentaire des universitaires, pour essayer de se représenter les avantages et inconvénients des changements qu'elle opère. Si, comme nous l'avons dit, la « passion du droit » est flambante face à un tel projet, cette étude sera l'occasion de tenter modestement de prendre part à un débat objectif.

La réflexion se déroulera alors autour de deux axes. Le premier étant celui de l'opportunité d'adopter un instrument optionnel de DCEV (Première partie) et le second étant constitué par l'analyse du régime proposé au regard des objectifs fixés (Deuxième partie).

PREMIÈRE PARTIE
DE L'OPPORTUNITÉ D'ADOPTER UN DROIT COMMUN EUROPÉEN DE LA VENTE : ENTRE OUTIL
DU MARCHÉ INTÉRIEUR ET SYMBOLE EUROPÉEN

L'opportunité d'adopter un instrument comme le règlement sur le Droit Commun Européen de la Vente (DCEV) ne peut s'apprécier que par l'étude de plusieurs problématiques. Les travaux exécutés par les institutions et la doctrine européenne depuis plus d'une décennie ont débouché sur la proposition de règlement du 11 octobre 2001. Les auteurs français ont pu mettre en exergue plusieurs points décisifs dans l'appréciation de ces problématiques. Pourquoi adopter un tel instrument ? Comment se configure-t-il ? Est-il respectueux de la souveraineté et des droits des États membres ? Pour tenter de répondre à ces interrogations, il faut essayer de comprendre la réflexion des rédacteurs de la proposition. Or il semble que ces derniers ont d'abord voulu adopter une vision plus pragmatique des fonctions à donner à l'instrument (Chapitre 1) et le résultat de leurs travaux a débouché sur la proposition d'un instrument aux caractéristiques originales qui marque une volonté de changer de voie dans la construction d'un droit privé européen (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 – L'ÉDIFICATION D'UN DROIT COMMUN EUROPÉEN DE LA VENTE AU
SERVICE DU MARCHÉ INTÉRIEUR

Les échecs des tentatives de construction d'un droit privé européen ont conduit la Commission européenne à adopter une approche sectorielle resserrant ainsi les objectifs (Section 1). La clarification de ces derniers a, alors, incité la doctrine à identifier les conditions de réussite de l'instrument (Section2).

SECTION 1 – LA NÉCESSITÉ DE RÉGULER LES CONTRATS DE VENTE TRANSFRONTIÈRES

Les objectifs affichés par les rédacteurs de la proposition de règlement sur le DCEV (§ 2) sont justifiés par un constat de base d'ailleurs critiqué (§ 1).

§ 1 – Le constat de base critiqué

La Commission européenne a pris appui sur plusieurs études pour justifier l'édiction d'un instrument aux fonctions multiples telles qu'elle l'a proposé. Gardant en tête la mission du bon fonctionnement du Marché intérieur dont elle est investie par les traités, elle a tiré les conséquences de ces études en en relevant les obstacles au libre-échange. Ce constat de base est celui qui, pour les politiques européennes, semble avoir créé la nécessité d'engager le chantier du Droit Commun Européen de la Vente. Deux études contemporaines de la proposition ont été mises en avant dans son exposé des motifs²⁹. La diversité des législations au sein même de l'union est alors pointée du doigt et serait source de tous les maux de la vente internationale au sein du Marché commun.

Force est de constater qu'une partie de la doctrine française est très critique vis-à-vis de ce constat de base. Du moins, si les études avancées prouvent des faits peu contestables, ces

²⁹ *Eurobaromètre* 320 de 2011 sur le droit européen des contrats dans les transactions entre professionnels, p. 15, et *Eurobaromètre* 321 de 2011 sur le droit européen des contrats dans les transactions entre consommateurs, p. 19.

auteurs s'accordent à dire que le lien de causalité entre cette faible activité de ventes internationales et la divergence trop importante des législations est inexistant.

Pourtant, dans le détail, les études montrent que, dans le Marché commun, seulement 10 % des vendeurs professionnels orientent leurs activités vers l'étranger. De surcroît, lorsque ces vendeurs ont une activité internationale, elle n'est présente que dans très peu d'États membres. Les raisons de cet état du commerce dans le Marché intérieur sont présentées comme évidentes par la Commission. L'obstacle principal est la trop grande variété de législations sur la vente. Cette entrave serait ressentie par les professionnels de la vente comme plus importante que les acceptions fiscales, administratives ou même pratiques (difficultés liées à la livraison, à la langue ou encore aux différences de cultures). Mais comment cette diversité influe-t-elle sur les professionnels ? Pour la Commission, l'impact se traduit par un constat simple pour ces agents économiques : le commerce international génère plus de coûts que le commerce interne. Effectivement, un budget est à prendre en compte pour l'étude du droit étranger applicable ou le recours à un éventuel conseil juridique, par exemple. Des contre-exemples peuvent être trouvés, mais il semble que les entreprises les plus touchées par ces freins sont les petites et moyennes entreprises.

Les critiques de ce constat de base sur les habitudes des professionnels s'attachent à relativiser cet effet néfaste de la diversité des droits. Certains auteurs eurosceptiques vont même jusqu'à dénoncer un « acharnement » des politiques européennes³⁰. Il est vrai que l'argument de la diversité des législations est l'une des justifications utilisées par les instances de l'Union européenne depuis 2001 dans ses tentatives d'uniformisation des droits des contrats. Relativiser le constat des obstacles à la vente transfrontière n'est finalement pas si compliqué pour qui veut s'y atteler. 82 % des entreprises européennes estimerait que le droit des contrats n'est pas significatif dans le choix de vendre à l'étranger ou non. Cette affirmation priverait de pertinence l'argument de la Commission selon lequel le coût moyen des recherches sur le droit étranger, préalablement à l'orientation de l'activité au-delà des frontières, est de 10 000 euros. En effet, si peu d'entreprises se soucient du droit étranger, elles ne recourent pas à ces recherches. En revanche, il nous semble que cet argument perd tout son sens dès l'apparition d'un litige. Dans ce cas, l'assistance d'un conseiller juridique spécialiste du droit applicable sera indispensable au même titre que des recherches sur les règles applicables. L'affirmation de la Commission retrouve donc sa pertinence dans une phase litigieuse. En adoptant ce raisonnement, d'autres obstacles seraient plus importants que la diversité des législations. Il s'agirait de ces mêmes entraves que l'exposé des motifs de la proposition présente comme mineures selon les études, au rang desquels la langue. Ensuite, sur un plan purement juridique, Olivier Deshayes identifie d'autres barrières telles que les procédures, les règles de preuve ou encore les régimes matrimoniaux variant d'un État à l'autre³¹. Dans un souci d'efficacité du commerce intra-européen et de bon fonctionnement du Marché intérieur, les instances européennes devraient donc s'intéresser à de tels obstacles au même titre que les règles régissant la vente, et, même, pour certains³², commencer par là.

Étonnamment, la Commission ne fait pas état de sondages sur les habitudes des consommateurs. Une telle entreprise peut sans doute paraître difficile tant les habitudes de consommation peuvent changer d'un pays à l'autre. Aussi, la consommation est modelée par certaines configurations économiques qui influent sur le fait, pour les consommateurs,

³⁰ Y. BALENSI, F. BAUMGARTNER, préc.

³¹ O. DESHAYES, « Dits et non-dits du livre vert », p. 19-20 in : *Le livre vert « relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises »*. Contributions du LEJEP, Paris, Lextenso, 2011.

³² Y. BALENSI, F. BAUMGARTNER, préc.

d'acheter ou non à des entreprises étrangères³³. Par exemple, un pays comme le Luxembourg vit principalement d'importations et ses consommateurs tendent à passer plus de contrats avec des entreprises étrangères. À l'inverse, un pays qui importe peu de biens de consommation verra logiquement ses consommateurs acheter à des entreprises concitoyennes. Cependant, une conjecture semble possible en filigrane, avec toutes les réserves qu'elle appelle. En effet, combien d'entre nous ont récemment acheté un bien à un vendeur professionnel d'un autre État européen ? Les *Eurobaromètres* cités plus haut font pourtant apparaître des données à ce sujet. Confirmant ou infirmant ainsi notre conjecture, les consommateurs n'ont pas confiance en un droit étranger. Serait-ce aussi valable pour tous les autres droits venus d'ailleurs ? Les statistiques font alors état d'une consommation principalement enfermée dans ses frontières.

Un autre élément, pouvant aider à l'appréciation critique du constat présenté par la Commission, se traduit par l'analyse de statistiques sur le recours aux clauses de choix de loi. Effectivement, la marche volontariste opérée dans la seconde moitié du xx^e siècle a théoriquement débridé les esprits des praticiens et des agents économiques dans l'application de lois étrangères et dans leur évaluation qualitative. Seulement, ces statistiques sont, si ce n'est impossibles, très difficiles à obtenir. L'explication tient au fait qu'elles touchent à un secteur privé du droit, qui plus est disponible : le droit des contrats. Pourtant, de telles données n'auraient pas été superflues pour tendre à plus d'objectivité. Le recours au droit étranger par l'insertion d'une clause peut traduire d'une part l'existence de commerce international, mais surtout une certaine ouverture d'esprit quant à l'application d'une loi étrangère, une conscience de l'internationalité. Toute affirmation appelant à être relativisée, il faut préciser qu'en matière de consommation, le plus souvent, les contrats sont souscrits par l'acheteur et non négociés. De cette façon, le consommateur ne peut acquérir cette conscience. Il ne peut donc pas établir de préférences éclairées. Dégager une tendance de consommation sur ce point paraît alors difficile.

Alors, cette diversité des législations est considérée par certains comme un frein au Marché intérieur. Eduardo Valpuesta Gastaminza, auteur espagnol, va même jusqu'à considérer qu'il est « illusoire » voire « cynique » de parler de « Marché intérieur » alors même que vingt-huit législations nationales y coexistent³⁴. Les politiques d'intégration de l'Union européenne ne permettent pas d'affirmer que cette différence ira en s'atténuant. Évoluant de six à vingt-huit États membres en un demi-siècle, le mouvement ne semble pas être arrêté. A chaque nouvelle entrée dans l'union, un potentiel nouveau droit des contrats apparaît, renforçant de ce fait le désintérêt des consommateurs pour les droits étrangers et les réticences des PME à commercer dans le reste de l'union.

Il ressort du constat des institutions européennes que la disparité des législations entraîne une certaine insécurité juridique³⁵. Celle-ci est créée par la méconnaissance du droit étranger potentiellement applicable aux contrats de vente transfrontières. Comme il a été vu, les palliatifs à cette insécurité auraient un coût pour les entreprises. Par conséquent, une inégalité se crée entre les agents économiques. Ceux qui ont les moyens peuvent diffuser leur activité dans le Marché intérieur, mais, les PME, dans le cas où elles voudraient commercer à l'étranger, se voit freiner financièrement. C'est ce phénomène qui finalement expliquerait les

³³ C. AUBERT de VINCELLES, Naissance d'un droit commun européen de la vente et des contrats, *Revue des contrats*, 1^{er} avril 2012 n° 2, p. 457.

³⁴ E. VALPUESTA GASTAMINZA, La propuesta de normativa común de compraventa europea (CESL), un paso más hacia la unificación del derecho de contratos en la Unión Europea, lastrado por la protección al consumidor, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, mars 2013, vol. 5, n° 1, p. 199-216.

³⁵ Considérant 17 de la proposition 2011/0284 (COD) de règlement du Parlement européen et du Conseil, relatif à un droit commun européen de la vente.

habitudes de consommation nationale et la faible internationalisation des activités des PME. Ce raisonnement de la commission d'essence purement libérale est traditionnel pour l'Union européenne. Le reproche qui peut être fait au constat de base touche au peu de données de conduites sociales et économiques étayant la réflexion. Même si elles sont issues d'études officielles, dès ce stade, une division s'opère entre ceux qui seront convaincus par la nécessité d'agir et ceux qui d'ores et déjà rejettent cette idée.

Il est évident, en tout cas, que la volonté du législateur européen est de pallier ces problèmes. Cela nous permet d'entrevoir les fonctions de l'instrument proposé. Même si, comme nous le verrons, la dimension symbolique est toute aussi importante voire plus. De ce constat critiqué, les institutions européennes en ont déduit la nécessité d'agir. Mais, pour cela, il a fallu fixer des objectifs.

§ 2 – Les objectifs visés par l'instrument

La Commission a fixé les objectifs de l'instrument de Droit Commun Européen de la Vente. De notre point de vue, trois objectifs sont identifiables. Chacun d'eux est justifié par la Commission dans le cadre des missions qui lui sont confiées par les traités de l'Union européenne. Parallèlement, comme le plus souvent lorsque les institutions européennes ont à traiter de Droit international privé ou de Droit privé européen, ces buts servent le bon fonctionnement du Marché intérieur.

En revanche, les différentes tentatives d'uniformisation du droit des contrats par la Commission, notamment avec le CCR ou encore l'idée de rédiger un Code civil européen peuvent mettre en relief le potentiel symbolique et unificateur d'un tel texte. Ainsi, il a été globalement perçu entre les lignes des communications, du Livre vert et de l'exposé des motifs, une intention officieuse de la Commission. D'ailleurs, pour le Professeur Yves Lequette, le règlement proposé contient un « acte apparent » et un « acte caché »³⁶. Pour le Professeur Philippe Brun, il s'agirait d'un « Janus Bifrons attrape-tout »³⁷. Ces expressions montrent bien, au-delà d'un certain rejet de leurs auteurs, qu'il existe un autre objectif sous-entendu. Mais, nous semble-t-il, cette ligne de mire de la Commission reste totalement assumée. Le Droit Commun Européen de la Vente serait une première pierre à l'édifice d'un droit commun européen des contrats voire d'un droit privé européen uniforme.

Tout d'abord, le premier objectif consiste à promouvoir la vente transfrontière. Ce but recherché s'inscrit dans la compétence de l'Union européenne de régulation pour le bon fonctionnement du Marché intérieur. Cette mission est prévue à l'article 4 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne. Il s'agit d'une étape de plus dans la libéralisation du commerce intra-européen. Le texte propose donc de créer un ensemble uniforme de règles sur le contrat de vente. L'heure n'est pas à l'étude de ses modalités et caractères, mais il convient d'établir que ce texte a vocation à bénéficier aux consommateurs ainsi qu'aux vendeurs professionnels et, plus particulièrement, les PME.

L'idée est simple. Au-delà du caractère symbolique d'une uniformisation pour la construction européenne, un corps de règles applicable à tous les contrats de vente transfrontières intra-européens inciterait les agents économiques à commercer à l'étranger. Du côté, des consommateurs, la connaissance du droit en question les assureraient de se voir appliquer un droit identifiable et accessible comme leurs droits nationaux. Des deux côtés, la

³⁶ Y. BALENSI, F. BAUMGARTNER, préc.

³⁷ P. BRUN, Que faut-il entendre par droit commun européen de la vente ? Remarques lapidaires en guise d'introduction, *Les Petites Affiches*, 24 décembre 2013, n° 256, p. 5.

prévisibilité et la sécurité juridiques sont améliorées et les obstacles diminués, l'augmentation des flux de vente transfrontaliers ne peut qu'augmenter. Tout du moins, cette affirmation, si logique soit-elle, ne reste que théorique et seule la pratique peut vérifier son efficacité. Le travail de la doctrine a donc été de se projeter dans cette application du texte et, de cette tâche, sont ressortis plusieurs éléments de relativisations de cet objectif.

Si la proposition suscite le débat par ses caractéristiques nouvelles, elle a aussi des fonctions qui répondent à des politiques européennes beaucoup plus anciennes. Effectivement, le Droit Commun Européen de la Vente entend aussi jouer le rôle de protecteur des consommateurs et des PME. Si ces missions intègrent également la logique du Marché intérieur, elles sont spécifiques aux parties qu'elles protègent et aux champs de régulation dans lesquels elles interviennent.

En ce qui concerne les consommateurs, il s'agit là d'un autre point de débat sur la nécessité d'adopter l'instrument étudié et sur son efficacité. Ici encore, l'article 4 du TFUE donne compétence à l'Union européenne pour la protection du consommateur. Seulement, comme il a été vu, cette politique n'est pas nouvelle. Elle a fait ses premières armes dans les années 1980³⁸. Ce domaine d'intervention de l'Union européenne s'exprime le plus souvent par des directives d'harmonisation de la compétence de la Commission selon l'article 114 du TFUE. Cette harmonisation du droit de la consommation a été plus ou moins intensive selon les directives, allant de l'harmonisation minimale à l'harmonisation dite « exhaustive » ou « *a maxima* ». Une part de la doctrine fait remarquer que l'harmonisation comporte beaucoup d'inconvénients³⁹. Quelques directives ont même pu donner l'impression d'échec dans la poursuite de leurs objectifs de protection⁴⁰. En effet, harmonisation n'est pas uniformisation⁴¹ et même les directives d'harmonisation *a maxima* laissent la possibilité aux États d'aller plus loin dans la politique entreprise⁴².

La protection du consommateur a donc besoin de trouver un nouveau souffle. Ce « Graal », elle pourrait le trouver dans ce que propose l'instrument de Droit Commun Européen de la Vente. L'intégration des règles impératives protectrices des consommateurs dans le régime commun de la vente permet de figer cette protection et de la rendre égalitaire pour tous les consommateurs européens. Ici encore s'élèvent beaucoup de critiques. Pourquoi édicter un instrument de plus qui pourrait entrer en conflit avec les directives ? Quel intérêt dans le cas où la protection est moins importante dans l'instrument que dans le droit national du consommateur qui y est soumis ? Encore une fois, l'efficacité de cette protection ne pourra se mesurer que par la pratique même si celle-ci peut déjà s'entrevoir⁴³.

Enfin, pour ce qui est de la protection des PME, elle découle aussi du bon fonctionnement du Marché intérieur. L'un des piliers de son bon fonctionnement est la concurrence fluide et loyale. Dans ce cas, l'article 3 du TFUE, qui régule les compétences exclusives de l'Union, confie la régulation de la concurrence aux instances européennes. Pour

³⁸ C. MAISONNEUVE, op. cit., p. 30-31.

³⁹ Ibid.

⁴⁰ V. LASBORDES-de VIRVILLE, Contrats à distance et hors établissement commercial dans la directive du 25 octobre 2011 : une harmonisation manquée ?, *Revue Lamy Droit civil*, mars 2013, n° 102, p. 7-13.

⁴¹ M. BEHAR-TOUCHAIS, B. FAUVARQUE-COSSON, Z. JACQUEMIN, Droit commun européen de la vente : l'unité sans l'uniformisation, *Revue des contrats*, janvier 2012, n° 1, p. 191.

⁴² Cette affirmation est illustrée par l'arrêt *United Antwerp Maritime Agencies (Unamar) NV c/ Navigation maritime bulgare*, du 17 octobre 2013, C-184/12, de la troisième chambre de la Cour de justice de l'Union européenne. En l'espèce, la protection au-delà des directives des agents commerciaux en Belgique a été qualifiée comme loi de police.

⁴³ Voir *infra* Deuxième partie.

comprendre la justification de cette protection, il faut s'essayer à l'analyse économique du droit. Partant, les PME, comme les consommateurs, souffrent d'une situation structurelle inégale face aux grandes entreprises. La concurrence voulue par le traité se doit de donner les mêmes possibilités à toutes les entreprises présentes sur un marché. Ainsi qu'il a été constaté par la Commission, les PME n'ont pas les mêmes opportunités que les grandes entreprises pour internationaliser leurs activités. S'inscrivant alors dans la politique européenne de concurrence, la proposition de règlement contient des règles protectrices des PME justifiées par le bon fonctionnement du Marché intérieur. Ici aussi, les mêmes remarques que pour la protection des consommateurs sont soulevées et ne pourront se vérifier que par la pratique.

Ensuite, « acte caché », deuxième tête de « Janus Biffrons », il existe un autre objectif beaucoup plus symbolique et qui traduit un très grand potentiel unificateur du règlement. La grande majorité des auteurs s'accordent à dire qu'un rôle important du Droit Commun Européen de la Vente est celui d'ouvrir la voie à une uniformisation progressive du droit des contrats voire même du droit civil. En fait, les limites ne sont pas perceptibles et la question mériterait un débat plus poussé⁴⁴. Si une partie de la doctrine déjà citée fustige le caractère officieux de cet objectif, pour notre part, il nous semble tout à fait assumé. Certes, il est reprochable à la Commission de ne pas le faire apparaître clairement dans l'exposé des motifs de la proposition. Malgré cela, les travaux effectués et actes passés par les institutions européennes depuis la communication de 2001, ne sauraient être oubliés même si la plupart ont échoué. Et, ce qui a guidé la conduite de ces travaux c'est bel et bien une perspective de construction européenne par le rapprochement des législations, et, *a fortiori*, l'uniformisation du droit privé européen⁴⁵. Cette affirmation est également corroborée par les autres politiques législatives menées par l'Union européenne. Le Professeur Ahlam Guessoum évoque à ce titre l'intégration de la Charte des droits de l'Homme aux textes européens ainsi que l'harmonisation du droit de la famille⁴⁶ par les règles de conflits et de reconnaissance de situations valablement créées à l'étranger.

Finalement, très peu d'arguments juridiques sont utilisables par les pros ou les antis. Le débat sur cet objectif relève purement des choix des politiques européennes. Très polémique car touchant manifestement à la souveraineté des États membres, cette problématique ravive la « passion du droit » présentée par le Doyen Carbonnier⁴⁷, et ce, en opposant les pro-européens et les eurosceptiques.

Ces objectifs identifiés, il conviendra au fil du développement d'essayer d'apprécier s'ils peuvent être atteints. La réussite des buts affichés ou non et du règlement dans son ensemble est conditionnée par une multitude d'éléments dont il convient d'étudier ceux relatifs aux fonctions de l'instrument.

⁴⁴ Voir *infra*.

⁴⁵ Livre vert de la Commission du 1^{er} juillet 2010 relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises, COM(2010) 348 final, non publié au JOUE.

⁴⁶ A. GUESSOUM, « Un droit européen des contrats efficace : quelle intensité contraignante ? », p. 137 in : *Les défis de l'harmonisation européenne du droit des contrats*, dir. C. Quézel-Ambrunaz, Chambéry, Université de Savoie, 2012.

⁴⁷ J. CARBONNIER, *op. cit.*

SECTION 2 – LES CONDITIONS DE RÉUSSITE DU DROIT COMMUN EUROPÉEN DE LA VENTE

Les conditions de réussite de l'instrument européen optionnel de droit de la vente sont nombreuses. Cependant, il nous semble que la réunion de deux d'entre elles est inévitable pour atteindre les objectifs affichés. La première condition est celle de recours à l'instrument par les parties aux contrats de vente transfrontière (§ 1). La seconde, quant à elle, concerne l'effectivité des protections des consommateurs et des PME conférées par le régime optionnel (§ 2).

§ 1 – Le besoin d'attractivité de l'instrument

Une des conditions essentielles à la réussite du Droit Commun Européen de la Vente, sinon la plus importante, est celle de son utilisation par les entreprises et les consommateurs.

À ce stade, quelques observations sont nécessaires. Du point de vue du consommateur, il semble que son choix se résumera à adhérer ou non à un contrat de vente. Néanmoins, il sera vu que l'instrument proposé pourra faire pencher la balance dans le cadre de ce choix en fonction de son degré de protection. De l'autre côté, pour les vendeurs professionnels, l'attrait du DCEV dépendra de son « libéralisme » et son caractère prévisible. L'option, de leur point de vue, sera influencée par la prévisibilité du droit choisi et par un degré de protection des consommateurs qui soit acceptablement contraignant. Enfin, en ce qui concerne les PME, la protection qui leur sera accordée pourra peser.

Tout d'abord pour les consommateurs, le Droit Commun Européen de la Vente peut faire office de label de qualité⁴⁸. Le fait que le contrat proposé intègre une option pour un régime de vente européen protégeant les consommateurs peut donner confiance au consommateur. Pourquoi un vendeur proposerait-il un régime protecteur de ces cocontractants s'il n'est pas sûr de l'objet qu'il vend et de la façon dont il le vend ? Pourtant, cela implique que le consommateur ait conscience de l'existence de cette protection, et, subséquemment, de l'étendue de celle-ci. Pour cela, la proposition de règlement prévoit une obligation d'information précontractuelle⁴⁹ de la part du vendeur sur le contenu du droit que s'apprête à choisir son cocontractant consommateur. Cette information prend la forme d'un résumé du règlement communiqué en annexe de la proposition. Pour le Professeur Juliette Sénéchal, ce résumé ne s'attarde pas assez sur les clauses abusives⁵⁰. Pourtant, une connaissance de ces clauses interdites permettrait au consommateur d'apprécier le contenu du contrat qu'il s'apprête à signer⁵¹.

Il convient de rajouter, de l'aveu même de la Commission dans l'avis-type d'information⁵², que cette communication faite au consommateur reste non exhaustive. Dans la plus pure logique du droit de la consommation, le consommateur doit être informé, mais en non professionnel, qui plus est profane du droit, il n'est pas tenu de connaître le régime de la vente dans toute sa technicité. En conséquence, l'avantage de la connaissance de la protection

⁴⁸ J. SENECHAL, « Le contenu des contrats », p. 172-173 in : *Le droit commun européen de la vente, examen de la proposition de règlement du 11 octobre 2011*, dir. O. Deshayes, Paris, Société de législation comparée, 2012.

⁴⁹ *V. infra*.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 172.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² « Cette liste de droits n'est qu'un résumé et n'est, dès lors, pas exhaustive ; des détails ont été également omis ».

et de sa portée ne peut être pleinement saisi. *A fortiori*, il existe un risque de rejet par le consommateur de ce nouveau droit, s'ajoutant au droit de son pays de résidence. D'où il suit que la réussite de l'instrument, et notamment l'attrait du régime qu'il propose pour les consommateurs, est subordonné, en plus de son contenu même, à une communication de la part des institutions européennes et des praticiens du droit.

Ensuite, du côté des vendeurs professionnels, l'argument du label de qualité est aussi avancé. Ils n'auraient pas de raison de se priver de l'option en faveur d'un régime commun de la vente, si celui-ci peut les faire prospérer. Pour les contrats entre professionnels et consommateurs, il est prévisible que l'option pour l'instrument pourra être soumise à une analyse comparative entre le Droit Commun Européen de la Vente et les droits possiblement applicables. Cette recherche portera sans doute sur l'étendue de la protection accordée à leurs cocontractants. Or, si l'Union européenne a porté une politique d'harmonisation du droit de la consommation depuis longtemps, nous avons vu que des disparités persistent. De ce fait, les professionnels pourraient préférer, lorsqu'ils en ont l'opportunité, inclure une clause de choix de loi en faveur d'un droit moins protecteur des consommateurs et donc moins contraignant pour eux⁵³. Les cas où le consommateur voudra négocier cette clause en lui substituant l'option pour le DCEV seront marginaux. En effet, si le vendeur renonce à proposer l'option, il ne sera pas assujéti à l'obligation d'information précontractuelle sur son contenu. Encore une fois, cette affirmation rappelle la nécessité d'une voie d'information autre pour que les consommateurs aient connaissance de la protection que peut leur proportionner le DCEV.

D'autre part, pour les contrats de vente transfrontières entre professionnels, la proposition de règlement ne rendait applicable le DCEV qu'entre une grande entreprise et une PME. Or cela implique pour la grande entreprise de savoir si son cocontractant est une PME au sens du DCEV. Cette définition de la PME est présentée par l'article 7§2 du règlement et implique deux conditions cumulatives. Il faut que l'entreprise ait moins de 250 employés et que son chiffre d'affaire annuel soit inférieur à 50 millions d'euros ou que son bilan total annuel ne soit pas supérieur à 43 millions d'euros. Or, pour certains auteurs, cette définition entraîne des complexités liées à l'insécurité juridique⁵⁴. Plus spécifiquement, ces conditions impliquent une certaine recherche préalable ou une demande de renseignement auprès du cocontractant pour déterminer s'il s'agit d'une PME. De surcroît, l'une des conditions touche à la comptabilité de l'entreprise et peut fluctuer significativement au cours du temps. Les entreprises étant appelées à établir une relation commerciale longue, devront vérifier à chaque nouveau contrat que les conditions sont toujours remplies. Cette contrainte pourrait jouer en défaveur du DCEV en contrat *B2B*. En sus, le choix du DCEV de la part de la PME pourra également être conditionné par l'étendue de la protection qu'il lui confère. Conscient de ce problème, le Parlement européen a supprimé la distinction entre PME et grandes entreprises dans l'applicabilité du DCEV⁵⁵.

Une autre manière d'entrevoir si les agents économiques auront recours au DCEV est de se reporter aux études statistiques. Bien entendu, celui qui s'y réfère doit être mis en garde contre les faiblesses de ces arguments. D'abord, ces statistiques ne sont que le reflet incomplet de la volonté des entreprises à un moment donné. Et ensuite, de multiples facteurs peuvent venir influencer les esprits d'ici à ce que cette volonté soit mise en œuvre. Deux

⁵³ B. KHOL, op. cit., p. 215.

⁵⁴ W. DORALT, « Quelques remarques sur l'instrument optionnel et son champ d'application », p. 93 in : *Le droit commun européen de la vente, examen de la proposition de règlement du 11 octobre 2011*, dir. O. Deshayes, Paris, Société de législation comparée, 2012.

⁵⁵ V. *infra*.

eurobaromètres⁵⁶ ont permis d'éclairer les institutions européennes sur la volonté des entreprises d'utiliser le DCEV. Ainsi, 70 % des entreprises interrogées indiquent qu'elles recourraient probablement ou très probablement à l'instrument optionnel pour leurs contrats B2B et 71 % pour leurs contrats B2C. Quels arguments tirer de ces chiffres ? Dans un premier temps, les entreprises ne semblent pas réserver l'utilisation future du DCEV à une catégorie de leurs cocontractants. La volonté de recourir pour les contrats B2B et B2C paraît assez homogène. Partant, c'est environ deux tiers des entreprises qui comptent opérer le choix du DCEV de manière habituelle dans leurs activités. Dans un second temps, une autre statistique vient compléter la première. Quatre entreprises sur cinq prévoiraient d'élargir leur champ d'activité grâce au DCEV⁵⁷. Certainement plus parlant, ce chiffre, toutes proportions gardées, permet de constater que l'instrument optionnel pourrait avoir l'effet escompté de suppression des barrières aux contrats de vente transfrontières ; un argument de plus pour ceux qui plaident en sa faveur.

Côté consommateur, aucune étude n'a été mise en exergue par les institutions ou la doctrine. Cependant, les associations de consommateurs ont pu s'exprimer *via* la consultation du Comité économique et social européen et manifester leur volonté de ne pas vouloir faire appliquer le texte tel que proposé à ceux qu'elles représentent⁵⁸. *A priori*, ces regroupements de consommateurs ne sont pas contre le principe d'un DCEV et s'opposent plutôt à sa configuration du 11 octobre 2011. En parallèle, Éric Savaux a entrepris une comparaison de « l'offre de lois contractuelles », c'est-à-dire l'éventail des normes qui peuvent être librement choisies dans le cas d'un contrat de consommation transfrontière, face aux besoins des consommateurs. Cette étude a été présentée lors d'un colloque organisé par le Centre d'étude et de recherche en droits des affaires et des contrats (CERDAC), le 19 septembre 2007⁵⁹. Le constat est simple, aucune norme internationale ne traite spécifiquement des contrats de consommation. Pour autant, si certaines l'excluent expressément de leur champ d'application comme les Principes UNIDROIT ou la CVIM, les contrats de consommation sont quand même régulés avec l'ensemble des contrats soumis aux autres textes ou lois nationales. Le DCEV qui traite spécifiquement des contrats de consommation pourrait alors s'avérer intéressant pour les consommateurs, corroborant par la même occasion la théorie du label de qualité⁶⁰.

Bien évidemment, les arguments ici développés ne tendent qu'à entrevoir la possible utilisation qui serait faite du DCEV par les entreprises et les consommateurs. Seule la pratique pourra répondre à ces questionnements. En outre, la réussite de l'instrument dépendra de beaucoup d'autres facteurs, au rang desquels, l'efficacité des protections qui y sont intégrées.

§ 2 – L'effectivité et le réalisme des protections

Une autre condition essentielle de la réussite de l'instrument optionnel proposé par la Commission touche également aux fonctions de celui-ci. Il s'agit de l'effectivité des protections configurées pour les consommateurs et les PME. L'appréciation de ces protections passe évidemment par une analyse de leurs contenus⁶¹, mais aussi par leur interaction avec l'acquis

⁵⁶ M. BEHAR-TOUCHAIS, B. FAUVARQUE-COSSON, Z. JACQUEMIN, *préc.*

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ Avis du Comité économique et social européen, INT/600, Droit commun européen de la vente, Bruxelles, 29 mars 2012.

⁵⁹ É. SAVAUX, « L'adéquation de l'offre de lois contractuelles aux besoins des consommateurs », p. 51s., in : *Droit européen des contrats et droits du contrat en Europe : quelles perspectives pour quel équilibre ?*, dir. G. Wicker, Paris, Litec, 2008.

⁶⁰ V. note 48.

⁶¹ Voir *infra* Deuxième partie.

de l'Union européenne dans les mêmes domaines.

Pour commencer, sans empiéter sur l'analyse du régime du DCEV, quelques observations générales peuvent être avancées pour apporter des éléments de réponse à cette problématique. Cette condition de réussite avait déjà été posée par la doctrine pendant les travaux précédant la proposition⁶². À sa publication le 11 octobre 2011, le texte a suscité des réactions quant à la qualité des protections. Cependant, il convient d'ores et déjà de préciser que l'analyse de cette efficacité est colorée, selon les pays, de la comparaison avec les régimes de protections qui y sont en vigueur.

La façon de tendre à plus d'objectivité consisterait à faire abstraction des spécificités nationales et à se concentrer sur l'apport du texte par rapport à l'harmonisation entreprise en droit de la consommation.

De manière générale, l'auteur espagnol Eduardo Valpuesta Gastaminza indique que la régulation semble beaucoup mieux équilibrée entre protections et liberté de l'entrepreneur que beaucoup de législations nationales⁶³. Par ailleurs, le Comité économique et social européen, dans son rôle de conseil des institutions, s'est positionné par rapport à la proposition sur le thème de ces protections. Il a par ce biais demandé à la Commission de prendre pleinement en considération ces aspects. Le comité fait remonter l'avis des associations de consommateurs sur l'étendue de la protection. Pour eux, elle ne serait pas conforme aux traités de l'Union européenne. Le rapport cite une liste d'exemples démontrant que la protection pourrait être plus importante. Il préconise, en outre, d'accompagner l'instrument de mesures visant à garantir des recours effectifs et rapides en cas de litiges, ou encore, de rédiger des clauses types. Bref, il s'agit pour le comité de renforcer la sécurité juridique, faiblesse de la proposition.

Un des thèmes principaux de la défense du consommateur est l'information précontractuelle. Or celle-ci a été critiquée dans la configuration proposée par le texte. Parmi ceux qui ont dénoncé l'insuffisance de son développement, sont à citer Fernando Estaban de La Rosa et Ozana Olariu⁶⁴ du côté espagnol. La doctrine française a aussi été critique envers cette régulation par le règlement. Notamment, Delphine Sassolas a pu mettre en garde contre la possibilité pour le professionnel de recourir à l'option pour évincer le droit de la consommation normalement applicable. Cette éviction se ferait dans le but d'éviter les sanctions pénales en cas d'inexécution de l'obligation d'information⁶⁵. Cependant, cet argument ne permet pas d'affirmer que la protection en elle-même en pâtirait réellement. Il apparaît plutôt une faille dans un système de droit de la consommation qui se veut, par aspirations nationales, en partie répressif. Du côté du consommateur, l'obligation existe toujours et son inexécution entraînera des dommages-intérêts⁶⁶.

Un autre aspect de la protection des consommateurs est celui des clauses abusives. Dans ce domaine, nous avons déjà fait état de la demande de certains acteurs de prévoir des clauses types. Ces stipulations pré-rédigées permettraient de donner une certaine idée de ce

⁶² Synthèse des travaux de groupes du réseau TEE sur le livre vert du 1^{er} juillet 2010, *Livre vert sur le droit européen des contrats réponses du réseau Trans Europe Expert*, dir. M. Béhar-Touchais et M. Chagny, Paris, Société de législation comparée, 2011.

⁶³ E. VALPUESTA GASTAMINZA, préc.

⁶⁴ F. ESTEBAN DE LA ROSA, O. OLARIU, *La aplicación de la normativa común de compraventa europea (CESL) a los contratos de consumo: Nuevo desafíos para el sistema de derecho internacional privado europeo*, www.indret.com, janvier 2013, Barcelone.

⁶⁵ D. SASSOLAS, L'obligation d'information dans la proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente, *Les Petites Affiches*, n° 256, 24 décembre 2013, p. 26.

⁶⁶ V. *infra*.

que sont réellement les clauses licites ou non. Cette demande traduit le constat d'un manque de clarté dans la rédaction de la proposition. Le texte du DCEV présente une sorte de typologie des clauses sans pour autant parvenir à proportionner une rédaction claire⁶⁷. Du côté des PME, les clauses abusives ne parviendraient pas à résoudre le problème de l'inégalité due à la taille de l'entreprise. En sus, elles porteraient atteinte à la liberté contractuelle prônée par l'Union européenne⁶⁸.

Le contenu des protections est donc débattu et semble insuffisant pour une partie de la doctrine. Tout laisse à penser que les prochaines modifications du texte, que ce soit avant son adoption ou dans le cadre de révisions, auront pour l'un de leurs objectifs le comblement des lacunes de protections. Cette « réparation » s'opérera alors en partie par la voie de l'information précontractuelle et des clauses abusives. Le Parlement européen a déjà pu renforcer la protection des consommateurs par la résolution du 26 février 2014, mais des lacunes persistent.

Dans un second temps, si, comme il a été vu, la proposition de règlement sur le DCEV s'intègre en partie dans le cadre des politiques de protections européennes des consommateurs, elle coexiste avec d'autres normes dont le but est le même. Le droit européen de la consommation s'est développé sous la forme de directives d'harmonisation. D'ailleurs, la dernière en date est contemporaine de la proposition de règlement puisqu'elle a été publiée le 25 octobre 2011⁶⁹. Cette directive protège les consommateurs en matière de contrats à distance et hors établissement de commerce.

Passé l'étonnement devant l'édition de deux textes régissant les mêmes situations juridiques, le lecteur s'aperçoit qu'ils recouvrent en fait deux finalités différentes. Tout du moins, les politiques qui justifient la publication de deux normes protégeant le consommateur sont différentes. D'un côté, la directive recherche une harmonisation. Elle continue, comme ses prédécesseurs, à rapprocher les droits de la consommation secteurs par secteurs, s'attaquant ici aux contrats à distance et hors établissement. Pour Victoire Lasbordes de Virville⁷⁰, la directive vient renforcer l'acquis. En fait, elle comble la marge laissée aux États par les directives de 1985 et 1997. La première directive du 20 décembre 1985 portait sur la protection des consommateurs dans le cadre des contrats hors établissement de commerce⁷¹. La seconde, du 20 mai 1997, les protégeait en matière de contrats à distance⁷². Or le constat en 2008 a été celui d'une « harmonisation manquée » puisque persistaient d'importantes disparités entre les droits des États membres. Encore une fois, la nécessité de changer de méthode dans la construction d'un droit privé européen se faisait sentir.

De l'autre côté, le DCEV intègre cette protection dans le cadre d'un régime autonome et optionnel⁷³. Il n'est donc pas voué à régir l'ensemble des situations que recouvre le droit de la consommation. Il se concentre donc sur la vente à distance et quelques services connexes comme il sera vu plus en avant. Apparaissent donc deux finalités différentes : d'une part, celle de l'harmonisation, de l'autre, celle d'un embryon de droit commun européen⁷⁴.

Pourtant, si la politique en jeu n'est pas la même, cette différence a influencé le fond du

⁶⁷ V. *infra*.

⁶⁸ Y. BALENSI, F. BAUMGARTNER, préc.

⁶⁹ Directive 2011/83/UE, du Parlement européen et du Conseil, du 25 octobre 2011, relative aux droits des consommateurs.

⁷⁰ V. LASBORDES de VIRVILLE, *op. cit.*

⁷¹ V. note 17.

⁷² V. note 18.

⁷³ V. *infra*.

⁷⁴ V. *infra*.

texte. Au départ, la proposition de directive datant du 8 octobre 2008⁷⁵ faisait entrer dans son champ d'application *rationae materiae* les clauses abusives et les garanties de conformité de la vente. La version finale a abandonné ces aspects contractuels. L'explication pourrait être la volonté du législateur européen de ne pas empiéter sur le DCEV pour ne pas lui ôter de l'attrait. Mais, il ne semble pas que ce soit le cas puisque la directive traite également d'information aux consommateurs. Quoi qu'il en soit, la proposition de règlement est censée intégrer au minimum le degré de protection déjà harmonisée dans l'union.

Quant aux autres instruments normatifs avec lesquels le DCEV pourrait entrer en conflit, il ne semble pas qu'il y ait friction aux niveaux des protections. Le principal texte invoqué par les détracteurs du DCEV est la Convention de Vienne des Nations Unies du 11 avril 1980 sur la Vente Internationale de Marchandises (CVIM). Seulement, en plus de ne pas prévoir le même champ d'application *rationae personae*, elle ne s'appuie pas sur une volonté protectrice. Elle n'entre donc pas en conflit sur ce point avec le DCEV.

En sus, pour Éric Savaux⁷⁶, l'offre de lois contractuelles actuelle présente des lacunes quant à la protection des consommateurs. L'auteur met en lumière quatre lacunes qui peuvent être préjudiciables à cette partie faible. La première concerne l'absence de dispositions concernant les mécanismes de délai de réflexion ou délai de rétractation dans les textes internationaux. Ensuite, aucun de ces textes ne régle l'interdépendance des contrats d'achat et de crédit qui les financent. L'intérêt pour l'auteur serait de répondre à la question de ce qu'il advient de l'un ou l'autre de ces contrats lorsque le second est anéanti. La troisième lacune concerne, elle, les durées et les reconductions de contrat avec notamment un manque de régulation des reconductions tacites pour les consommateurs. Enfin, la dernière lacune identifiée touche la régulation des contrats électroniques. Ces remarques ne valent finalement que pour les normes internationales directement applicables. Il faut donc en exclure les directives d'harmonisation et les lois internes qui, elles, ont pu traiter ces aspects. L'auteur identifie aussi des dispositions du droit des contrats français qui pourrait être potentiellement dangereuses pour les consommateurs. À titre d'exemple, est cité le développement des remèdes unilatéraux à l'inexécution. Ainsi, la résolution unilatérale pouvant être également opérée par le vendeur et le consommateur, la puissance des professionnels peut leur permettre d'en abuser. La nuance est immédiate puisque ces dispositions sont souvent limitées par des conditions d'exercice différentes entre vendeurs et consommateurs. L'analyse du degré de protection du DCEV passe donc aussi par son apport face à ces lacunes et ces dispositions potentiellement dangereuses pour les consommateurs.

Au final, l'efficacité des protections des consommateurs et PME portées par le DCEV ne peut s'apprécier complètement que dans l'analyse technique des mécanismes qui la structurent. Aussi, cette appréciation trouvera échos dans la pratique. La phase contentieuse, si minime soit-elle, pourra mettre en exergue certaines faiblesses.

⁷⁵ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil, COM (2008) 614 final, du 8 octobre 2008, relative aux droits des consommateurs.

⁷⁶ E. SAVAUX, op. cit., p. 63s.

CHAPITRE 2 – LE CHANGEMENT DE POLITIQUES EUROPÉENNES PAR LA NATURE NOVATRICE DU DROIT COMMUN EUROPÉEN DE LA VENTE

La réflexion de la Commission, orientée par les réponses au livre vert de 2008, a abouti au choix du changement de politique législative dans le rapprochement des droits des Etats-membres de l'Union. Ainsi, l'instrument proposé est original de par sa nature (Section 1) ce qui ouvre de nouvelles perspectives pour la construction du droit privé européen (Section 2).

SECTION 1 – LES CARACTÈRES ORIGINAUX DE L'INSTRUMENT

L'instrument de DCEV se configure comme un second régime interne optionnel (§ 1) qui reste un corps de règles européen et autonome (§ 2).

§ 1 – Un second régime interne optionnel

L'instrument de DCEV proposé se configure comme un second régime interne de la vente. Il s'agit en fait de l'option numéro 4 du livre vert présenté par la Commission le 1^{er} juillet 2010. Pour Olivier Deshayes, il s'agissait dès le départ de l'instrument favori de la Commission. C'est un « compromis politique » à même de légitimer l'action de la Commission⁷⁷. Ainsi, sans modifier l'état des législations internes, l'instrument propose un régime uniforme pour toute l'union. Qui plus est, son caractère optionnel permet de ne pas l'imposer face aux droits des États membres et de le soumettre à l'approbation des agents économiques.

Bien plus que par la préférence de la Commission, il semble que les universitaires et professionnels s'étant penchés sur le livre vert aient aussi porté leur attention sur cette option. C'est d'ailleurs le cas du réseau Trans Europe Experts dont tous les groupes de réflexion ont convergé vers l'instrument optionnel⁷⁸. Il semblait en effet que ce soit la plus appropriée, la plus raisonnée et la plus envisageable entre les sept options proposées ; entre des principes généraux et abstraits et un Code civil européen.

Il faut alors se pencher sur les deux premiers caractères qui définissent le DCEV : sa nature de second régime interne et son caractère optionnel.

Dans un premier temps, le DCEV n'était pas conçu comme un second régime interne de droit de la vente des États. Au départ, les auteurs des travaux préparatoires songeaient plutôt à un « vingt-huitième régime »⁷⁹. Cependant, depuis l'entrée de la Croatie dans l'Union européenne⁸⁰, il faudrait plutôt parler de « vingt-neuvième régime ». En se prêtant à une analyse sémantique, le juriste en déduirait la création d'un droit de la vente parallèle à ceux des États membres, et ce, comme s'il provenait d'un vingt-neuvième État virtuel. Du point de vue du droit international privé, les conséquences sont multiples. Le régime serait considéré comme celui d'un autre État membre. Il s'agirait d'un choix de loi pour un contrat de vente, donc en matière civile et commerciale et les règles de conflits de lois s'appliqueraient. Cette

⁷⁷ O. DESHAYES, L'option « hybride » : l'instrument optionnel de droit des contrats (option 4), *Le livre vert « relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises » contributions du LEJEP*, Paris, Lextenso, 2011, p. 101-113.

⁷⁸ Ss dir. M. BEHAR-TOUCHAIS et M. CHAGNY, op. cit.

⁷⁹ O. DESHAYES, op. cit.

⁸⁰ Traité entre les États membres de l'Union européenne et la République de Croatie sur l'adhésion de la République de Croatie dans l'Union européenne, *JOUE* du 24 avril 2012, n° L 112.

option pour le « vingt-neuvième régime » serait régulée par le règlement (CE) 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles dit Rome I. Pourtant, certains pourraient avancer que le règlement Rome I ne permet pas d'opter pour une loi non étatique. Or le DCEV en tant que vingt-neuvième régime n'est pas un droit étatique. Tout du moins, le considérer comme tel serait complètement artificiel et demanderait des efforts d'imagination malvenus. La solution pourrait alors être apportée par le considérant 13 du règlement cité. Celui-ci précise qu'il n'est pas prohibé d'introduire un droit non étatique par incorporation dans le contrat. Cependant, cette incorporation suppose une liberté absolue de dépeçage du régime. En conséquence, le DCEV en pâtirait dans sa réussite tant du point de vue des objectifs, les protections des consommateurs et des PME pouvant être balayées sans souci, que du point de vue de son attrait. La réussite de l'instrument impose bel et bien qu'il soit autant que possible appliqué en bloc.

La solution aurait finalement été beaucoup plus simple. En poursuivant la lecture du règlement Rome I jusqu'au considérant suivant, le considérant 14, le justiciable peut se rendre compte de la clairvoyance ou, plus modestement, de la minutie du législateur européen dans ses préparations. Rédigé en 2008, le considérant en question laisse déjà la place pour un régime uniforme des contrats. Il augure que si un tel régime est adopté, il pourra prévoir d'être soumis aux règles de conflit de lois du règlement Rome I.

C'eût été une solution satisfaisante pour qui se contenterait d'un vingt-neuvième régime, mais l'ingéniosité de la Commission a poussé la configuration du DCEV plus loin. Du fait de la soumission du régime commun aux règles de droit international privé classiques, et plus précisément à Rome I, certains problèmes subsistaient. Le DCEV aurait pu être évincé par les lois de police et l'ordre public international des États membres. Respectivement régulés par les articles 9 et 21, ces mécanismes pourraient permettre d'écarter l'application de tout ou partie du DCEV. Encore une fois, cela ne paraît pas envisageable pour la réussite de l'entreprise. C'est pourquoi finalement, l'instrument proposé a changé d'approche théorique. Il ne s'agit plus d'un vingt-neuvième régime au sein du Marché intérieur mais d'un second régime interne aux États membres. Le DCEV se configure donc plutôt comme une « alternative interne au droit national »⁸¹. Il ne s'agit plus d'un choix de loi au sens du règlement Rome I. Implicitement, cela implique un contournement des mécanismes de lois de police et d'ordre public nocifs à l'instrument et à son uniformité.

Pour autant, la rédaction de la proposition ne laisse pas transparaître cet effet de l'étatisation du régime. Certains auteurs regrettent déjà ce manque de clarté dans le texte⁸². Il est vrai qu'une certaine frustration ressort du fait de savoir si l'ordre public ou les lois de police sont invocables par les juges des États pour évincer une partie ou l'intégralité du DCEV.

Pour bien comprendre le risque de l'utilisation des lois de police et de l'ordre public international sur le régime uniforme de la vente, il faut s'attacher à étudier leurs effets. L'un comme l'autre intervenant antérieurement à l'application de la loi choisie pour les lois de police, et, *a posteriori* pour l'ordre public, évincent le régime pour lequel les parties ont opté. Par ailleurs, en droit français, des dispositions potentiellement perturbatrices ont déjà été mises en avant⁸³. Il s'agit de la protection des PME dans les contrats commerciaux, régulée par le titre IV du livre IV du Code de commerce, qui est qualifiée de délictuelle et qui, dès lors, ne rentre pas dans le champ d'application du DCEV⁸⁴. De même, le Code de commerce prévoit en

⁸¹ M. BEHAR-TOUCHAIS, B. FAUVARQUE-COSSON, Z. JACQUEMIN, préc.

⁸² *Ibid.*

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ *V. infra.*

son article L. 442-6 2° le déséquilibre significatif du contrat lorsqu'y paraissent certaines clauses, ce que le régime optionnel fait figurer au rang des clauses abusives. En soi, les dispositions présentées ne représentent un risque pour le DCEV que si elles sont qualifiées de lois de police ou entrent dans l'ordre public international. Mais ces mécanismes ne pourront jouer que si la protection proportionnée par le régime optionnel est plus faible que celle du droit français. Cet élément est à prendre en compte dans l'appréciation de la proposition du règlement.

Si cette exception d'application de la loi désignée est bénéfique pour les politiques législatives de l'État du *for*, elle peut nuire gravement à un régime uniforme de la vente dont la réussite est la condition *sine qua non* à l'érection d'un droit commun européen des contrats. Or, nous l'avons dit et le développerons plus en avant, le succès du DCEV tient à une application la plus intégrale possible de l'instrument. Substituer la *lex fori* ou une autre loi à une partie du régime uniforme dénoterait, d'une part l'incompatibilité du DCEV aux droits nationaux et aux objectifs de politiques législatives, et, d'autre part, pourrait rendre inefficaces les protections voulues par le législateur européen.

C'est pourquoi les considérants 10 à 12 nouvellement rédigés s'attachent à démontrer l'indépendance du régime optionnel. Il ressort de ces lignes que le choix pour le DCEV lui donne une application exclusive et empêche l'application des règles de conflits de lois. Le règlement Rome I est d'ailleurs expressément exclu. En sus, l'ajout d'un considérant 23bis par la résolution parlementaire de 2014 permet de préciser que si la convention de choix pour le DCEV est nulle, il faudra opérer un retour aux règles de droit international privé classiques.

Enfin, il n'est pas possible d'évoquer la nature de second régime interne du DCEV sans aborder une des critiques majeures de cette nationalisation. Portée par Philippe Brun⁸⁵, ce reproche tend à faire valoir qu'en intégrant le DCEV dans le droit national des États membres, le régime en question n'est pas de droit européen mais bien un droit interne. Poursuivant la démonstration, il indique que sous couvert de la nécessité de l'indépendance du texte, la vraie raison est la volonté de la Commission d'opérer une « radicalisation de la construction de la norme européenne ». En d'autres termes, la Commission voudrait passer outre les processus législatifs nationaux pour modifier directement des secteurs de droit dont elle n'a pas la compétence. Cette affirmation sous-entend une influence du droit commun européen sur le droit national dans leur coexistence interne, ce qui peut être nuancé⁸⁶.

Dans un deuxième temps, ce second régime interne est aussi optionnel. C'est certainement le caractère le plus connu de la proposition. Ce n'est bien sûr pas le plus discuté puisque, d'un côté, il permet à la Commission de justifier son action sans manifestement outrepasser ses compétences et, d'un autre côté, de soumettre la réussite du texte à la pratique. Cet aspect du DCEV peut le rendre légitime par sa propension au compromis. Théoriquement plus efficace que des grands principes de *soft law*, comme le CCR, il est aussi moins radical et intrusif que la rédaction d'un Code civil européen. C'est pour ces raisons qu'il n'est pas étonnant que ce soit l'option qui rassemble le plus d'avis favorables.

Le caractère optionnel s'applique « parfaitement » au contrat puisqu'il s'agit d'une matière où l'autonomie de la volonté est très développée⁸⁷. L'idée de l'option pour un droit européen est en réalité plus ancienne que la proposition de règlement voire même que le livre vert. Elle renvoie à la fameuse image du « *blue button* »⁸⁸, cette icône aux couleurs de l'Union

⁸⁵ P. BRUN, préc.

⁸⁶ V. *infra*.

⁸⁷ M. BEHAR-TOUCHAIS, B. FAUVARQUE-COSSON, Z. JACQUEMIN, préc.

⁸⁸ Cf. H. SCHULTE-NOLKE, "How to realise the "Blue Button"? – Reflections on an optional instrument in the area of

sur lequel le consommateur pourrait cliquer en achetant un produit sur internet pour soumettre son contrat au droit privé européen.

Le juriste, face à ce nouvel instrument, pourrait avoir comme réflexe de chercher si des antécédents existent, si des instruments optionnels ont déjà été mis en place dans le cadre de l'Union européenne. Ainsi, il pourra entrevoir la réussite du DCEV. C'est en tout cas l'exercice auquel s'est prêtée Bénédicte Fauvarque-Cosson⁸⁹⁹⁰. Elle a donc recensé les instruments du droit de l'Union avec un caractère optionnel. Il en existe depuis les années 1970. Au départ prévues par des conventions internationales, elles ont ensuite été mises en place par des règlements européens. Trois domaines ont pu être identifiés. Le premier est celui de la propriété intellectuelle avec les marques, les dessins et les modèles communautaires. La Convention de Munich du 5 octobre 1973⁹¹ a même instauré un brevet européen. Des projets sont en développement comme celui d'un Code européen du droit d'auteur global et unitaire ou encore un titre optionnel d'auteur à effet unitaire. Deuxièmement, un autre terrain où des options sont opérables est celui du droit processuel européen. Ici, il faut citer les titres exécutoires européens⁹², la procédure d'injonction de payer européenne⁹³ et la procédure de règlement des petits litiges⁹⁴. Enfin, d'autres domaines sont également concernés notamment le droit patrimonial de la famille⁹⁵, le droit des successions et le droit des sûretés.

L'auteur de cette analyse en tire deux déductions. D'abord, la faible utilisation de ces instruments juridiques est soulignée. La cause de ce désintérêt se retrouverait alors dans le manque d'information à l'égard du justiciable. Comment opter pour un instrument qu'on ne connaît pas ? La réussite d'un instrument optionnel passe donc par l'information qui en est faite au justiciable. Il semble, comme il a été vu, que la Commission en ait conscience⁹⁶. La deuxième déduction porte sur les fondements juridiques de ces instruments optionnels. Si la proposition de règlement étudiée se repose sur l'article 114 du TFUE, d'autres fondements sont utilisés comme les articles 81 et 118 de ce même texte.

Le caractère optionnel donne au règlement proposé l'image d'un instrument « hybride » à mi-chemin entre *soft law* et Code civil. Mais cette particularité du régime a des conséquences sur sa configuration. Ainsi, sans rentrer dans les détails des modalités d'option pour les parties, que nous réserverons pour des développements postérieurs, il est possible d'affirmer que le DCEV est désigné par *opt in*. L'*opt in* s'oppose à l'*opt out*. Il s'agit simplement des deux possibilités de choix pour un instrument optionnel. Dans le premier cas, celui qui nous intéresse, l'option est expresse, voulue. Les parties stipuleront qu'elles choisissent l'instrument en question. À l'opposé, en *opt out*, le régime s'applique directement sans que les parties aient à manifester leur consentement. Autrement dit, les parties ne peuvent exercer qu'une option négative, une volonté de ne pas se faire appliquer l'instrument optionnel. Elles pourront alors

contract law », *European Private Law – Current Status and Perspectives*, Munich, Sellier, 2011.

⁸⁹ B. FAUVARQUE-COSSON, Le droit commun européen de la vente et la technique des instruments optionnels, p. 13-22 in : *Le droit commun européen de la vente, examen de la proposition de règlement du 11 octobre 2011*, Paris, Société de législation comparée, 2012.

⁹⁰ *Contra*, Y. BALENSI et F. BAUMGARTNER, préc.

⁹¹ Convention sur le brevet européen signée le 5 octobre 1973 à Munich.

⁹² Règlement (CE) n° 805/2004, du Parlement européen et du Conseil, du 21 avril 2004, portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées.

⁹³ Règlement (CE) n° 1896/2006, du Parlement européen et du Conseil, du 12 décembre 2006, instituant une procédure européenne d'injonction de payer.

⁹⁴ Règlement (CE) N° 861/2007, du Parlement Européen et du Conseil, du 11 juillet 2007, instituant une procédure européenne de règlement des petits litiges.

⁹⁵ Accord bilatéral entre la République française et la République fédérale d'Allemagne instituant un régime matrimonial optionnel de la participation aux acquêts, signé le 4 février 2010 à Paris.

⁹⁶ *V. supra*.

décider de l'évincer par une simple clause.

Le débat sur le choix entre *opt in* et *opt out* pour le DCEV a très vite penché pour la première possibilité. D'une part, la soumission de l'instrument à la volonté expresse de son application permet de laisser une totale liberté de choix entre ce régime et les droits nationaux. De ce fait, se crée une sorte de concurrence entre droit privé européen et droits nationaux pour une meilleure protection des consommateurs et des PME. Seulement, au bout du compte, la Commission espère l'emporter. L'utilisation poussée de cet instrument légitimera et favorisera le développement d'un droit commun privé européen. D'autre part, le revers de la médaille est tout aussi radical. Dans le cas d'un *opt in*, la pratique peut tout simplement ne pas utiliser l'instrument et son échec serait total, ses objectifs non atteints. A ce sujet, Ole Landö, chargé par la Commission en 2003 de diriger la rédaction des PDEC, a fait connaître sa préférence pour un système d'*opt out*, pour s'assurer de l'application de la protection des consommateurs⁹⁷. Cependant, il a pu préciser également que dans le cadre d'un instrument dont le champ d'application matériel était réduit à la vente, l'*opt in* s'imposait pour que les parties puissent apprécier la compatibilité des règles du DCEV avec les dispositions nationales applicables à leur contrat.

L'option prend ici un sens nouveau, puisque, tel que démontré plus haut, elle ne constitue plus un choix de loi au sens du règlement Rome I mais « une alternative interne au droit national [de la vente] »⁹⁸. Encore une fois, le régime s'installerait donc sur un fond de concurrence avec les législations des États membres. C'est en partie pour cela que les détracteurs du DCEV affirment que, s'il se présente comme un compromis, un équilibre entre impérativité et liberté contractuelle⁹⁹, il révèle une certaine envie des institutions européennes de passer en force et d'imposer un droit commun.

Au regard de ces deux caractères du DCEV, il est possible d'entrevoir sa force contraignante. Pour Ahlam Guessoum¹⁰⁰, la première manifestation de force contraignante est la force obligatoire de l'instrument. Celle-ci se définit par la façon dont la norme s'impose dans le système juridique de l'État en question. Ainsi, si d'une part existe le principe d'autonomie institutionnelle qui confère aux États la liberté d'assurer l'intégration et l'applicabilité des textes européens, la limite est posée par la primauté et l'effet direct du droit européen au sein des États membres. Or, selon la jurisprudence de la CJUE, les règlements priment sur les normes nationales et sont d'effet direct dans les États membres, c'est-à-dire directement applicables et invocables par les justiciables¹⁰¹. À l'inverse, les directives doivent être transposées par les législateurs nationaux dans leurs ordres internes. En conséquence, le choix d'un règlement pour porter le DCEV traduit une certaine volonté contraignante qui paraît nécessaire pour les besoins d'uniformisation. La deuxième manifestation de la force contraignante ne touche pas à la nature de l'instrument mais à sa configuration. L'instrument est-il élaboré comme une norme purement impérative, un corps de règles optionnel ou une simple boîte à outils, à l'image du CCR ? En ce qui concerne la méthode optionnelle choisie, l'auteur fait remarquer que, si elle permet de distinguer la proposition d'un texte à force contraignante classique, cette contrainte réapparaît dès lors que les parties ont choisi le

⁹⁷ O. LANDÖ, "On a European contract law for consumers and businesses – Future perspectives, pp. 208 et 210 in : *Towards a European Contract Law*, dir. R. Schulze et J. Stuyck, Munich, Sellier, 2011.

⁹⁸ V. ss note 81.

⁹⁹ M. BEHAR-TOUCHAIS, B. FAUVARQUE-COSSON, Z. JACQUEMIN, préc.

¹⁰⁰ A. GUESSOUM, op. cit., p. 107s.

¹⁰¹ Pour le principe de primauté : CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c/ENEL*, aff. 6/64 ; et pour l'effet direct des règlements : CJCE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, aff. 26/62.

DCEV¹⁰². La force contraignante est alors soumise à la volonté des praticiens.

Il ressort de ce second régime interne optionnel de la vente que coexisteraient deux droits au sein même des États membres dont la volonté des parties permettrait de déterminer celui qui est applicable. Le DCEV est pensé comme autonome. En effet, l'idée est que l'option en faveur du règlement évince l'application du droit national, justifiant ainsi son positionnement dans le corps des normes internes. Pourtant, des « points de frictions »¹⁰³ persistent et font craindre à certains auteurs une influence du régime optionnel sur la législation de l'État.

§ 2 – Un instrument européen autonome

Si une partie de la doctrine pose la question de savoir si le DCEV est bien du droit européen en raison de sa nature de second régime interne¹⁰⁴, quelques éléments de réponse peuvent être apportés. D'abord, dans son rôle de favorisation du libre-échange et du bon fonctionnement du Marché intérieur, l'instrument proposé a bien des finalités à dimensions européennes. De même, ses sources sont européennes. Ensuite, il est commun à tous les États membres et est donc théoriquement applicable de la même façon à tous les consommateurs et les entreprises qui s'y soumettront. De surcroît, le DCEV est un droit autonome. Le caractère autonome du règlement devrait se traduire par une indépendance vis-à-vis des droits nationaux. L'autonomie voulue est essentielle à l'anéantissement de la barrière des disparités de législations¹⁰⁵. En ce sens, elle est synonyme d'uniformisation. Le règlement l'explique lui-même en son considérant 29 et son article 11 et pose ainsi l'autonomie comme un principe inévitable. Mais cette caractéristique impose plusieurs configurations. Des dispositions doivent être prises pour assurer l'autonomie, sans quoi les objectifs fixés ne peuvent être réalisés. Malgré cela, le DCEV tel qu'il est configuré aujourd'hui ne permet pas d'atteindre une pleine autonomie.

Pour commencer, l'uniformité recherchée exige que le régime soit complet, c'est-à-dire que ses dispositions permettent de répondre à toutes les questions de droit qui peuvent être posées dans les situations qu'il gouverne. Bien entendu, cette prescription est impossible à suivre du fait de la compétence limitée et des choix politiques de la Commission.

Cette incomplétude est révélée par les lacunes du règlement. Dans un premier temps, il faut se tourner vers le champ d'application de l'instrument. Or celui-ci traite des contrats de vente transfrontières à distance et des services connexes à ces derniers¹⁰⁶. Malheureusement, pour la Commission, les situations juridiques impliquant des contrats de vente ne se limitent pas au jeu du droit de la vente. Entrent en ligne de compte de nombreux autres aspects du droit qui ne sont pas régulés par le règlement. Parmi ces domaines, il y a la responsabilité délictuelle déjà évoquée, mais encore l'incapacité, l'illégalité ou l'immoralité ; et ce ne sont que des exemples. Apparaissent alors des « points de frictions » avec les droits nationaux qui pourraient venir combler ces lacunes¹⁰⁷. À ce stade, il faut faire attention à bien opérer une

¹⁰² A. GUESSOUM, op. cit.

¹⁰³ C. AUBERT de VINCELLES, « Les caractères du droit commun européen de la vente », p. 25-34 in : *Le droit commun européen de la vente, examen de la proposition de règlement du 11 octobre 2011*, dir. O. Deshayes, Paris, Société de législation comparée, 2012.

¹⁰⁴ P. BRUN, préc.

¹⁰⁵ C. AUBERT de VINCELLES, op. cit.

¹⁰⁶ V. *infra*.

¹⁰⁷ Groupe de travail de l'Unité de recherche en droit de l'Université de Luxembourg, dir D. Hiez, « L'interprétation et l'application de l'instrument optionnel : réflexions sur l'article 4 du droit commun européen de la vente », p. 39-

distinction. Il s'agit de la différence entre les insuffisances du règlement sur des questions entrant dans son champ d'application et les matières qui lui sont inconnues.

Cette distinction opérée, l'article 4 de la proposition interdit aux États membres de remédier aux insuffisances du DCEV par leurs droits nationaux, renforçant un peu plus l'autonomie de l'instrument. Le législateur européen justifie cette interdiction par les « objectifs et principes » du DCEV que l'on retrouve à l'article 1^{er} du règlement. En revanche, cela ne vaut que pour les questions de droit de la vente, et une réponse est apportée quant à savoir ce qu'il advient des problèmes en périphérie de la matière. Il semble que d'autres normes devront les régler selon le considérant 27. Plus grave encore, la loi applicable dans ces cas sera désignée par les règles de conflit de lois, dont le législateur européen voulait s'affranchir¹⁰⁸. Il faut ajouter que la CVIM pourrait également, sous conditions, jouer le rôle de complément au DCEV¹⁰⁹. Cependant, cette affirmation dépend de la solution qui sera apportée à leur coexistence. L'*opt in* pour le régime optionnel vaudra-t-il *opt out* pour la CVIM et l'évincera-t-il ?

L'autonomie de l'instrument est aussi altérée en cas de dépeçage du régime. Le dépeçage consiste en la sélection de parties du DCEV pour l'appliquer à tout ou partie du contrat de vente. Celui-ci est interdit dans les contrats *B2C* par l'article 8§3 du règlement. *A contrario*, cette disposition peut vouloir dire que les contrats *B2B* peuvent être sujets à dépeçage. Cette assertion semble confirmée par l'article 29§4 du règlement. De cette manière, le contrat se verra appliqué en parallèle le DCEV sur certaines de ses parties et un autre droit sur d'autres. Concrètement, que ce soit en phase de formation du contrat, d'exécution ou dans une phase contentieuse, le juge et les parties pourront rarement, même sans dépeçage, n'appliquer que le régime optionnel. De ce fait, les parties devront connaître un autre droit que celui auquel elles s'étaient volontairement soumises.

De plus, l'autonomie du régime optionnel englobe son interprétation. Celle-ci est réglée par l'article 4 de la proposition. Point central du caractère autonome, l'interprétation comme celle des règlements européens doit se faire indépendamment des concepts nationaux et selon une interprétation uniforme et autonome¹¹⁰. L'apport de cet article qui vise à réguler l'interprétation future du règlement est innovant. Cette disposition donne des éléments pour interpréter le texte. Ainsi, il est fait application, en son alinéa 3, du principe *lex specialis generalibus derogant*, la règle spéciale déroge à la principale.

Pour Carole Aubert de Vincelles, « autonomie n'est pas indépendance »¹¹¹, puisque comme nous l'avons démontré, le DCEV ne peut traiter l'intégralité des problèmes de droit liés à un contrat de vente. Les interactions seront donc nombreuses. Le considérant 37 parle des droits et libertés fondamentales, la CVIM est impliquée et les droits nationaux aussi.

Tous ces éléments posent la question du rôle du juge national et celui de la Cour de justice de l'Union européenne. Pour le premier, la difficulté tiendra à faire abstraction de ses concepts nationaux pour se contenter d'appliquer le DCEV. Heureusement, c'est un exercice auquel il se livre en appliquant des droits étrangers par le jeu des conflits de lois. Quant aux juges de Luxembourg, ils seront les gardiens de l'autonomie du règlement ainsi que de son interprétation. La CJUE devra garantir une uniformité dans l'interprétation du DCEV par le biais

61 in : *Le droit commun européen de la vente, examen de la proposition de règlement du 11 octobre 2011*, Paris, Société de législation comparée, 2012.

¹⁰⁸ Cf. considérant 10 de la proposition de règlement.

¹⁰⁹ C. AUBERT de VINCELLES, op. cit.

¹¹⁰ Arrêt *Interdil Srl c Fallimiento Interdil SRL et Intensa Gestione Crediti SpA* du 20 octobre 2011 de la CJUE.

¹¹¹ C. AUBERT de VINCELLES, op. cit.

de la question préjudicielle. Mais c'est cependant là où le bât blesse du côté des praticiens. La charge de travail confiée à la Cour est importante et l'interprétation ne fera que la renforcer. Certes, des pistes de réorganisation, telle la création de chambres de la CJUE dans les cours et conseils constitutionnels sont en réflexion¹¹², mais elles ne sont pas pour demain. Le seul outil viable pour les justiciables sera donc la question préjudicielle avec tous les inconvénients temporels qu'elle implique. Cela pourra créer des failles dans la prévisibilité et la sécurité juridique qui pèseront sur le régime optionnel.

Pour la Commission, l'autonomie et l'interprétation dépendent d'une « compréhension commune »¹¹³. Cette nécessité met en relief une autre barrière du Marché commun : celle de la langue. La problématique linguistique est inhérente à toute élaboration d'une norme supranationale. Hélène Claret s'est d'ailleurs intéressée à la résolution de ce problème dans la proposition de règlement¹¹⁴. Pour elle, la rédaction d'un texte en plusieurs langues pose plusieurs défis de méthodologie. Si le règlement 1/58¹¹⁵ prescrivait une co-rédaction dans toutes les langues officielles des États membres, celle-ci est apparue au fil du temps irréalisable. En pratique, nous dit l'auteur, les textes européens sont rédigés en anglais ou en français. Pour le DCEV, c'est la langue de Shakespeare qui a servi à la rédaction. L'ennui est que les concepts sont différents d'une langue à l'autre et la rédaction dans un idiome unique entraîne des erreurs inévitables de traduction de ces concepts. Les rédacteurs du texte relèvent tout de même certains avantages. L'anglais serait pour eux la langue la plus répandue à l'international et serait donc la plus véhiculaire. De plus, elle serait la moins conceptuelle limitant les problèmes de traduction. Pour autant, ceux-ci ne peuvent être réduits à néant. Conscient de cette problématique, la Commission avait pu affirmer pour le CCR que le texte devait être « identique et parfaitement intelligible dans toutes les langues »¹¹⁶. La deuxième problématique liée à la langue est celle de l'interprétation. Que se passe-t-il lorsque deux versions du texte semblent disposer différemment ? Hélène Claret évoque l'avantage du règlement par rapport à la directive. Ne nécessitant pas de transposition, le règlement évite certains risques de dénaturation de son texte. L'interprétation régulée par les articles 4 et 5 du DCEV prône une méthode téléologique. Celle-ci est facilement accessible à la CJUE. Cependant, les juges nationaux auront plus de mal à y recourir. En sus, n'ayant pas les mêmes moyens de traduction que la Cour luxembourgeoise, ils devront en pratique se référer systématiquement à la version du DCEV dans leur langue officielle plutôt qu'à la version anglaise originale.

En résumé, les juges nationaux et la CJUE devront faire face au problème du multilinguisme. Pour autant, les dispositions liées à la méthode d'interprétation du règlement semblent limiter les effets néfastes des traductions du texte.

Finalement, ce sont tous les praticiens du droit et les agents économiques qui devront faire un effort de réflexion pour saisir l'esprit du texte, s'en imprégner, et ce, afin d'éviter au maximum les disparités dans son application. La problématique des divergences des législations, telle un serpent de mer, se répercute donc aussi sur l'utilisation des instruments européens communs. Si « l'autonomie n'est pas indépendance », elle n'est pas non plus autarcie. C'est pourquoi plusieurs mesures devraient être prises pour accompagner le DCEV.

¹¹² Ss dir. D. Hiez, op. cit.

¹¹³ Ibid.

¹¹⁴ H. CLARET, « Le défi du langage (Déterminabilité d'un droit européen des contrats et pluralisme linguistique) », p. 47s. in : *Les défis de l'harmonisation européenne du droit des contrats*, dir. Christophe Quézel-Ambrunaz, Chambéry, Université de Savoie, 2012.

¹¹⁵ Règlement n° 1 portant fixation du régime linguistique de la Communauté économique européenne.

¹¹⁶ COM (2004) 651, 14.

Caroles Aubert de Vincelles en expose plusieurs¹¹⁷, au rang desquelles la rédaction de clauses contractuelles types, des modèles de contrats dans toutes les langues européennes et des séances de formation pour les juristes. La Commission a donc conscience que, plus qu'une intervention normative, pour construire un droit commun européen, même sectoriel, il faudra éveiller la conscience européenne.

La méthode d'enseignement universitaire devra aussi s'adapter à la naissance d'un droit commun uniforme¹¹⁸. Notamment, la théorie générale du droit des obligations telles qu'elle est connue en France et dans les autres États membres, trouve un écho différent dans les textes européens de par le choix du droit de la consommation comme paradigme du droit commun des contrats¹¹⁹.

C'est alors cette conscience européenne qui sera mise à contribution dans la mise en œuvre du règlement pour poser la première pierre du chemin vers un droit privé commun européen.

SECTION 2 – LA CRÉATION D'UN EMBRYON DE DROIT COMMUN EUROPÉEN

La volonté marquée des institutions européennes de trouver une alternative à l'harmonisation pour créer un droit privé européen pose la question de leur compétence à opérer un tel changement (§ 1), étant donné les perspectives nouvelles que l'instrument proposé offre (§ 2).

§ 1 – Discussion sur la compétence de la Commission

La construction d'un droit privé commun européen, si elle peut paraître opportune et légitime à certains, ne peut se faire sans un respect des compétences accordées aux institutions européennes. Or cet aspect du débat a fait couler beaucoup d'encre. L'importance de cette problématique assez ancienne, dans les phases de construction du droit européen, transpire dans la fougue avec laquelle les auteurs en débattent. Elle réveille encore une fois les ardeurs entre pro-européens et eurosceptiques, exacerbe la « passion du droit »¹²⁰.

Il faut ici évoquer un épisode qui illustre parfaitement ce combat idéologique. Il s'agit de la lettre ouverte d'une quarantaine de professeurs adressée au Président de la République Jacques Chirac en 2005¹²¹. Ses auteurs fustigeaient l'audace de la Commission européenne d'extrapoler ses compétences pour créer un droit international privé européen. Cette quarantaine d'universitaires français réagissaient en fait à la proposition de règlement sur la loi applicable aux obligations contractuelles, qui donna ensuite naissance au règlement Rome I. Pour eux, l'État de droit était bafoué puisque les compétences de l'Union européenne allaient être dépassées en régulant le droit international privé. A la limite de l'invective, ils faisaient part de leur souhait que le Président de la République rappelle à l'ordre ces institutions qui se « déshonoraient ». Cet événement a entraîné la rédaction d'une contre-lettre signée par

¹¹⁷ C. AUBERT de VINCELLES, op. cit.

¹¹⁸ Cf. S. PIMONT, « Ce qu'enseigner le droit européen des contrats veut dire », p. 257s. in : *Les défis de l'harmonisation européenne du droit des contrats*, dir. C. Quézel-Ambrunaz, Chambéry, Université de Savoie, 2012.

¹¹⁹ Cf. V. FORRAY, « Le droit européen de la consommation et la critique de la théorie générale des contrats », p. 233s., *Les défis de l'harmonisation européenne du droit des contrats*, préc.

¹²⁰ J. CARBONNIER, op. cit.

¹²¹ <http://bruxelles.blogs.liberation.fr/lettre.htm>, dernière consultation le 3 mai 2014.

environ quatre-vingt universitaires emmenés par Paul Lagarde¹²². Dans cette réponse, les professeurs signataires se détachaient des propos tenus par leurs collègues et tentaient de calmer le débat. L'important était alors certainement de montrer que l'ensemble de la doctrine française ne se retrouvait pas dans les idées de la première lettre. En parallèle, Yves Lequette s'est même osé à comparer les justifications des travaux du groupe de Christian Von Bar, à celles des prémices du *III^e Reich*, et ceux qui y adhéraient à des collaborateurs¹²³.

Mais que faut-il retenir de ces émois doctrinaux? Au-delà de la maladresse des propos, ces auteurs ont mis le doigt sur un point sensible, celui des compétences de l'Union européenne pour créer un droit international privé européen et, *a fortiori*, pour le sujet qui nous intéresse, un droit privé européen. La question n'est donc pas anodine. La Commission européenne a l'obligation de préciser les fondements de ses politiques et des normes qu'elle rédige¹²⁴. Pour la CJUE, la base juridique des normes européennes est à valeur constitutionnelle¹²⁵. Au regard des articles 1, 5§1 et 5§2 du traité sur l'Union européenne, les institutions européennes ne peuvent s'extirper des compétences qui leur sont attribuées par les États membres.

En y regardant de plus près, les interventions de la Commission en droit international privé et en droit privé européen se fondent le plus souvent sur le bon fonctionnement du Marché intérieur. Or, ici, les rédacteurs ne dérogent pas à la règle puisque le fondement est celui de l'article 114 du TFUE¹²⁶. Pourtant dans les travaux préparatoires, d'autres bases juridiques étaient proposées. Pour Sébastien Roland, il aurait pu s'agir des articles 81, 115 et 352 du TFUE¹²⁷. Le premier de ces textes pose le principe de compétence des institutions européennes pour la coopération judiciaire en matière civile. Mais, ce n'a pas été le choix de la Commission qui le réserve plutôt pour ses actions en matière de compétence juridictionnelle et de reconnaissance des décisions judiciaires par exemple¹²⁸. En ce qui concerne l'article 115 TFUE, il instaure une procédure spéciale pour des directives dans le cadre du rapprochement des législations nationales et ce, lorsqu'elles ont une « incidence directe » sur le Marché intérieur. Certes, le DCEV découle des compétences de régulation du Marché intérieur, pour autant, le choix du support s'est porté sur un règlement. Ce fondement devient donc inintéressant. Enfin, l'article 352 du TFUE, lui, crée une compétence supplétive pour le bon fonctionnement des Traités, et donc, de leurs objectifs. Mais ici plus qu'un problème de pertinence du fondement, c'est la stratégie législative qui est mise en branle. En effet, la procédure liée à cet article impose l'unanimité au Conseil.

L'article 114 TFUE semble alors, aux yeux de la Commission, le plus à même de fonder le règlement sur le DCEV. Plus précisément, c'est le troisième paragraphe de cette disposition, sur

¹²² <http://bruxelles.blogs.liberation.fr/reponse.htm>, dernière consultation le 3 mai 2014.

¹²³ « On voit clairement dans laquelle de ces deux logiques s'inscrit M. Christian von Bar, lorsque, rayant d'un trait de plume 1 200 ans d'histoire et en montant en épingle quarante années (la durée de l'empire carolingien), il invoque pour justifier son entreprise du Code civil européen, Charlemagne, lequel avait d'ailleurs déjà été enrôlé par le III^e Reich pour essayer de faire accepter la collaboration en France, sous l'égide d'une certaine Europe », p. 1028-1044 in : Y. LEQUETTE, *Le Code européen est de retour*, *RDC* 2011, n° 3.

¹²⁴ S. ROLAND, « Remarques sur quelques difficultés d'ordre institutionnel », p. 69-74 in : *Le livre vert « relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises » contributions du LEJEP*, Paris, Lextenso, 2011.

¹²⁵ Arrêt 1/08 du 30 novembre 2009 de la CJUE.

¹²⁶ Cf. paragraphe 3 de la proposition 3011/0284, du Parlement européen et du Conseil, de règlement relatif à un droit commun européen de la vente, du 11 octobre 2011.

¹²⁷ *Ibid.*

¹²⁸ Cf. considérant 5 du règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil, du 12 décembre 2012, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, dit Bruxelles I bis.

la protection des consommateurs, qui servira de base juridique au régime optionnel. Celui-ci donne compétence à l'Union pour harmoniser et rapprocher les législations pour le Marché intérieur en matière de protection des consommateurs. Cependant, les détracteurs du DCEV contestent cette base juridique par une simple analyse des conséquences du règlement¹²⁹. En effet, le régime optionnel contribuerait plus à la diversité qu'il n'harmoniserait ou ne rapprocherait les législations. C'est comme nous l'avons déjà dit une question de point de vue, puisque, si, dans l'absolu, il contribue à une certaine inflation législative et donc à plus de diversité, sa nature de droit commun tend au rapprochement. Le service juridique du Conseil a d'ailleurs déclaré que ce fondement était « possible »¹³⁰. Dans le même sens, le Comité économique et social européen, véritable organe de conseil de la Commission, est plutôt favorable au DCEV tout en demandant des modifications. Or le Comité ne semble pas discuter le fondement juridique proposé¹³¹. Du côté des praticiens, il est à noter que l'avis favorable du CCBE, conseil des barreaux européens, ne semble pas non plus s'opposer à une telle base juridique¹³².

Il faut en déduire que si l'article 114 TFUE semble envisageable pour fonder le régime optionnel, il n'emporte pas d'enthousiasme particulier. Néanmoins, sans être contredite, cette base juridique ne devrait pas changer. La résolution du 26 février 2014 du Parlement européen ne s'y est d'ailleurs pas plus intéressée.

Une fois le fondement déterminé, ou tout du moins envisagé, il convient d'étudier si le texte respecte les principes de subsidiarité et de proportionnalité. Avant même la publication de la proposition, et dans le cadre des réponses apportées au livre vert, Sébastien Roland mettait déjà en garde contre la violation de ces principes¹³³. Il faut alors s'attacher à entrevoir si cette mise en garde a été retenue.

Ainsi, au titre de l'article 5§1 du TUE, les principes de subsidiarité et de proportionnalité encadrent l'exercice des compétences de l'Union européenne. Pour le premier, il ne s'applique que dans l'exercice des compétences partagées entre États membres et Union et son respect est contrôlé par les parlements nationaux. Ainsi, selon cette prescription, les institutions européennes ne peuvent opérer d'actions que si les objectifs ne peuvent être atteints par les États membres individuellement. Or la Commission indique, dans l'exposé des motifs de la proposition, que l'objectif du règlement est de créer un corps uniforme et volontaire de règles applicable à des contrats de vente transfrontières. Encore une fois, elle rappelle que cette action s'inscrit dans le bon fonctionnement du Marché intérieur. Elle en déduit que les États membres ne peuvent y parvenir individuellement. Il semble en effet tout à fait concevable que les législateurs nationaux ne puissent chacun de leur côté réduire la diversité des normes sur la vente transfrontière. C'est donc un rôle tout trouvé pour la Commission. De son côté, conformément à sa fonction de gardien du principe de subsidiarité, le Sénat français a eu l'occasion de donner son avis. Dans son rapport n° 425 du 3 février 2012¹³⁴, il indique que les parlements autrichien, allemand et britannique dénoncent une violation du principe de subsidiarité, et que le Parlement européen, lui, se conforme à l'avis de la Commission. Malheureusement, les sénateurs se sont contentés de demander une clarification de la base

¹²⁹ Y. BALENSI et F. BAUMGARTNER, préc.

¹³⁰ Ibid.

¹³¹ Avis du Comité économique et social européen, INT/600, Droit commun européen de la vente, 29 mars 2012.

¹³² Prise de position préliminaire du CCBE sur la proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente [COM (2011) 0635] du 16 février 2012].

¹³³ S. ROLAND, op. cit.

¹³⁴ Proposition de résolution européenne n° 425, présentée au nom de la Commission des affaires européennes sur le droit commun européen de la vente, enregistrée à la Présidence du Sénat le 23 février 2012.

juridique sans exprimer vraiment leur opinion. Les déductions que les auteurs peuvent faire de ce rapport sont multiples. Il pourrait être avancé que le Sénat, n'a pas trouvé de fondement juridique pertinent parmi ceux étudiés, donc les articles 114 et 352 TFUE, mais n'a pas voulu s'opposer à la démarche de la Commission. En effet, le rapport fait mention de la nécessité de poursuivre « l'harmonisation du droit commun de la vente au niveau européen ». Il semble donc que la Haute chambre soit favorable au DCEV. Pour autant, son constat est aussi celui de la grande difficulté à déterminer une base juridique pertinente, d'où la nécessité de clarification. Il est en revanche regrettable que le rapport ne se penche pas plus sur le respect du principe de subsidiarité.

En ce qui concerne le principe de proportionnalité, celui-ci est instauré par l'article 5§4 du TUE. Les institutions ne doivent pas faire plus que ce qui est nécessaire dans leurs actions. Pour une partie de la doctrine française, la proportionnalité n'est pas respectée en ce que, déguisée du caractère optionnel, le DCEV « perturbe » les législations des États membres qui devront le mettre en place. Plus encore il les évince¹³⁵. Sur ce sujet, le rapport du Sénat n'apporte aucune précision. Différemment, un des groupes de réflexion du TEE, dans le cadre des réponses apportées au livre vert¹³⁶, pense que la violation du principe de proportionnalité n'apparaîtrait que si le DCEV s'appliquait aux contrats internes. Mais, la Commission, mise en garde, a laissé la possibilité d'appliquer cette modalité aux États membres¹³⁷. Le principe de proportionnalité pourrait alors expliquer la restriction du champ d'application de l'instrument proposé¹³⁸.

La problématique de la compétence de l'Union et de la base juridique de la proposition est donc très débattue, mais ce qui est sûr, c'est qu'elle gagnerait à être clarifiée. La difficulté vient du fait que les institutions européennes opèrent un tournant dans leur politique législative et s'attaquent, pour la première fois, à la fondation d'un droit commun au sens médiéval. Ce virage dans le rapprochement des législations nécessite peut-être une mise à jour des fondements, malheureusement trop compliquée à court terme. En fin de compte, les nombreuses critiques quant au non-respect du principe de subsidiarité ont amené le Parlement européen à restreindre le champ d'application matériel de la proposition de règlement aux contrats de vente à distance, en mettant l'accent sur les contrats électroniques. Le champ d'action de la Commission étant ainsi limité, le principe de subsidiarité s'en trouve moins atteint. Il reste que la dernière résolution parlementaire du 26 février 2014 n'apporte qu'une solution à court terme puisque, tout en prônant cette applicabilité restreinte, elle prévoit d'ores et déjà les axes de la prochaine révision du texte en y incluant l'ampliation du champ d'application *ratione materiae*. Le débat sur ce thème est donc amené à ressurgir peu de temps après la probable entrée en application du DCEV.

§ 2 – Une perspective d'avenir vers une nouvelle ère du droit européen des contrats

Nous l'avons dit, le DCEV relève d'une approche sectorielle de la construction d'un droit privé européen¹³⁹. En ce sens, « l'acte caché »¹⁴⁰ dont parle Yves Lequette est celui d'une politique d'uniformisation. Et c'est ici que la « passion du droit » que présentait le Doyen Carbonnier atteint son apogée, comme si, dans l'ombre du débat sur l'utilité du DCEV par

¹³⁵ Y. BALENSI, F. BAUMGARTNER, préc.

¹³⁶ Dir. M. BEHAR-TOUCHAIS et M. CHAGNY, op. cit.

¹³⁷ V. *infra*.

¹³⁸ J. SENECHAL, op. cit.

¹³⁹ V. *supra*.

¹⁴⁰ Y. BALENSI, F. BAUMGARTNER, préc.

rapport aux objectifs affichés, se déroulait un combat idéologique de la doctrine sur le choix ou non de l'uniformisation. Et c'est bien de cela dont il est question puisque le régime optionnel s'impose comme une « étape fondamentale dans la construction d'un droit privé européen »¹⁴¹. La lenteur de l'Union européenne à réaliser les rêves des pères fondateurs est tellement éprouvée que la question se pose de savoir si le Commission ne va pas trop vite¹⁴². Ce que reproche une partie de la doctrine à cette institution c'est en fait de ne pas avoir ouvert publiquement le débat ou, du moins, de passer outre l'avis des États.

En admettant que le DCEV soit approuvé, il a la remarquable potentialité d'un « cheval de Troie »¹⁴³. Cette expression s'applique parfaitement à la situation puisque, installé dans le paysage normatif européen, mais aussi pratique, le DCEV serait la porte d'entrée vers une « nouvelle ère » du droit privé européen¹⁴⁴. Par une approche sectorielle du droit, les institutions pourraient, pierres après pierres, régimes optionnels après régimes optionnels, créer un droit civil commun européen¹⁴⁵.

Cette nouvelle ère du droit privé européen s'affranchirait d'une harmonisation dont les limites sont souvent mises en lumière. L'opportunité ici est celle de « créer un droit moderne qui se défasse des anciens mécanismes tant critiqués »¹⁴⁶. Selon Fernando Esteban de La Rosa et Ozana Olariu, le libre-échange ne peut plus se développer avec les outils normatifs utilisés par l'Union. « Nouvel esperanto du droit européen des contrats »¹⁴⁷, l'instrument optionnel pourrait être la première illustration de cette nouvelle méthode. Mais, qu'apporte-t-elle de plus ?

La création d'un droit commun européen optionnel, à commencer par la régulation de la vente à distance, pourrait donner naissance à un corps de règles applicable aux situations transfrontières, voire internes, se projetant en un objet d'attention commun des États membres. Ces derniers pourraient travailler à pallier aux imperfections des régimes optionnels pour atteindre leurs objectifs communs. Cette voie de construction du droit est beaucoup plus respectueuse de la souveraineté des États, de la pratique et de l'avis des justiciables en ce qu'elle n'édicte pas un Code civil européen impératif. Elle ne passe pas par un rapport de force ; ce même rapport qui soulève tant de protestations de la part des auteurs. Dans cette nouvelle logique, la doctrine a une place très importante. Les institutions européennes mettraient à disposition des toiles de fond auxquels les États membres, les praticiens et la doctrine apporteraient leurs touches pour tendre vers un chef-d'œuvre. La doctrine, surtout, retrouverait une place de choix faisant le lien entre les besoins sociaux, les objectifs communs et les normes communes.

En parallèle, la mise en œuvre du DCEV permettrait, notamment grâce à sa partie générale, de créer un nouveau vecteur de langage et de concepts juridiques communs¹⁴⁸. Par ce biais, et par la coexistence de deux régimes internes, les législateurs pourraient librement s'inspirer des dispositions d'origines européennes pour opérer les réformes de leurs droits

¹⁴¹ G. PONGELLI, The proposal for a regulation on a common European sales law (CESL) and its gradual evolution, *Comparative Law review vol.4 n°1*, Associazione Italian Diritto Comparato, 2013.

¹⁴² J.-S. BERGÉ, préc.

¹⁴³ Trad. "Caballo de Troya" in E. VALPUESTA GASTAMINZA, préc.

¹⁴⁴ Trad. "nueva era de pro-activismo jurídico" in F. ESTEBAN DE LA ROSA et O. OLARIU, préc.

¹⁴⁵ *Contra*, J. LE BOURG, « Un Code européen des obligations ? », p. 141-143 in *Les défis de l'harmonisation européenne du droit des contrats*, dir. C. Quézel-Ambrunaz, Chambéry, Université de Savoie, 2012.

¹⁴⁶ Trad. "esto es la oportunidad para crear un derecho moderno que se deshaga de los mecanismos antiguos tan criticados" in E. VALPUESTA GASTAMINZA, préc.

¹⁴⁷ Trad. "tiene vocación de convertirse en el nuevo esperanto del Derecho contractual europeo" in F. ESTEBAN DE LA ROSA et O. OLARIU, préc.

¹⁴⁸ A. GUESSOUM, op. cit., p. 121.

nationaux. Cette influence reçue volontairement est une autre méthode de construction du droit commun complémentaire de l'édiction de régimes optionnels uniformes.

Bien sûr, cette entreprise ne peut se dispenser de l'implication de tous les États membres, de fondements juridiques stables et d'une organisation institutionnelle adaptée. Le nombre croissant d'États membres ne fait qu'ajouter à la difficulté. Serait-il possible d'envisager un modèle d'implication étatique similaire à la coopération renforcée¹⁴⁹ ? Nous laisserons cette question ouverte pour ne pas s'écarter de l'objet de ce développement. Ensuite, la base juridique nécessite d'être clarifiée¹⁵⁰. Cependant, cela implique une réforme des traités constituant l'Union européenne et la difficulté à les réformer a déjà été éprouvée¹⁵¹. Du côté des institutions, l'Union est déjà dotée. De surcroît, il existe des manifestations internationales de doctrine en Europe. Il faut ici penser au groupe de l'Université de Pavie, à UNIDROIT, ou encore au TEE. Les regroupements de praticiens, comme le CCBE, et de justiciables, comme les associations européennes de consommateurs, pourraient aussi s'intégrer au processus.

À très long terme, cette construction pourrait déboucher sur l'édification d'un Code européen des obligations. Il faut ici rappeler que ce projet avait déjà été proposé par la Commission, mais a dû être abandonné face aux critiques justifiées de la doctrine. Toutefois, Johann Le Bourg met en garde contre une telle entreprise¹⁵², puisque, quelle que soit la méthode de codification, par compilation, consolidation ou sur le modèle du Code civil, elle doit s'inspirer de règles déjà existantes et d'un esprit général. Dans cette logique, il nous semble que ces règles préexistantes pourront être représentées par l'acquis communautaire ainsi que les différents textes spéciaux optionnels, dont la pertinence des dispositions aura pu être validée par la pratique. Quant à l'esprit général, il se retrouve dans le langage et les concepts juridiques communs, appuyé lui aussi par la pratique. Il ressort de ces affirmations que la réalisation d'un tel objectif dépend en grande partie de la volonté des praticiens et des justiciables.

L'entreprise peut donc paraître utopique. Pourtant, l'expression « cheval de Troie », au-delà de sa consonance militaire, renvoie surtout à une partie de l'histoire de l'Europe. Et, dans cette histoire, il est possible de tirer des exemples d'entreprises similaires et concluantes. Évidemment, il faut prendre toutes les précautions possibles à l'évocation de ces épisodes juridiques européens. À époques différentes, contexte différent. Les objectifs ne sont pas les mêmes et les relations internationales changent. Pourtant, des points communs subsistent. À chaque fois, la volonté est celle de mieux réguler les relations sociales et le plus souvent celle de développer le commerce.

C'est la vision adoptée et défendue par René-Marie Rampelberg, spécialiste de l'histoire du droit. Dès 2005, et donc avant même le débat sur le DCEV, cet auteur invoquait à l'appui de cette théorie, développée dans son livre *Repères romains pour le droit européen des contrats*¹⁵³, un exemple de la Rome antique. Au départ, il existait deux types de droits sous Rome. Le premier dit *ius civile*, s'appliquait aux citoyens romains et régulaient leurs rapports sociaux et commerciaux. Pendant la République romaine, le statut de citoyen, au début donné

¹⁴⁹ La coopération renforcée est une modalité d'adoption de règlement européen par un nombre réduit d'États membres, cf. Règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil, du 20 décembre 2010, mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps.

¹⁵⁰ V. *supra*.

¹⁵¹ Il faut ici penser à l'échec de la ratification par référendums du Traité établissant une Constitution pour l'Europe du 16 décembre 2004, publié au *Journal officiel de l'Union européenne* du 16 décembre 2004, n° C 310.

¹⁵² J. Le BOURG, *op. cit.*, p. 145s.

¹⁵³ R.-M. RAMPENBERG, *Repères romains pour le droit européen des contrats*, Paris, LGDJ, 2005, p. 13-23.

à tous les hommes libres vivant à Rome, fut de moins en moins attribué, tant est si bien que les interactions avec les « pérégrins » se sont multipliées. Ce développement social a donné naissance à un corps de règles parallèle appelé *ius gentium* et applicable aux pérégrins. Celui-ci recouvrait de nombreux aspects du droit. La pratique a commencé par utiliser ce corps de règles pour les relations commerciales entre citoyens romains et pérégrins. Cette situation peut se rapprocher du contexte transfrontière contemporain. Le statut des parties, citoyens ou pérégrins, faisait effectivement apparaître une sorte d'extranéité. Par la suite, l'application du *ius gentium* s'est répandue jusqu'à devenir majoritaire. Et c'est ce corps de règles, au départ applicable aux pérégrins, qui est devenu, par la pratique, le droit romain aujourd'hui enseigné.

Un autre exemple tiré du même ouvrage, et peut être plus parlant au vu de sa dimension européenne, est celui du *ius commune* médiéval. Cet épisode historico-juridique est souvent repris par les juristes pro-européens¹⁵⁴. L'Empereur Justinien avait pour ambition de regrouper les règles de droit romain dans un seul ouvrage. C'est de cette ambition qu'est né au Moyen-Âge le *corpus iuris civilis*, entre simple compilation et codification du droit romain. Sans pour autant être un code juridique à proprement parler ou un droit uniforme, cet ouvrage a eu une influence sur la majorité des civilisations européennes. Il est pour René-Marie Rampelberg, « la raison du droit enseignée dans toutes les universités »¹⁵⁵. Pour autant, il a bien reçu l'appellation de *ius commune* puisqu'il était à la base de la plus grande partie des droits européens devenus romains, germaniques et anglo-saxons. La science juridique était donc commune aux pays européens.

Les ressemblances avec le régime optionnel de DCEV sont alors flagrantes. En effet, *a pari*, le DCEV, commun et optionnel, pourrait avoir le même destin que le *ius gentium*, en ce qu'il pourrait par le jeu de la pratique devenir plus appliqué que les droits nationaux. Le droit commun peut donc être plus adéquat à des situations. Pour cela, il faudrait que la pratique opte en majorité pour le droit commun de la vente mais cela ne vaut que si son contenu est attractif, et répond aux besoins commerciaux. Cette nuance n'enlève rien au potentiel du régime optionnel et à son aspect symbolique.

Des expériences de droits communs ont aussi eu lieu dans d'autres régions du monde. Le premier exemple est celui de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires, ou OHADA. Olivier Gout¹⁵⁶ présente cette organisation interétatique comme ayant pour objet l'intégration juridique par l'harmonisation, voire l'uniformisation du droit des affaires, pour promouvoir leur Marché commun et les échanges commerciaux avec l'extérieur. Le constat de base était la diversité des législations qui pourtant avait un fond commun : l'influence du Code civil et du Code de commerce français. Si le constat de base est similaire en ce qu'il met en avant la barrière de la diversité législative, celle-ci est peut-être moins importante dans ces pays qu'en Europe. De surcroît, le contexte économique et culturel diffère entre Afrique et Europe. Toutefois, l'OHADA reste un exemple viable en ce qu'elle a déjà édicté neuf actes uniformes. Il reste à savoir si les conditions de réussite de ces textes se retrouveront pour le DCEV. L'auteur identifie également les défis que doit maintenant relever l'OHADA. Il s'agit de l'intégration de nouveaux États, de la diversification des langues utilisées et de la diversification des matières régulées. Il est incontestable que ces défis deviendront ceux de l'Union européenne si la voie législative du droit commun est empruntée. En cela, l'OHADA est un remarquable exemple dont l'évolution devra être suivie par les juristes et les institutions européens.

¹⁵⁴ Y. BALENSI et F. BAUMGARTNER, préc.

¹⁵⁵ R.-M. RAMPELBERG, op. cit.

¹⁵⁶ O. GOUT, « L'harmonisation du droit des affaires en Afrique : le droit OHADA », p. 17s. in *Les défis de l'harmonisation européenne du droit des contrats*, dir. C. Quézel-Ambrunaz, Chambéry, Université de Savoie, 2012.

D'autres organisations régionales ont eu des initiatives similaires. Ici, doivent être cités le MERCOSUR, organisation régulant le Marché commun d'Amérique du sud, et l'Organisation des États américains, ou OEA. Pour Bibiana Graeff et Wellerson M. Pereira¹⁵⁷, l'Amérique latine a une tradition de codification du droit international privé par les traités internationaux. Il n'est donc pas étonnant que le MERCOSUR ait voulu entamer une uniformisation des droits de la consommation mais celle-ci n'a pas pu être réalisée. Les raisons de cet échec sont dues au rejet d'un règlement proposé par le MERCOSUR dont le but était de codifier des règles de droit de la consommation. Le Brésil était déjà doté d'un Code de la consommation avec un degré de protection élevé. Or le texte international nivelait la protection par le bas et son caractère impératif aurait fait perdre certains droits aux consommateurs brésiliens. Ces derniers, représentés par des associations, ont fait pression sur le gouvernement pour qu'il rejette l'adoption du règlement. Ces associations furent entendues et le projet fut abandonné. À défaut d'une uniformisation du droit de la consommation en Amérique du sud, c'est l'ensemble des États américains membres de l'OEA qui ont entamé une harmonisation des règles de conflits en faveur des consommateurs. De la sorte, une première convention réglant les conflits de juridictions a été signée dans le cadre du MERCOSUR en 1996 sous le nom de Protocol de Santa Maria. Ce texte a été inspiré par la Convention de Bruxelles de 1968 et a créé une juridiction internationale de la consommation. L'OEA, quant à elle, a proposé une Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux de consommation. Sous l'impulsion du Brésil, d'autres travaux d'harmonisation du droit de la consommation sont en cours pour le MERCOSUR.

Enfin, Jaimini Vyas a pu développer son point de vue sur la prédisposition des États membres de l'ASEAN, l'accord de libre-échange asiatique, à se soumettre à une uniformisation des droits recouvrant des matières au-delà du commerce¹⁵⁸. Il cite notamment l'énergie, l'environnement ou encore la diminution de la pauvreté.

S'étendre plus sur ces exemples nous éloignerait trop de notre sujet, il faut donc simplement retenir que des expériences européennes de droits communs existent et ont eu une influence certaine sur le développement des droits nationaux et les relations internationales. Des expériences similaires ont encore lieu dans d'autres parties du globe. Ces dernières illustrations permettent de mettre en garde le législateur européen contre une impérativité trop forte du droit commun, ou encore sur la nécessité de proportionner un niveau de protection du consommateur élevé¹⁵⁹. Toutefois, l'exemple de l'OHADA montre qu'une telle entreprise est réalisable pour peu que les conditions de réussite soient réunies.

Aussi, si les divers droits européens ont pu prendre des chemins différents, des bases juridiques communes sont bien présentes et sont souvent mises en exergue par le droit comparé. De ce constat, il faut en déduire que la coexistence d'un droit commun et de droits « nationaux » n'est pas forcément néfaste. D'une part, ces deux systèmes de droit ne s'entrechoquent pas automatiquement puisqu'ils peuvent se répartir des domaines juridiques. Or le commerce, par nature, a vocation à se développer hors des frontières et il a été vu qu'il a tendance à être un objet privilégié du droit commun. Les expériences contemporaines démontrent qu'il en va de même du droit de la consommation. D'autre part, si le droit commun a influencé les droits nationaux, c'est soit en leur donnant une base scientifique, comme le *ius*

¹⁵⁷ B. GRAEFF, W. M. PEREIRA, « Initiatives d'harmonisation régionale du droit de la consommation : les exemples du MERCOSUR et de l'OEA », p. 25s. in : *Les défis de l'harmonisation européenne du droit des contrats*, dir. C. Quézel-Ambrunaz, Chambéry, Université de Savoie, 2012.

¹⁵⁸ J. VYAS, « Les accords de libre-échange en Asie : évaluation de la possibilité d'une uniformisation des droits », p. 37s. in *Les défis de l'harmonisation européenne du droit des contrats*, préc.

¹⁵⁹ V. *supra*.

commune, soit par l'intervention de la pratique. Ainsi, il ressort de l'histoire, que l'évolution législative nationale corrélative à l'existence d'un droit commun ne souffre pas de l'impérativité de ce dernier. Plus encore, le droit commun, à rebours du droit uniforme est respectueux de la diversité des législations, des identités juridiques des États. Et, c'est tout cela qui justifie le caractère optionnel du règlement de DCEV. Certes il s'agira d'un droit uniforme, mais le fait qu'il soit optionnel lui rend les attributs d'un droit commun. L'uniformité du droit de la vente sera dépendant du choix des parties de telle sorte que la diversité juridique persistera dans l'absolu, mais que les effets néfastes de cette dernière pourront être écartés. Il faut alors se demander si les droits nationaux ne pourraient pas même être moins influencés par un droit commun européen que par le droit international privé européen.¹⁶⁰

Subséquentement, la vision que doivent adopter les acteurs de la construction européenne doit être différente de la vision nationale. Comme le pense Jean-Sylvestre Bergé¹⁶¹, le droit européen n'est pas le droit national, et il faut éviter une projection des conceptions internes dans la sphère de l'Union. Ces acteurs sont les juristes et le législateur européen pour cet auteur. Mais, *a fortiori* du contexte national, il nous semble que la doctrine et les regroupements européens de consommateurs, de professionnels et de praticiens sont aussi concernés.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

La proposition de règlement sur le DCEV est le résultat d'une longue réflexion des institutions et de la doctrine européenne pavée de tentatives infructueuses. Il semble qu'après l'échec du Code civil européen et du CCR, la Commission ait dû revoir ses ambitions à la baisse. Pour autant, les travaux jusqu'ici effectués ne sont pas jetés aux oubliettes puisqu'ils servent de bases à une nouvelle politique européenne dont les objectifs sont resserrés.

Les buts visés par la Commission dans le livre vert de 2008 sont le développement du commerce transfrontière et la protection des consommateurs et des PME. Cependant, la justification factuelle de ces objectifs dans les différents actes de la Commission est loin de convaincre l'ensemble des auteurs. Le constat de base est sévèrement remis en question par certains universitaires. Mais, notre analyse nous conduit à nuancer leurs propos. En effet, les barrières du Marché intérieur contre lesquels la Commission veut lutter avec le DCEV ne sont bien sûr pas les seules. D'autres chantiers législatifs devraient être ouverts. Nonobstant ce choix contesté des obstacles à éradiquer, il apparaît clairement que la réussite de l'entreprise peut être bénéfique au Marché intérieur.

Pour atteindre ces objectifs, il a été dégagé deux conditions parmi les plus importantes. Il s'agit là du choix de l'instrument par les agents économiques ainsi que l'effectivité des protections. Si seule la pratique pourra répondre à la question de savoir si ces conditions seront réunies, il a été vu que le choix du régime optionnel est conditionné par de multiples facteurs. Dans leur rang, apparaît la connaissance par les parties de l'existence du DCEV et de son contenu. Cette conscience est dépendante des obligations d'information qui pèsent sur les professionnels et des projets de communication de l'Union européenne. Également,

¹⁶⁰ Cf. C. MOILLE, *L'influence du droit international privé sur le droit interne français*, thèse (dir. E. Treppoz), Université Lumière Lyon 2, 2012.

¹⁶¹ J.-S. BERGÉ, préc.

l'attractivité du régime dépend de la prévisibilité et de la sécurité juridique que l'instrument proportionnera. Quant à l'efficacité des protections voulues, elles ne peuvent se mesurer que par comparaison. D'abord, cette comparaison se fera par rapport au degré de protection configuré par les droits nationaux. De ce point de vue, il est certain que le résultat sera différent d'un État membre à l'autre. En conséquence, la protection la plus forte possible, dans le respect du libéralisme contractuel, est prescrite par la doctrine. Ensuite, la comparaison s'opérera avec l'acquis de l'Union européenne. Celui-ci est constitué par l'harmonisation en droit de la consommation depuis les années 1980. Or les institutions européennes, conscientes du virage opéré, tâchent de ne pas se répéter et, tout en continuant cette harmonisation, choisissent les pans du droit à intégrer dans les directives ou dans le DCEV.

Ce changement de politique vers un droit commun européen optionnel des contrats est manifeste et soulève beaucoup de contestations de la part d'une partie de la doctrine française. C'est une étape de plus vers l'uniformisation des droits nationaux et, il ressort des analyses de ces auteurs que la réflexion sur le chemin à prendre devrait être plus profonde. Néanmoins, une porte d'entrée vers une nouvelle ère du droit privé européen est proposée.

D'une part, le texte proposé se configure comme celui d'un second régime interne optionnel de la vente à distance. Les caractéristiques de l'instrument évitent, par sa nature interne, les inconvénients des règles de conflit de lois, et, par son optionalité, respecte la souveraineté des États. Il en ressort, de l'avis de la Commission et des pro-européens qu'une voie respectueuse de la souveraineté des États peut être trouvée dans la construction d'un droit commun européen. En revanche, les opposants aux DCEV soulèvent, au contraire, que cette méthode ne fait que passer outre les politiques législatives des États membres. En sus, le caractère optionnel ne saurait éviter l'influence du droit européen sur le droit interne. À mi-chemin, une affirmation certaine peut être faite : les bases juridiques de l'action de la Commission en ce domaine doivent être clarifiées. Malgré sa nécessité, cette clarification paraît compliquée puisqu'elle suppose une modification des Traités. Pourtant, elle permettrait de répondre aux préoccupations de la doctrine quant au respect des principes de subsidiarité et de proportionnalité. C'est d'ailleurs ce qui a poussé le Parlement européen à réduire le champ d'application matériel de la proposition aux seuls contrats à distance.

D'autre part, le DCEV doit être autonome, ce qui n'est pas gagné. D'abord, son autonomie requiert que le régime soit le plus complet et le moins dépendant possible des droits nationaux. Ce ne pourra être le cas lorsque des problèmes juridiques surviendront à la périphérie du DCEV. Des questions de droit liées au contrat de vente comme l'incapacité illustrent cette affirmation. La CJUE aura un rôle accru dans l'interprétation de ce régime mais aussi les praticiens. Ainsi paraît-il possible de tendre vers cette autonomie.

Enfin, si la méfiance des « droits venus d'ailleurs » avait pu être entrevue par le Doyen Carbonnier¹⁶², la doctrine ne doit pas se laisser aveugler par celle-ci. Il semble, comme le conseille Jean-Sylvestre Bergé, que, face à ces nouvelles perspectives, la doctrine doive opérer une distinction dans ses approches analytiques et critiques en fonction des contextes nationaux ou européens.

¹⁶² « Il y a des droits venus d'ailleurs qui portent à notre droit un intérêt possessif. À la vérité, les droits venus d'ailleurs sont des droits venus de nulle part, des droits qui n'ont ni d'histoire ni territoire : ils ont surgi d'abstraction. (...) De nulle part, cela pourrait se dire en grec *utopie*. Mais les utopies sont poétiques, aériennes, tandis qu'autour des droits européens – il s'est constitué une telle capitalisation d'intérêts et d'ambitions qu'il faudrait rien de moins qu'une éruption de volcan pour faire crouler ces babylones juridiques » : Jean CARBONNIER, op. cit., p. 47-48.

DEUXIÈME PARTIE
DU RÉGIME PROPOSÉ DE DROIT COMMUN EUROPÉEN DE LA VENTE :
ENTRE PROTECTION ET UNIFORMISATION

La proposition de règlement sur le DCEV fait apparaître le régime optionnel dans une Annexe I. Elle contient les dispositions pour lesquels opteront les parties, dans leur intégralité pour les contrats *B2C* et avec certains aménagements possibles entre professionnels. La proposition contient donc un exposé des motifs, le règlement et le corps de règles optionnels¹⁶³. Ce *corpus* est inspiré des travaux déjà menés dans la dernière décennie comme le CDEC, le CCR ou les PDEC, mais également de la CVIM et des Principes UNIDROIT. Les dispositions permettant de déterminer l'applicabilité du régime se retrouvaient au départ dans le règlement et les règles régissant les contrats dans l'annexe I. La résolution du Parlement européen du 26 février 2014 est venue réorganiser la présentation du texte pour plus de clarté. Ainsi, le contenu du régime ne fait plus partie d'une annexe I mais d'un Titre II. Celui-ci est suivi par deux autres titres qui traitent respectivement des moyens accompagnants le DCEV, titre que la Commission devra remplir, et des dispositions finales à l'image des récents règlements de droit international privé.

Pour bien saisir l'efficacité, l'attractivité et comprendre la configuration du régime optionnel, il faut dans un premier temps étudier les modalités de l'option (Chapitre 1) avant d'apprécier son contenu au travers de certaines problématiques dans le cadre d'un contrat de vente (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 – LES MODALITÉS DU CHOIX

La compréhension des modalités du choix du DCEV par les parties passe inévitablement par l'analyse des conditions d'ouverture de l'option (Section 1) et du mécanisme de sa levée (Section 2).

SECTION 1 – LES CONDITIONS D'OUVERTURE DE L'OPTION

Pour bien comprendre les conditions d'ouverture de l'option en faveur du DCEV, il faut adopter une analyse classique du droit international privé consistant à étudier les conditions d'application de l'instrument. Ici, trois d'entre elles nous intéressent. Il s'agit du champ d'application *ratione materiae*, c'est-à-dire matériel (§ 1), du champ d'application *ratione personae*, ou personnel (§ 2), et du champ d'application *ratione loci*, donc territorial, qui sera apprécié à travers l'étude des deux premiers. Quant au champ d'application temporel de l'instrument, il ne peut bien évidemment être dégagé qu'une fois le règlement adopté et ne sera donc pas abordé. À cet égard, la Commission explique dans l'exposé des motifs que le champ d'application établi est nécessaire et stimulant pour le Marché intérieur. Les rédacteurs ont eu le souci d'évincer au maximum les droits nationaux pour éviter les inconvénients de leurs disparités¹⁶⁴. Celui-ci est d'ailleurs défini aux articles 4 à 7 du règlement et complété par la liste de définition de l'article 2.

¹⁶³ Z. JACQUEMIN, op. cit., p. 64.

¹⁶⁴ Ibid.

§ 1 – Le champ d’application *ratione materiae* de l’instrument

Le champ d’application *ratione materiae* est défini aux articles 4 à 6 du règlement. Il a subi une limitation importante à la suite de la résolution du Parlement en 2014. Ainsi, à l’origine applicable à l’ensemble des contrats de vente, il a été restreint aux contrats de vente à distance à l’article 4. Selon la rédaction modifiée des considérants 8 et 9, l’accent est particulièrement mis sur les contrats conclus par voie électronique. Il faut également noter que, pour répondre correctement à la réalité commerciale du Marché commun, le Parlement a intégré un considérant 17bis qui prend en compte le développement du commerce *via clouding*, ou « informatique en nuage ». L’article 5 donne une liste de trois contrats auxquels le DCEV peut être appliqué. Le premier est le contrat de vente. Vient ensuite le contrat de fourniture de contenu numérique, puis le contrat de service connexe aux deux précédents. À ce titre, le considérant 19 dans sa nouvelle rédaction donne l’exemple du stockage temporaire sur nuage comme service connexe.

La première remarque sur cette disposition consiste à dire que le choix opéré par les rédacteurs du texte est celui d’un droit commun sectoriel. Cette orientation a clairement été influencée par la doctrine européenne dont la faveur pour une construction par pans de droit avait été exprimée dès les travaux préparatoires¹⁶⁵. Pour Benoît Khol¹⁶⁶, le choix de la construction sectorielle s’impose pour une meilleure assimilation par les contractants, puisque portant sur des aspects concrets du droit. Or ce sont ces derniers qui choisiront le DCEV et conditionneront ainsi sa réussite. Ce choix pour une construction sectorielle fait aussi l’objet de critiques. Ainsi, pour Louis-Frédéric Pignarre¹⁶⁷, l’addition de textes spéciaux peut conduire à des incohérences importantes. De plus, la politique de régulation du spécial avant le général, ne prend pas en compte la réalité de l’activité économique qui ne peut se résumer à un seul contrat type.

Pourtant, le contenu du DCEV comporte un Chapitre I sur les principes généraux des obligations que devront respecter les parties. Pour Hans Schulte-Nölke¹⁶⁸, s’exprimant sur l’étude de faisabilité, la vocation généraliste du texte ne se retrouve pas uniquement dans le premier chapitre mais également dans les dispositions concernant les dommages-intérêts et les intérêts de retard à la Partie VI et concernant la prescription à la Partie VIII. Ces prescriptions générales, pourraient, dit-il, avoir été rédigées en prévision d’une expansion future du champ d’application au-delà des simples contrats de vente et des quelques contrats de service concernés. La nature modulable du texte, en fait révisable tous les cinq ans, rend cette explication plausible. Pour preuve, le considérant 35 modifié et la partie 5 de l’exposé des motifs énoncent clairement que la révision quinquennale prévue aura aussi pour objet l’extension du champ d’application si nécessaire. Certains auteurs prévoient déjà une entrée dans le champ d’application du DCEV des contrats d’assurance, de prêts à la consommation ou encore de prêts professionnels¹⁶⁹. Cette étape suivante du droit commun pourrait aussi se faire par d’autres instruments, mais alors les dispositions générales du DCEV n’auraient plus vraiment d’intérêt.

Cette introduction d’une partie générale à un texte censé réguler uniquement le droit de la vente n’a pas manqué de surprendre. Certes la doctrine avait pu évoquer l’insertion de

¹⁶⁵ Dir. M. BEHAR-TOUCHAIS et M. CHAGNY, op. cit.

¹⁶⁶ B. KHOL, op. cit.

¹⁶⁷ L.-F. PIGNARRE, « Le très spécial avant le général : L’impossible droit commun », p. 167s. in *Les défis de l’harmonisation européenne du droit des contrats*, dir. C. Quézel-Ambrunaz, Chambéry, Université de Savoie, 2012.

¹⁶⁸ H. SCHULTE-NÖLKE, “Scope and Function” p. 39 in *Towards a European Contract Law*, dir. R. SCHULZE et J. STUYCK, Munich, Sellier, 2011.

¹⁶⁹ M. BEHAR-TOUCHAIS, B. FAUVARQUE-COSSON et Z. JACQUEMIN, *préc.*

principes directeurs¹⁷⁰, d'ailleurs cités dans les considérants du règlement comme le considérant 29, mais il semble, selon Marine Goubinat, qu'il y ait une incompréhension de la part des rédacteurs. Les principes généraux ne sont pas les principes directeurs entendus par la doctrine. Le Chapitre I du DCEV a en fait vocation à servir de « boussole juridique »¹⁷¹ au justiciable et au praticien, à le guider dans l'interprétation des dispositions du texte. L'édition de principes généraux a pourtant des intérêts symboliques et pratiques. Ils peuvent servir de langage commun et aider ainsi généreusement à l'interprétation du texte. Pour autant, ses intérêts pratiques n'ont pas vraiment convaincu, mais le Parlement a tout de même décidé de maintenir ce Chapitre.

Seconde remarque, le choix de la vente s'est imposé au vu des objectifs fixés¹⁷² et s'érige en un « parangon contractuel »¹⁷³ de par la pratique internationale au sein du Marché commun. Pour Philippe Brun, l'analogie avec le Code civil français est pertinente. En effet, le droit des contrats français s'est, pour lui, fondé sur les contrats à exécution instantanée et translatifs de propriété et des lacunes importantes en ont découlé¹⁷⁴. Malgré cela, c'est bien le contrat de vente qui semble intéresser la Commission, au-delà de son aspect symbolique, pour sa pratique régulière. Pour le reste, la définition du contrat de vente par la proposition semble simplifiée par rapport à la CVIM et moins économique que la directive sur la consommation de 2011¹⁷⁵. Cette définition apparaît au sein de l'article 2 listant les qualifications nécessaires à l'interprétation et l'application du DCEV. Ainsi, l'article 2.k énonce : « "Contrat de vente" : tout contrat en vertu duquel un professionnel (« le vendeur ») transfère ou s'engage à transférer la propriété des biens à une autre personne (« l'acheteur »), et l'acheteur paie ou s'engage à en payer le prix ; il comprend les contrats portant sur la fourniture de biens à fabriquer ou à produire, et exclut les contrats de vente sur saisie ou impliquant l'exercice de la puissance publique ». Du côté de la CVIM, il faut constater que son champ d'application ne recouvre que la vente de marchandises telle que définie en son article 3. Le DCEV ne se restreint pas à la vente de marchandises. Il faut tout de même noter la mise à l'écart des situations comportant des prérogatives de puissance publique, illustration la plus pure de la souveraineté des États. Cette exclusion est récurrente dans les règlements européens de droit international privé. Le changement prôné par le Parlement concentre donc le champ d'application sur les contrats de vente à distance.

Nouveauté par rapport à l'étude de faisabilité publiée en mai 2011, le DCEV connaît, dans la configuration de la proposition, des contrats de fourniture de contenu numérique selon l'article 5.b. L'explication quant à son absence à l'époque de l'étude de faisabilité est en fait simple, comme l'explique Hans Schulte-Nölke¹⁷⁶. La Commission avait chargé un groupe de travail indépendant de préparer les dispositions régissant la fourniture de contenus numériques. Or ce groupe de travail n'avait pas terminé d'accomplir sa tâche au moment de la publication de l'étude de faisabilité. Il s'agit pour Zoé Jacquemin d'une incorporation réaliste

¹⁷⁰ G. WICKER, J.-B. RACINE, *Projet de cadre commun de référence, principes contractuels communs, introduction*, *RDC* 2008/1, p. 109s. V. notamment « II. Proposition de principes directeurs du droit européen du contrat ».

¹⁷¹ M. GOUBINAT, *L'édition des principes généraux, quel intérêt ?*, *Les petites Affiches*, 24 décembre 2013, n° 256, p.23s.

¹⁷² V. *supra*.

¹⁷³ P. BRUN, *préc.*

¹⁷⁴ *Ibid.*

¹⁷⁵ J. SENECHAL, *Quel contrats spéciaux pour quels futurs instruments de droit européen des contrats ?*, p. 17-51 in : *Vers un droit européen des contrats spéciaux – Toward a european law of specific contracts*, Bruxelles, Larcier, 2012.

¹⁷⁶ H. SCHULTE-NÖLKE, *op. cit.*, p. 41-42.

face aux commerces du XXI^e siècle¹⁷⁷. En effet, elle évoque le commerce de dictionnaires qui peuvent se vendre sous version papier et sous version dématérialisée. C'est en fait vrai pour l'ensemble du commerce de livres. Ainsi, le libraire peut vendre un ouvrage sous le même régime que ce soit par support physique ou numérisé à partir du moment où il le vend à distance. Par là même, la fourniture de contenu numérique est assimilée à la vente sans pour autant en adopter la qualification ce qui n'aurait pas été convenable conceptuellement. À ce titre, Sophie Guicherd¹⁷⁸ fait remarquer que la qualification du contenu numérique diffère de celle de la directive du 25 octobre 2011 par laquelle il peut se confondre à la notion de bien lorsque son support est physique. C'est un exemple du décalage entre l'harmonisation entreprise depuis les années 1980 et le DCEV. Cela pourrait créer quelques confusions dans la pratique. Enfin, dans la même logique, le troisième type de contrats régis par le DCEV est celui des services connexes à la vente ou à la fourniture de contenu numérique. Zoé Jacquemin cite ici l'exemple de l'abonnement mais l'article 2.m évoque également l'installation, l'entretien et la réparation. La liste n'est cependant pas fermée. Il semble donc que la logique commerciale contemporaine trouve un écho assez fidèle dans le texte étudié.

L'application du régime optionnel, avant la résolution de 2014, était également indépendante du type de conclusion du contrat et son champ d'application s'intéressait donc aussi aux contrats conclus à distance et hors établissement commerciaux, empiétant de ce fait sur les directives concernées. Cependant, c'est finalement les seuls contrats de vente à distance qui feront l'objet du régime optionnel.

En complément, l'article 6 instaurait deux exceptions aux contrats qui peuvent être soumis au second régime. La première exception concernait les contrats mixtes et la seconde portait sur les contrats liés à un crédit à la consommation. Concernant les contrats mixtes, une justification peut être avancée. La politique législative adoptée par la Commission et freinée par les critiques s'est concentrée sur la vente. L'attraction d'autres pans du droit vers le régime du DCEV par ce biais aurait pu être perçue comme un passage en force. *A fortiori*, la seconde exception exprime pleinement cette idée puisque le crédit à la consommation est sujet à une protection divergente d'un État membre à l'autre et a des rapports étroits avec les souverainetés législatives. Les rédacteurs du DCEV n'ont apparemment pas voulu légiférer dans des domaines sensibles. Pourtant, le Parlement a finalement inclus les contrats liés dans le champ d'application du DCEV par l'ajout d'un considérant 19bis et la modification de l'article 6 au Titre I.

Qui plus est, les définitions contenues à l'article 2 permettent de délimiter un peu plus le champ d'application *ratione materiae*. À titre d'exemple, la définition des biens du contrat de vente à l'article 2.h ne porte que sur les objets mobiliers corporels excluant *de facto* la vente de biens immeubles. Les points .j et .m de l'article 2 légèrement retouchés par la résolution de 2014, contiennent également des listes d'exclusions respectivement pour les contenus numériques et pour les services connexes. Pour Zoé Jacquemin, « l'idée est certainement de confiner l'instrument optionnel dans son champ premier – la vente – et d'éviter qu'il ne s'étende à d'autres services que ceux qui sont en relation directe avec celle-ci »¹⁷⁹. La Commission cherche donc à trouver une certaine cohérence dans le rapport entre effectivité de l'instrument et champ d'actions visé.

¹⁷⁷ Z. JACQUEMIN, op. cit., p. 66.

¹⁷⁸ S. GUICHERD, La proposition de règlement et le contenu numérique, *Les Petites Affiches*, 24 décembre 2013, n°256, p. 53s.

¹⁷⁹ Z. JACQUEMIN, op. cit., p. 69.

Il faut, à ce stade, préciser que les contrats qui peuvent être soumis au DCEV doivent aussi être transfrontières. Cette prescription est présentée par l'article 4§1. Cependant, il est laissé le choix aux États membres d'autoriser l'application du DCEV à des contrats de vente *B2B* et *B2C* sans élément d'extranéité comme le dispose l'article 13.a. Cet article révèle en fait l'ambition des institutions européennes de voir appliquer un droit commun européen uniforme. Pour des raisons de compétence de l'Union, il ne s'agit que d'une faculté à la discrétion des États membres mais, si elle est largement utilisée, le DCEV aura l'opportunité, pour peu qu'il soit convaincant, de supplanter les droits nationaux¹⁸⁰.

Finalement, la liste des contrats pouvant être soumis au DCEV peut paraître surprenante à certains égards. Il est vrai que la doctrine avait pu suggérer d'intégrer certains contrats mixtes intéressant autant la pratique de la vente dans le Marché intérieur. Ce fut le cas du contrat de voyage à forfait par exemple¹⁸¹, qui n'a finalement pas été attrait.

Quant à l'étendue du champ des questions de droit de la vente que le DCEV doit traiter, la Commission a apporté quelques précisions dans les considérants. Si, chronologiquement, toute la vie du contrat sera régulée par le règlement, jusque dans la phase précontractuelle¹⁸², le considérant 26 énonce que les matières du droit des contrats qui sont couvertes par l'instrument doivent être limitées à celles qui « présentent un intérêt concret ». C'est cette déclaration qui justifie l'inclusion des obligations d'information précontractuelle dans le champ d'application du DCEV. En parallèle, la Commission établit une liste de domaines liés à la vente qui doivent aussi être régulés par le régime optionnel. Dans leur rang, apparaissent l'annulation du contrat pour erreur, dol, menaces ou exploitations déloyales, ou encore l'interprétation des contrats. Dans tous les cas, il s'agit de rendre le DCEV le plus autonome possible par son champ d'application pour lui donner toutes les chances d'atteindre les objectifs fixés¹⁸³.

Le considérant 27, quant à lui, posait le principe du retour aux règles de conflit de lois pour les matières non régies par le DCEV. Ces domaines sont d'ailleurs explicitement cités. Il s'agit par exemple de la personnalité juridique, la nullité du contrat découlant d'une incapacité, ou encore l'illégalité et l'immoralité. Le Parlement s'est aussi saisi de ce thème. En modifiant le considérant 27, il a pu admettre que certains motifs d'illégalité ou d'immoralité peuvent être connus du DCEV. En sus, un considérant 27 bis a été ajouté pour expliquer que les situations juridiques régulées par la directive sur les pratiques commerciales déloyales¹⁸⁴, lorsqu'elles ont trait à des aspects contractuels, peuvent entrer dans le champ du DCEV. Toutes ces exclusions, bien que limitées par le Parlement, concernent des questions générales du droit civil et le contrat de vente ne peut s'en exonérer. En conséquence, la consultation des règles de conflit de lois puis des droits applicables pour traiter ses problématiques affaiblissent considérablement l'autonomie du DCEV et font persister une part des effets néfastes de la diversité des législations. Pour autant, comme il a été dit, l'histoire du droit privé européen a montré que les institutions européennes ne peuvent raisonnablement édifier un droit commun complet en une fois. Pour certaines critiques, il s'agirait là d'un « aveu d'impuissance » de la part de la Commission¹⁸⁵. Cette dernière doit en effet composer avec les compétences qui lui sont attribuées par les Traités européens.

¹⁸⁰ Pour le champ d'application territorial v. *infra*.

¹⁸¹ Op. cit., dir. M. BEHAR-TOUCHAIS et M. CHAGNY, p. 29s.

¹⁸² V. *infra*.

¹⁸³ V. *supra*.

¹⁸⁴ Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur.

¹⁸⁵ P. BRUN, préc.

En sus, les rédacteurs ont fait figurer une précision au considérant 27 *in fine*, non modifiée, qui ne manquera pas d'intéresser les juristes français. La proposition de règlement ne répond pas à la question de savoir si la cumulation d'actions sur fondement contractuel et d'actions sur fondement délictuel était envisageable. La résolution de cette problématique est donc laissée à la CJUE et aux États membres. Il est concevable que ces derniers prennent certaines mesures au moment d'intégrer le DCEV. En France, la problématique renvoie par exemple à la protection des PME dans le cadre de contrats commerciaux qui est considérée comme entrant dans la matière délictuelle. Le législateur français ou la jurisprudence devront donc prendre position sur le fait de savoir si la PME présentant une demande en responsabilité contractuelle sur le fondement du DCEV pourra en parallèle faire engager la responsabilité délictuelle de son cocontractant sur le fondement des dispositions du Code de commerce. Pour Martine Behar-Touchais, Bénédicte Fauvarque-Cosson et Zoé Jacquemin, une autre solution envisageable est celle de la requalification par la CJUE de cette protection en responsabilité contractuelle pour l'évincer face au DCEV¹⁸⁶. Cependant, cela ne préviendra pas, dans un premier temps, les contentieux liés à ce problème qui devront remonter jusqu'à la Cour de Luxembourg. À notre avis, la nature interne et optionnelle de l'instrument s'oppose à la cohabitation de deux régimes de responsabilité de sources différentes pour un seul et même fait. La solution de la requalification, si elle a ses inconvénients, paraît donner un écho réaliste à la volonté des parties et permet d'établir une certaine cohérence dans la coexistence de droits en interne. Une dernière solution consisterait à préjuger de la qualification par le biais direct des dispositions du règlement.

§ 2 – Les champs d'applications *ratione personae* et *ratione loci* de l'instrument

Le champ d'application personnel du DCEV est défini à l'article 7 de la proposition de règlement. Il ressort de cet article deux configurations possibles.

La première est celle d'un contrat *B2C*. Les parties au contrat sont donc un professionnel et un consommateur. L'insertion d'un considérant 11bis par la résolution parlementaire de 2014 a permis de définir classiquement le consommateur. Ainsi, un consommateur est une personne physique n'agissant pas dans le cadre de pratiques professionnelles au sens large. Du point de vue territorial, l'article 4§3 explique comment apprécier le caractère transfrontière du contrat. Il vise en fait un seul élément d'extranéité : la résidence habituelle pour le professionnel et l'adresse pour le consommateur ; cette dernière pouvant être soit l'adresse de facturation soit l'adresse de livraison. Une condition de plus est apportée. Le choix de caractériser l'extranéité d'un contrat par la résidence habituelle d'un professionnel contraste avec la jurisprudence de la CJUE¹⁸⁷. Précisément, cette dernière avait adopté une méthode visant à localiser une entreprise au lieu de son enregistrement. Le critère de la résidence habituelle semble alors plus large et paraît traduire la volonté d'une application plus ample du DCEV.

Il faut qu'au moins une de ces adresses soit située sur le territoire d'un État membre. L'instrument a donc un caractère universel. Il faut en déduire, *a contrario*, qu'un consommateur européen pourra conclure un contrat de vente soumis au DCEV avec un professionnel domicilié hors UE. Il pourra ainsi bénéficier de la protection que celui-ci lui proportionne. Du côté des professionnels européens, une déduction similaire apparaît. Ils pourront en théorie prévoir d'appliquer le DCEV à leurs activités hors de l'Union, à des contrats de vente conclus avec des consommateurs facturés ou livrés en dehors des territoires des États

¹⁸⁶ M. BEHAR-TOUCHAIS, B. FAUVARQUE-COSSON et Z. JACQUEMIN, préc.

¹⁸⁷ W. DORALT, *op. cit.*

membres. Cette universalité de la proposition peut poser deux problèmes. D'abord, dans de tels cas, pour que le DCEV soit effectivement applicable, il faudra que les règles de conflit de lois du *for* le désignent. Lorsque le juge compétent est européen, le problème n'existe pas puisque le règlement sera directement applicable sous condition que l'option soit valide. En revanche, si le *for* est situé hors UE, il faudra que celui-ci désigne une loi applicable européenne. Qui plus est, il n'est pas exclu que le juge compétent décide d'appliquer son ordre public international voire ses lois de police. Ceci étant, le développement de l'autonomie de la volonté, en ce qu'il autorise les choix de lois, et des protections des consommateurs, en ce qu'elles donnent faveur au *for* du domicile de la partie faible, dans les systèmes juridiques occidentaux depuis la seconde moitié du XX^e siècle semble atténuer le problème. Malgré cela, subsiste un certain degré d'insécurité juridique pour ces contrats internationaux, et encore une fois, l'autonomie du régime en pâtit. Ensuite, le second problème concerne l'accomplissement des missions du DCEV. Rappelons que l'instrument proposé a vocation à développer le commerce transfrontière dans l'Union européenne grâce à un régime qui repose sur la confiance des consommateurs et la sécurité juridique. Or, si les entreprises non européennes peuvent se doter d'un tel instrument, elles entrent dans la concurrence avec les professionnels européens. L'intérêt pour les PME présentes sur le Marché intérieur s'en trouve alors altéré. En sus, la possibilité d'exporter le DCEV pour les entreprises européennes peut potentiellement diluer leurs activités de telle façon que les effets bénéfiques de l'instrument ne seraient pas optimisés.

La seconde configuration contractuelle envisageable est celle du contrat *B2B*. Ainsi, l'article 7§1 *in fine* permettait l'application du DCEV pour des contrats de vente conclus entre professionnels si au moins l'un d'eux était une PME. L'article 7§2 définissait ce qu'est une PME au sens du DCEV. Étaient alors considérées comme telles des entreprises employant moins de 250 personnes et dont le chiffre d'affaire annuel ne dépasse pas les 50 millions d'euros, ou équivalent, ou dont le bilan total annuel n'est pas supérieur à 43 millions d'euros, ou équivalent. Si l'inconvénient, pour les entreprises n'entrant pas dans cette qualification, de déterminer si son cocontractant est une PME existait, pour Zoé Jacquemin¹⁸⁸, il n'affectait que 1 % des professionnels européens. S'appuyant sur un mémo officiel¹⁸⁹, elle indique que 99 % des entreprises européennes entrent dans la définition de l'article 7§2. Il faut en déduire que cette définition était très large. Malgré le nombre faible de cas concernés par le problème créé par cette disposition, le Parlement a décidé de modifier l'article 7, si bien qu'il n'est plus nécessaire de discerner PME et grandes entreprises. Il faut alors en conclure que deux PME peuvent former un contrat de vente à distance sous l'empire du DCEV et il en va de même pour deux grandes entreprises.

Dans ces cas-là, le caractère transfrontière de la vente s'évalue à la lumière de l'article 4§3 de la proposition. Ici, il faut que les résidences habituelles des professionnels se situent sur deux territoires différents dont l'un aux moins est celui d'un État membre. Subséquemment, le DCEV est aussi universel à l'égard des contrats *B2B*. Les observations développées plus haut au sujet des contrats *B2C* sont donc également valables.

Il faut noter que la Commission, au-delà du champ d'application défini, avait déjà laissé la faculté à certains acteurs d'appliquer le DCEV dans d'autres situations¹⁹⁰. Il en allait ainsi de l'éventualité de soumettre les contrats entre deux professionnels non PME au régime optionnel. Dans un premier temps, l'article 13.b autorise les États membres à étendre le champ

¹⁸⁸ Z. JACQUEMIN, op. cit., p. 75.

¹⁸⁹ MEMO/11/680 « Droit commun européen de la vente à caractère facultatif : foire aux questions » du 11 octobre 2011.

¹⁹⁰ Z. JACQUEMIN, op. cit., p. 79s.

d'application personnel dans la situation évoquée. Le problème qui survient alors est celui de la différence entre les régimes internes de DCEV. Pour Zoé Jacquemin¹⁹¹, le texte semble indiquer qu'à partir du moment où au moins une des parties non PME réside sur le territoire d'un État qui a ouvert l'option, le DCEV est applicable. Certains auteurs ont perçu un risque dans cette faculté puisqu'il aurait suffi qu'un seul État étende le champ d'application de l'instrument à ce type de contrats pour que les professionnels européens hors PME puissent choisir ce régime national¹⁹². Cependant, le texte exclut formellement le recours aux règles de conflit de lois, et l'option pour le DCEV n'est pas un choix de loi au sens du règlement Rome I. Ainsi, l'ouverture de l'option par les législateurs nationaux n'est donc valable que pour les entreprises qui résident sur leurs territoires. Dans un second temps, la Commission, consciente de l'intérêt d'une applicabilité personnelle ample pour la réussite de l'instrument, encourageait dans le considérant 21 les professionnels non PME à s'inspirer du DCEV pour rédiger leurs clauses. En d'autres termes, ces entreprises étaient incitées à incorporer le régime optionnel aux contrats qu'elles passent entre elles. Plus qu'un simple droit, le DCEV serait alors un esprit commercial.

Le considérant 21 est d'ailleurs très révélateur de la stratégie des institutions européennes dans la construction du droit des contrats européens. À lui seul, il illustre les ambitions frustrées de la Commission. Ces quelques lignes commencent en effet par rappeler que le texte se configure comme un juste nécessaire pour atteindre ses objectifs, respectant ainsi les compétences attribuées par les Traités. La seconde partie du considérant, en revanche, expose le souhait de la Commission de voir le champ d'application du DCEV étendu par les États membres mais aussi par les acteurs économiques.

En parallèle, l'article 13.a permet aux États membres d'ouvrir l'option pour le DCEV aux contrats de vente purement nationaux. Cette faculté est opérable pour les deux types de contrats *B2B* et *B2C*. L'incitation est forte puisque son support est un article du règlement et non un simple considérant, un paragraphe de l'exposé des motifs ou une communication indépendante. L'intérêt d'une telle extension du champ d'application *ratione loci* recouvre plusieurs aspects. D'abord, au même titre que l'application aux contrats liant deux grandes entreprises, l'ouverture de l'option à un maximum de contrats de vente donne plus de chance au DCEV de prouver son attractivité. De surcroît, au-delà de cet intérêt de stratégie législative, il existe un bénéfice pratique. Toujours en ayant en ligne de mire l'éradication des barrières liées à la disparité des législations, l'inclusion des contrats internes dans le champ d'application du texte permettrait aux entreprises de soumettre leurs activités de vente européennes et nationales à un seul et même régime.

Le débat sur le champ d'application était essentiel durant les travaux préparatoires. La doctrine a, semble-t-il, plaidé pour une applicabilité territoriale uniquement transfrontière¹⁹³. Les compétences de la Commission commandaient également cette configuration. Malgré cela, les rédacteurs ont trouvé une alternative libérale pour arriver à leurs fins. Elle repose sur la coopération entre les institutions européennes, les États membres et les acteurs économiques. Il ressort de la rédaction de la proposition la conviction de la Commission qu'un champ large permettrait de mener à bien les missions du DCEV et d'encourager la construction d'un droit commun. Cependant, face aux critiques, l'ambition persiste au risque de créer un champ d'application à géométrie variable.

¹⁹¹ Ibid.

¹⁹² Ibid.

¹⁹³ Cf. Le livre vert « relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises » contributions du LEJEP, dir O. Deshayes, juillet 2011 et *Livre vert sur le droit européen des contrats réponses du réseau Trans Europe Experts*, dir. M. Behar-Touchais et M. Chagny, 2011 ; *contra*, W. DORALT, *op. cit.*

Quoi qu'il en soit et tout bien considéré, certains cas d'espèce restent en dehors du champ d'application *ratione personae*¹⁹⁴. Ainsi, les contrats C2C ne peuvent être régulés par le DCEV. La Commission n'a pas considéré opportun ou utile de les intégrer. Toutefois, il nous semble que, *a priori* peu perceptibles, des effets bénéfiques pourraient atteindre le Marché commun¹⁹⁵. Le développement des plateformes de vente entre particuliers sur Internet en est la raison. Il semble que ce soit un marché en expansion grâce aux nouvelles habitudes de consommation. L'ouverture de l'option dans ces situations donnerait tout son sens au principe du label de qualité. Les consommateurs pourraient acheter sur la plateforme en soumettant leurs contrats au DCEV par le biais du « *blue botton* »¹⁹⁶, indépendamment du fait que leurs cocontractants soient professionnels ou particuliers. Il apparaît en effet que souvent les vendeurs professionnels et non professionnels s'y côtoient. Zoé Jacquemin évoque une autre situation exclue, celle des contrats dits C2B, dans lesquels le vendeur est un particulier et l'acheteur un professionnel. Selon l'article 7, le vendeur doit nécessairement être un professionnel ce qui exclut d'office cette configuration du champ d'application. Le dernier cas de figure perçu par Hans Schulte-Nölke¹⁹⁷ est celui du contrat entre un professionnel et une association. Ces dernières ne bénéficiant pas d'une protection particulière intégrée au DCEV et dont la participation à l'économie de marché est faible, leur intérêt pour le Marché commun est inexistant.

SECTION 2 – LA LEVÉE DE L'OPTION

Une fois déterminée la situation applicable au DCEV, c'est son caractère optionnel qui entre en jeu. Les parties à un contrat de vente transfrontière pouvant être soumis au règlement pourront alors choisir d'opter pour celui-ci. Pour cela, le choix aura pour support une convention d'option (§ 1) qui emportera plusieurs conséquences (§ 2).

§ 1 – La convention d'option

La convention d'option est en quelque sorte le support du choix du DCEV par les parties. Cette prescription ressort de l'article 3, qui énonce le caractère optionnel de l'instrument, et de l'article 8§1, qui subordonne l'application du règlement à la conclusion d'une telle convention. En cela, le DCEV est bien soumis à un régime d'*opt in*, à la différence de la CVIM¹⁹⁸ dont le choix intervient par *opt out*. La convention d'option est autonome par rapport au contrat de vente. En conséquence, l'invalidité de la convention n'affecte pas directement la validité du contrat de vente. Il faudra alors appliquer les règles de conflit de lois pour pouvoir trouver le droit applicable à la validité du contrat. En revanche, si la convention est valide, la validité du contrat de vente sera appréciée par rapport au DCEV, sauf en ce qui concerne la capacité, l'illicéité et l'immoralité qui font survivre le jeu des conflits de lois.

En ce qui concerne la validité de cette convention, il faut observer une différence de régime en fonction de ce que la situation juridique soit celle d'un contrat B2C ou d'un contrat B2B. Dans le premier cas, un contrat entre professionnel et consommateur, l'option est

¹⁹⁴ H. SCHULTE-NÖLKE, op. cit., p. 41.

¹⁹⁵ *Contra*, Z. JACQUEMIN, op. cit., p. 79s.

¹⁹⁶ H. SCHULTE-NOLKE, op. cit.

¹⁹⁷ *Ibid.*

¹⁹⁸ *V. supra.*

soumise à une double formalité¹⁹⁹. D'abord, entre en jeu l'article 9 du règlement qui prévoit l'obligation du professionnel, qui veut faire appliquer le DCEV, de communiquer au consommateur un avis d'information sur ce droit. Cet avis est présent en annexe de la proposition. L'idée est que la partie non professionnelle puisse connaître le droit que son cocontractant veut faire appliquer à leur contrat de vente. Cette obligation d'information est rendue nécessaire par la pratique des contrats de consommation qui sont rarement négociés individuellement. Sans elle, le consommateur pourrait se voir appliquer un corps de règles qu'il ne connaît pas. L'avis type vient ainsi lui permettre de s'informer sur le DCEV pour pouvoir accepter l'option en connaissance de cause. L'article 9 prévoyait spécifiquement les cas des contrats à distance. Pour les contrats conclus par téléphone, l'option ne sera valide que si le consommateur a reçu l'avis d'information par courrier et qu'il y a ensuite consenti selon l'article 9§1. Pour les contrats conclus sous forme électronique, l'article 9§2 rajoute une obligation à la charge du professionnel qui est celle de faire figurer à l'avis d'information un lien hypertexte renvoyant à une version complète et gratuite du DCEV ou à un site la contenant. Ici, l'obligation de pré-information sur le régime optionnel est renforcée. Cependant, dans les cas où le consommateur est renvoyé au contenu du DCEV et ses 186 articles, il n'est pas sûr qu'il comprenne toute la technicité du régime optionnel. C'est pourquoi, encore une fois, il faut rappeler l'importance d'une rédaction claire du DCEV, et d'une communication suffisante, sans lesquelles les consommateurs ne pourront opter en sa faveur de façon vraiment éclairée. La seconde formalité de l'article 8§2 est celle d'une déclaration expresse comprenant le consentement du consommateur de façon distincte du consentement au contrat de vente. Ici, l'autonomie de la convention trouve un écho formel. Enfin, le professionnel devra délivrer une confirmation de l'option sur un support durable. En bref, tout est fait pour que le consommateur puisse consentir à l'application du DCEV à son contrat de vente, mis à part la complexité de la rédaction de son corps de règles, et savoir quel droit sera applicable. Concrètement, en contrats *B2C*, la convention prendra la forme d'une clause dans les conditions générales du contrat complétée par la remise de la confirmation du choix du DCEV par le professionnel²⁰⁰.

Dans le cas de l'inexécution de ces obligations spécifiques, la proposition de règlement ne prévoit pas de sanctions. L'article 10 renvoie donc ces sanctions à la discrétion des États membres. En revanche, puisqu'elles constituent des conditions de validité de l'option au sens de l'article 8§1, leur non-respect entraîne l'invalidité de la convention et donc l'inapplicabilité du DCEV selon l'article 11.

Concernant la deuxième situation, les contrats entre professionnels, les dispositions de l'article 8 entendues *a contrario* permettraient d'établir l'option implicitement et la convention pourrait se déduire d'une clause du contrat²⁰¹. À notre sens, cela pose deux problèmes. Dans un premier temps, cette disposition rendrait très difficile la détermination de la frontière entre option et incorporation. Comment savoir si une clause référant à une disposition du DCEV traduit un choix pour le régime optionnel ou une simple reprise des règles du DCEV sans volonté d'application de l'intégralité de son régime? En conséquence, les règles impératives et les conditions de validité du contrat de vente du DCEV ne seront applicables que si l'option est retenue. De ce fait, l'autonomie de la convention d'option en pâtit.

Dans un second temps, si le choix est valide, il faudra déterminer quelle part du DCEV s'applique puisque le dépeçage est autorisé pour les contrats *B2B*²⁰². Ces deux problèmes ne

¹⁹⁹ C. AUBERT de VINCELLES, op. cit., p. 35-36.

²⁰⁰ Ibid.

²⁰¹ Ibid.

²⁰² V. *supra*.

vont que complexifier le rôle du juge dans l'interprétation du contrat même si des dispositions sont prévues pour le guider dans cette tâche²⁰³. Ces inconvénients de sécurité juridique peuvent être facilement écartés par la pratique en rédigeant des clauses d'option claires ou en incorporant les consentements des parties dans un nouvel *instrumentum*. Pourtant, une clarification du règlement semblerait opportune au même titre que l'édiction de clauses types demandées par certains auteurs²⁰⁴.

Pour Carole Aubert de Vincelles, cette configuration du système d'*opt in* peut nuire aux objectifs de la proposition de règlement²⁰⁵. D'abord, un des risques est celui de l'inutilisation du régime optionnel à cause du mécanisme d'*opt in*. Celui-ci nécessite que les parties connaissent le DCEV et son contenu. Ce problème n'existe pas avec l'*opt out* mais les compétences des institutions européennes et la volonté de construire un droit commun en respectant les souverainetés commandent la prudence par l'*opt in*. Ensuite, si l'option permet de mettre en concurrence dans les domaines de protections juridiques les différents droits nationaux ainsi que le droit européen, l'interprétation autonome est complexifiée pour les différentes raisons évoquées.

§ 2 – Les effets de l'option

Une fois la convention formée et valide, celle-ci entraîne des effets de plusieurs sortes. Les dispositions de l'article 11, *a priori* évidentes mais nécessaires, énoncent qu'à l'établissement de la convention, le DCEV est applicable. Plus précisément, elles expliquent la portée de cette application. L'article 11 a subi une réformation par la résolution du Parlement de 2014. Un paragraphe 1bis lui a été ajouté au même titre qu'un article 11bis. Leur but est manifestement de clarifier l'applicabilité du DCEV notamment dans les cas où le contrat de vente n'est finalement pas formé. Ainsi, à la condition que le contrat de vente soit effectivement conclu, le DCEV s'applique à toute sa vie. Sont également régis les obligations d'information précontractuelle et leur inexécution. Cependant, une confusion persistait dans les travaux préparatoires quant à savoir si le DCEV régulerait la phase précontractuelle si le contrat n'est finalement pas conclu. Il semblait, au regard de la lettre de l'article 11, que ce ne soit pas le cas. Sa nouvelle rédaction confirme cette position sauf dans le cas où les parties font référence au DCEV. La conclusion du contrat de vente est une condition *sine qua non* à l'application du régime optionnel²⁰⁶. Il faut faire attention à ne pas confondre cette applicabilité avec la validité de la convention qui n'est théoriquement pas influencée par l'invalidité du contrat de vente de par son autonomie.

Ici, force est de constater que le régime optionnel régule *a posteriori* une partie de la phase précontractuelle. Les rédacteurs comptent donc sur la diligence des professionnels qui, comme il est concevable, auront adapté leurs pratiques au DCEV. L'application de ce régime optionnel s'inscrit donc dans une politique commerciale pour ces entreprises puisqu'elles ne pourront courir le risque de ne l'appliquer que ponctuellement au moment de la rédaction de certains contrats de vente. En effet, ces prescriptions leur commandent de conformer la délivrance des informations précontractuelles au DCEV avant même de conclure le contrat de vente et d'opérer formellement l'option. Dans le cas inverse, le professionnel risquerait, en pensant que sera applicable un autre droit, de manquer aux obligations précontractuelles du

²⁰³ V. *infra*.

²⁰⁴ *Ibid*.

²⁰⁵ *Ibid*.

²⁰⁶ F.D.BUSNELLI, « Observations sur la formation des contrats », *Le droit commun européen de la vente, examen de la proposition de règlement du 11 octobre 2011*, dir. O. Deshayes, Paris, Société de législation comparée, 2012.

régime optionnel et pourrait s'exposer à des sanctions²⁰⁷. De cette affirmation peut être déduite une certaine augmentation des coûts liés à l'organisation entrepreneuriale pour cette adaptation. Ces coûts supplémentaires doivent alors être mis en balance avec la réduction des frais liés à une utilisation régulière du régime²⁰⁸. Ainsi, le DCEV est conçu pour une utilisation régulière et exponentielle du point de vue macroéconomique, et ce, jusque dans son régime. Il est en effet très peu adéquat à une application ponctuelle. Est ainsi mis en exergue un potentiel nouveau frein à l'attractivité du régime optionnel : l'investissement de base que son fonctionnement requiert nourri par la nécessité de maîtriser son contenu mais également de lui adapter ses pratiques commerciales.

Parallèlement, l'article 11 énonce que « seul ce droit régit les matières relevant de ses dispositions ». Plusieurs déductions peuvent être avancées. Premièrement, le DCEV est exclusif à ce qu'il régit, fondant ainsi l'interdiction de combler ses lacunes par tout autre droit. Cette affirmation ne préjuge cependant pas de l'application des règles de conflit de lois pour les questions périphériques à son champ d'application comme l'explique le considérant 27²⁰⁹. L'article 4§1.a du règlement Rome I n'a donc pas perdu toute utilité en droit de la vente. Ensuite, ces dispositions semblent répondre à la question de savoir ce qu'il advient de la CVIM. Donc, pour les matières régies par le DCEV, l'*opt in* pour ce dernier semble emporter *opt out* pour la CVIM. De même, l'application des droits nationaux est écartée avec les directives européennes qui y ont été intégrées. Quant à la question des règles plus protectrices au sein des législations nationales, elle a déjà été traitée²¹⁰. Il semble en effet qu'elles soient exclues. En conséquence, démonstration est faite que le régime optionnel ne répond pas aux règles de conflit de lois traditionnelles du droit international privé pour les contrats de vente transfrontières à distance²¹¹.

Il existe cependant une nuance pratique importante à la portée de l'application du DCEV. Il s'agit du dépeçage du contrat. Comme il a été vu le dépeçage est concevable pour les contrats *B2B*²¹². Or, dans ce cas, les pans du contrat non soumis au DCEV retombent dans le champ d'application de la CVIM ou à défaut font de nouveau l'objet des règles de conflit de lois, dans la plupart des cas, du règlement Rome I. Pour ce qui est des contrats de vente dont une partie est un consommateur, l'interdiction du dépeçage prend tout son sens puisqu'elle permet d'étendre la portée du DCEV au maximum. Subséquemment, toutes les règles impératives sont applicables et la protection entièrement déployée. Ici encore, la liberté contractuelle érigée en principe général à l'article premier du DCEV perd de sa force face à la volonté de protection du consommateur. Un équilibre cohérent paraît avoir été trouvé.

²⁰⁷ V. *infra*.

²⁰⁸ V. *supra*.

²⁰⁹ V. *supra*.

²¹⁰ V. *supra*.

²¹¹ M. BEHAR-TOUCHAIS, B. FAUVARQUE-COSSON et Z. JACQUEMIN, préc.

²¹² V. note 204.

CHAPITRE 2 – ILLUSTRATIONS DES POLITIQUES EUROPÉENNES DANS LE RÉGIME

Une fois l'option valide, les dispositions du régime optionnel seront applicables aux contrats conclus, sous réserve des aménagements permis entre professionnels. Mais ce corps de règles doit être efficace au regard des objectifs posés et suffisamment attractif pour qu'il soit choisi. L'étude du contenu du régime optionnel du DCEV sera donc incontournable pour qui voudra le choisir, en particulier pour les entreprises qui le proposeront. La clarté et la simplicité sont donc nécessaires pour que le texte soit suffisamment accessible. Si l'étude de ce contenu ne peut être exhaustive dans le cadre de notre recherche, une sélection des passages du DCEV traitant des problématiques contractuelles importantes et sources de litiges dans la pratique a dû être opérée. Ainsi, les développements suivants auront vocation à analyser la régulation du DCEV dans la phase de formation du contrat (Section 1) puis dans sa phase exécution (Section 2).

SECTION 1 – LES EXEMPLES DANS LA FORMATION DU CONTRAT

Pour pouvoir prétendre à entrevoir la réalisation des objectifs fixés, plus précisément la protection des consommateurs, deux questions essentielles doivent être abordées. La première concerne l'information précontractuelle, mécanisme incontournable du droit de la consommation (§ 1) et l'exemple du droit de rétractation, pouvoir de la partie faible d'interrompre la formation du contrat (§ 2).

§ 1 – La protection du consommateur par l'information précontractuelle

La problématique de l'information précontractuelle est très ancienne. Elle est illustrée par un fameux cas d'école étudié pendant des siècles : celui du Marchand de Rhodes²¹³. Un commerçant d'Alexandrie partait en bateau vendre du blé à Rhodes où sévissait une famine. Premier à arriver, devait-il informer les habitants de Rhodes que d'autres marchands se dirigeaient vers les îles avec d'autres cargaisons de blé ? Autrement dit, les parties au contrat doivent-elles s'informer mutuellement de tous les éléments pouvant influencer sur les conditions du contrat ?

Les différents systèmes juridiques européens ont adopté des solutions différentes²¹⁴. En droit anglais, le libéralisme contractuel a complètement éludé les obligations d'informations précontractuelles qui sont alors inexistantes. Cette solution de principe est issue de la décision *Smith vs Hugues* du *Queen's Bench*, du 6 juin 1871²¹⁵. En Allemagne, ces obligations se fondent sur le principe de bonne foi du §242 du *BGB*. En 2001, le régime de l'information précontractuelle a été explicité dans le §312 pour les ventes à distance. Quant au droit français, dans un premier temps la jurisprudence a, comme en Allemagne, tiré ces obligations du principe de bonne foi de l'article 1134 alinéa 2 du Code civil²¹⁶, de l'équité de l'article 1135 et même de l'intention présumée des parties. Elles ont ensuite été intégrées dans le Code de consommation à l'article L. 111-1 qui instaure une obligation d'information sur les caractères essentiels du bien ou du service proposé. Si, en Allemagne et en France, l'information

²¹³ R. CABRILLAC, *Droit européen comparé des contrats*, Paris, LGDJ Lextenso, 2012, p. 58.

²¹⁴ Ibid.

²¹⁵ *Smith vs Hugues* (1871 L R 6 QB 597).

²¹⁶ Ibid.

précontractuelle est codifiée, elle est historiquement fondée sur le principe de bonne foi ; principe également présent en droit anglais. Ce dernier système juridique semble donc compatible avec de telles obligations.

Dans le contexte européen, l'information précontractuelle est présente dans certains textes ayant précédé le DCEV. Pour Hugh Beales et Geraint Howells, l'information précontractuelle est devenue un point central de la politique de protection du consommateur en droit européen²¹⁷. Il en est des PDEC qui prévoient une sanction pour la délivrance d'informations inexactes qui entraînent une erreur source de nullité à l'article 4 :103 ou pour le dol à l'article 4 :107. Également, l'article 7 du CEDC dispose une obligation d'information sur les circonstances de fait et de droit qui doivent être connues du vendeur vis-à-vis de la validité et de l'intérêt du contrat pour l'acheteur. La même obligation pour l'acheteur est contenue dans cet article.

Du côté de l'harmonisation menée par les institutions européennes, plusieurs apports en la matière sont déjà intervenus. D'abord la directive 2006/123/CE relative aux services dans le Marché intérieur²¹⁸ avait pu imposer des obligations d'information précontractuelle concernant la santé, l'environnement et la sécurité²¹⁹. Il faut d'ores et déjà noter que ces notions ne rentrant pas dans le champ d'application du DCEV, ces obligations tiennent le vendeur en complément du régime optionnel pour les services connexes. Ensuite, la directive du 25 octobre 2011²²⁰ sur le droit de la consommation traite aussi de l'information contractuelle. Ainsi, la directive proportionne une double protection du consommateur *a priori*, et *a posteriori*²²¹. L'article 5§1 de ce texte dresse une liste d'information obligatoire pour tous les contrats de consommation mise à part les contrats hors établissement commercial ou à distance. La seule information obligatoire inconnue du Code de la consommation français est celle de l'incompatibilité d'un contenu numérique avec d'autres contenus. Cette dernière est énoncée à l'article 5§1.h. Cependant, le paragraphe 4 de l'article cité ne fait pas jouer l'harmonisation maximale pour ces prescriptions. Autrement dit, un État pourra renforcer la protection en conservant ou en ajoutant d'autres informations à la liste. Ainsi, les obligations d'information précontractuelle conçus par la directive de 2011 ne servent qu'à assurer une protection minimale des consommateurs et non pas à remédier à la disparité des législations. Cette affirmation permet d'illustrer la différence de logiques et d'objectifs entre l'harmonisation et l'élaboration d'un droit commun.

En continuité de cet historique de *soft* et de *hard law*, il apparaît logique que le DCEV contienne une partie sur les obligations d'information précontractuelle. En cela, le régime optionnel est coloré du solidarisme contractuel²²². Il s'agit d'ailleurs du seul aspect régulé de la phase contractuelle. Cette particularité démarque le régime optionnel de sa configuration au

²¹⁷ H. BEALE, G. HOWELLS, "Pre-contractual information duties in the optional instrument", p. 50 in: *Towards a European Contract Law*, dir. R. Schulze et J. Stuyck, Munich, Sellier, 2011.

²¹⁸ Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil relative aux services dans le Marché intérieur.

²¹⁹ D. SASSOLAS, L'obligation d'information dans la proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente, *Les Petites Affiches*, 24 décembre 2013, n° 256, p. 26 s.

²²⁰ V. note 17.

²²¹ V. LASBORDES de VIRVILLE, préc.

²²² « Entendu comme l'union des cocontractants en vue d'atteindre un but commun, le solidarisme contractuel implique un certain altruisme de l'un, qui doit prendre en considération, voire en charge, les intérêts de l'autre, lui consentant au besoin quelques sacrifices. Chacune de ces deux Écoles part de postulats, par essence invérifiables et diamétralement opposés, qui se rattachent à une certaine vision de l'homme dans la société », J. CEDRAS (Avocat général à la Cour de cassation en service extraordinaire), « Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation » in: *Rapport annuel 2003 de la Cour de cassation « L'Égalité »*, Paris, La Documentation française, 2003.

moment de l'étude de faisabilité et du DCFR qui, lui, intégrait également les biens et services non sollicités, le devoir de confidentialité et la rupture de négociations précontractuelles²²³. Il faut ici rappeler que les dispositions étudiées ne seront applicables que si le contrat est finalement conclu, sans quoi l'option n'est pas valide. Dans la proposition, la première information obligatoire pour le vendeur est celle de faire connaître son intention de soumettre le contrat au DCEV²²⁴. Cette obligation est formellement encadrée, par l'article 9§1 de la proposition, en ce qu'elle ne peut être exécutée que par la délivrance de l'avis type d'information présenté plus haut. Le reste des obligations d'information est disposé au Chapitre 2 de la Partie II du contenu du DCEV. Selon Delphine Sassolas²²⁵, le découpage de ce chapitre en cinq sections ne rend pas la lecture et la compréhension aisée puisqu'il faudra naviguer entre ces sections. Appréciant globalement le contenu de ces dispositions, elle indique que des lacunes sont perceptibles. Dans un premier temps, la section 5 sur « les moyens d'action en cas de manquement aux obligations d'information » ne prévoit que des dommages-intérêts pour sanction. Or certains droits nationaux prévoient en plus de la réparation financière, l'engagement de la responsabilité pénale. De son point de vue, le choix du DCEV ne devrait pas pouvoir écarter ses sanctions pénales. Dans un second temps, ne figurent pas certaines obligations importantes présentes en droit français comme celles de conseil, ou encore de renseignement sur les besoins du consommateur. Olivier Deshayes rajoute à cette liste de lacunes les informations concernant les pièces nécessaires à l'utilisation du bien²²⁶. De ce point de vue, force est de constater que le consommateur français perd quelques droits à certaines informations.

Plus précisément, la première section du chapitre sur les informations précontractuelles traite des obligations en ce domaine pour les contrats *B2C*. C'est justement sur ce point que le DCEV entre en conflit avec la directive consommation de 2011. Il existe des différences entre les deux régimes européens²²⁷. L'article 13§1 de la proposition commençait par prévoir une liste d'informations que le professionnel doit communiquer dans le cas des contrats hors établissement commercial ou à distance. Ensuite, le reste de l'article énonçait des obligations spéciales pour chacun de ces contrats, puis encadrait la formalité des obligations. Pour Olivier Deshayes, la présentation générale puis spéciale paraît plus logique que la configuration inverse dans la directive. N'apparaît pas dans le régime optionnel, *a contrario* de cette dernière, l'obligation d'informer des caractéristiques du bien ou du service qui proportionne une garantie légale de conformité. Quant à l'encadrement formaliste de ces obligations, le professionnel devait envoyer un double du contrat au consommateur lorsqu'il a été conclu hors établissement commercial selon l'article 18§1. Les dispositions de l'article 19§5 énoncent la même obligation pour les contrats à distance. Également, lorsque le moyen de communication ne permet pas l'envoi de toutes les informations prescrites, l'article 19§2 permet au vendeur de ne communiquer qu'un nombre réduit d'informations listées au paragraphe 3. Le reste des informations obligatoires sont postérieurement transmises par un moyen convenable. L'article 19§4, quant à lui, impose l'envoi par le consommateur d'un exemplaire signé du contrat conclu par téléphone. L'ensemble de ces dispositions, par amendements du Parlement, a laissé place aux seules règles concernant les contrats à distance.

La section suivante traite de l'information précontractuelle pour les contrats *B2B*. Elle

²²³ O. DESHAYES, Formation du contrat, *Le droit commun européen de la vente, examen de la proposition de règlement du 11 octobre 2011*, Paris, Société de législation comparée, 2012, p. 97-111.

²²⁴ D. SASSOLAS, préc.

²²⁵ Ibid.

²²⁶ O. DESHAYES, op. cit.

²²⁷ Ibid.

n'est composée que d'un article 23 qui dispose que le vendeur doit divulguer les informations sur les caractéristiques principales du bien, du contenu numérique ou du service connexe. Olivier Deshayes²²⁸ relève ici une contradiction puisque l'article 23§1 *in fine* lie cette obligation aux principes de bonne foi et de loyauté. Or l'article 1§2 permet le dépeçage du DCEV pour les ventes entre professionnels. Cependant, l'article 2§3 définit les principes de bonne foi et de loyauté et pose l'interdiction d'y déroger. À notre avis, il pourrait en être déduit que les dispositions de l'article 23 ne peuvent pas être écartées. Dans tous les cas, il s'agit là d'une imprécision ou une maladresse dans la rédaction qui ne manquera pas de soulever des interrogations.

La troisième section est dédiée aux informations précontractuelles pour les contrats à distance conclus par voie électronique. Il s'agit de dispositions complémentaires pour de tels contrats. Quatre articles la composent. Le premier, l'article 24, réduit son champ d'application au contrat à distance par voie électronique mais sans échange de courriels ou de communications individuelles. La situation la plus classique est celle du site Internet avec des offres généralisées. Les dispositions de cet article concernent des informations supplémentaires que le vendeur doit délivrer. L'article 25 prévoit, selon les termes utilisés, des « exigences supplémentaires ». Il reprend en fait l'article 8 de la directive sur la consommation jusqu'à en emprunter le mot consommateur. Seulement, l'article 25 est censé être également applicable aux contrats *B2B*. Encore une fois, la rédaction n'est pas très claire. Ici, aucune précision n'est apportée sur les contrats à distance concernés mais il semble qu'il s'agisse aussi des contrats conclus sur Internet²²⁹. L'autre problème vient du découpage entre les deux articles puisque leurs intitulés font comprendre que le premier traite d'« informations supplémentaires » donc d'obligations de fond et le deuxième d'« exigences supplémentaires », ce qui laisse penser qu'il s'agit d'obligations formelles. Pourtant, le contenu de ces articles révèle que, pour chacun d'eux, les deux sortes d'obligations sont prévues. L'article 26, quant à lui, fait reposer la charge de la preuve de la délivrance de ces informations sur le vendeur professionnel dans les contrats *B2C*. Enfin, l'article 27 énonce que ces dispositions sont d'ordre public pour les contrats entre professionnels et consommateurs.

Ensuite, la section 4 est consacrée à « l'obligation de s'assurer de l'exactitude des informations fournies ». Son seul article 28 oblige le vendeur à vérifier l'exactitude mais aussi le caractère non trompeur des informations qu'il communique à l'acheteur dans la limite d'une attention « raisonnable ». Une telle formule laisse à l'appréciation du juge le caractère raisonnable de la diligence du vendeur. Il faut craindre ici une différence de qualification entre les États membres puisque les juges devront se prononcer. La CJUE pourrait avoir un rôle de contrôle de cette appréciation du caractère raisonnable. Le paragraphe 3 interdit d'écarter ces dispositions pour les contrats *B2C*. Le deuxième paragraphe de l'article renvoie les sanctions de l'inexécution de cette obligation à l'article 29 qui constitue la cinquième section.

L'article 29, toujours d'ordre public pour les consommateurs selon son troisième paragraphe, dispose que deux types de sanctions sont envisageables. La première est celle des dommages-intérêts telle qu'indiquée au paragraphe 1 pour tout préjudice découlant d'un manquement à une des obligations du chapitre concerné. Ensuite, dans le cas où la communication des frais supplémentaires visée à l'article 14 et des frais de renvoi du bien de l'article 17§2, le consommateur n'aura pas à les payer. Ces moyens d'action sont cumulables avec les sanctions des articles 42§2, 48 ou 49. Il faut ici faire référence à la nullité du contrat ou erreur par exemple. En ce qui concerne la deuxième sanction, elle serait cumulable avec le droit

²²⁸ Ibid.

²²⁹ Ibid.

de rétractation²³⁰. Finalement, Olivier Deshayes fait remarquer que l'exclusion de la sanction de dommages-intérêts de l'ordre public est inadéquate. En effet, pour lui, si une clause exclut cette réparation, les tribunaux auraient tendance à la paralyser puisque sans la sanction, l'obligation d'information est inopérante. Pour autant, une clause tendant à réduire le montant des dommages-intérêts pourrait être envisageable. Il nous semble qu'en pratique, cela dépendra de savoir si les obligations d'information de l'article 23 sont d'ordre public ou non pour les contrats *B2B*. Si, malgré les principes de bonne foi et de loyauté, il s'avère que la matière est disponible, lorsqu'un vendeur professionnel voudra ne pas risquer une telle sanction, il écartera purement et simplement l'application du DCEV pour la phase précontractuelle.

De manière générale, la régulation de l'information contractuelle régulée par le DCEV semble cohérente par rapport à l'acquis européen, malgré l'exclusion de certaines obligations. Les rédacteurs de la proposition se sont même inspirés de la directive²³¹. L'appréciation de l'instrument vis-à-vis de ces objectifs passe inéluctablement par une analyse du degré de protection proportionnée. La rédaction rend la tâche difficile puisque, même modifiée par le Parlement européen, des imprécisions persistantes créent des doutes, notamment quant au caractère disponible ou non de la matière pour les contrats avec des PME, ou encore pour l'applicabilité des sanctions pénales nationales.

Pour la phase précontractuelle, il semble que les obligations visées sont écartables pour les contrats entre deux professionnels si bien que la protection des PME devient optionnelle. Cette protection dépendra donc des négociations menées sur le contenu du DCEV à appliquer. Du côté du consommateur, la protection configurée paraît plus faible qu'en droit français. Pour autant, il ne faut pas perdre de vue que le degré de protection du DCEV est déjà élevé et pourra bénéficier à de nombreux consommateurs européens.

§ 2 – La protection du consommateur par la rétractation

Le délai de rétractation est un autre mécanisme de protection du consommateur qui intervient avant la formation du contrat et peut même la retarder voire l'empêcher. La rétractation est la révocation du consentement de l'acheteur partie faible dans une période de réflexion légalement ou conventionnellement fixée. Parmi les systèmes juridiques européens influents²³², le droit français a fait paraître le mécanisme du délai de rétractation à l'article L. 312-10 du Code de la consommation et dans d'autres textes spéciaux de la consommation. Généralement, la durée de la période de réflexion est de sept jours. Les différents projets de réforme du droit des obligations français²³³ prévoient d'intégrer le délai de rétractation dans le droit commun des contrats. Outre-rhin, le §355 du *BGB* prévoit pour les contrats de consommation un droit de rétractation exerçable sous deux semaines. Le §312 le dispose de manière plus spécifique pour les contrats de vente à domicile. L'harmonisation du droit de la consommation dans le Marché intérieur a d'ailleurs permis le développement du droit de rétractation du consommateur. Ainsi, déjà présent sous les articles 6.1 et 6.2 de la directive de 1997 sur la protection des consommateurs dans les contrats à distance²³⁴, le droit de rétractation a été repris et clarifié dans la directive de 2011 aux articles 6 et 9. Ce dernier instrument a d'ailleurs eu le mérite d'unifier des règles parfois divergentes en droit européen

²³⁰ Ibid.

²³¹ H. BEALE, G. HOWELLS, op. cit., p. 49-50.

²³² R. CABRILLAC, op. cit., p. 69-70.

²³³ Cf. Projets de la Chancellerie, Catala et Terré.

²³⁴ V. note 19.

de la consommation²³⁵. Il a harmonisé la durée du délai de réflexion à quatorze jours. En cas de manquement à des informations, il se proroge de quatorze jours jusqu'à un an. La directive a aussi mis en place un formulaire de rétractation qui doit être joint au contrat. Sont aussi précisés les effets de la rétractation. Dès lors, elle entraîne le remboursement du prix et des frais de livraison sauf si le consommateur retourne le bien par une voie plus coûteuse. Le droit de rétractation est aussi écarté lorsque, durant le délai de réflexion, le consommateur demande la pleine exécution du contrat et que celle-ci a eu lieu. Une autre hypothèse privant du droit de rétractation se déroule quand le prix du service ou du bien dépend de la fluctuation du marché. C'est le cas pour les alcools livrés après trente jours par exemple. Ces exclusions ne sont pas les seules. La jurisprudence européenne a également participé à son développement en précisant ses modalités. Par exemple, l'arrêt de la CJCE du 3 septembre 2009²³⁶ a indiqué que, sous l'empire de la directive de 1997, l'exercice du droit de rétractation n'exigeait pas de contrepartie financière de la part du consommateur tant que celui-ci n'avait pas violé un principe de droit civil général telle la bonne foi ou l'enrichissement sans cause. Au même titre que les obligations contractuelles, il nous semble que le délai de réflexion soit un mécanisme incontournable de la protection du consommateur.

Dans le souci de configurer un niveau de protection au moins aussi élevé que l'acquis communautaire, il est logique que la Commission ait intégré le droit de rétractation au DCEV. Il est énoncé par les articles 40 et suivants qui constituent le Chapitre 4 de la Partie II du contenu du régime optionnel. Comme l'intitulé du chapitre le révèle, la rétractation est un droit exclusif à l'acheteur consommateur. Les PME n'en disposent donc pas. L'explication est que le délai de réflexion n'est nécessaire que dans les cas où l'acheteur n'a pas les moyens de connaître toutes les caractéristiques du bien qu'il achète ou du service qu'il contracte et toutes les conséquences du contrat qu'il s'apprête à conclure. Sans surprise, l'article 47 déclare la rétractation d'ordre public.

Dans un premier temps, l'instrument optionnel reprend la même logique que la directive de 2011 pour les principes de la rétractation, mais des différences importantes existent²³⁷. Ainsi, à la différence de la directive, le DCEV ne s'applique pas aux ventes aux enchères publiques. Concrètement, les contrats conclus sur des plateformes d'achat en ligne, plus précisément des sites d'enchères comme *Ebay*, ne seront pas soumis au délai de réflexion du consommateur. Cette lacune dans la protection du consommateur pourrait donc inciter les professionnels exerçant par ce biais à utiliser le DCEV²³⁸. Ici, encore, apparaissent des incohérences rédactionnelles. C'est le cas de la désynchronisation des articles 2 et 40. L'article 2 inclut dans sa liste de définitions les enchères publiques alors que l'article 40 ne parle que d'« enchères » de façon générale. Si la logique est comprise, l'erreur paraît plus relever d'un manque de rigueur dans la rédaction. Ensuite, la seconde différence perceptible avec la directive consommation porte sur les cas où le consommateur fait l'offre. Si la directive ne prévoit pas de possibilité de rétractation de l'offre, l'article 40§2 du DCEV, lui, permet de retirer l'offre si le contrat qui en aurait résulté avait pu être sujet au droit de rétractation selon les premiers paragraphes du même article.

Dans un second temps, concernant le régime de la rétractation, le DCEV s'inspire aussi fortement de l'acquis. D'abord, le délai de rétractation est fixé à quatorze jours par l'article 42 *a pari* de l'article 9 de la directive. Rappelons qu'il s'agit du double du délai général français avant

²³⁵ V. LASBORDES de VIRVILLE, préc.

²³⁶ CJCE, 3 septembre 2009, *Mme M. c/ Firma SK*, aff. C-489/07.

²³⁷ O. DESHAYES, op. cit., p. 113s.

²³⁸ Ibid.

la réforme du droit de la consommation de 2014²³⁹. Sur ce point, il y a un renforcement de la protection par l'harmonisation et, pour un plus grand nombre de contrats, par le DCEV. L'article 42§2 sanctionne le manquement aux obligations d'information en prolongeant d'un an le délai de rétractation. Cette prorogation se transforme en interruption dans le cas où, pendant la période d'un an, le vendeur professionnel s'est conformé à ses obligations. Alors, à la réception de l'information ou des informations manquantes par le consommateur, le délai de quatorze jours recommence. Il est également prévu à l'article 41§2 un formulaire de rétractation inséré en appendice de la proposition. Sur ce point, il est expressément énoncé l'obligation du vendeur de joindre une copie de ce formulaire à l'article 17§1. Le chapitre IV est d'ailleurs complété par l'article 17 au sein des obligations d'information précontractuelle. Ce dernier article dispose toute une série d'informations concernant le droit de rétractation, ses modalités d'exercice et ses effets que le vendeur doit communiquer au consommateur.

Ensuite, l'article 45 sur les obligations du consommateur rétractant reprend la solution de l'arrêt du 3 septembre 2009 de la CJCE²⁴⁰ en n'exigeant pas de contrepartie financière de sa part. En détail, c'est le paragraphe 7 du même article qui prohibe quelque responsabilité découlant de l'exercice du droit sauf dispositions contraire. Ainsi, l'article 45§3 permet au vendeur d'être indemnisé pour la dégradation du bien par le consommateur. Toutefois, le rétractant supporte quelques frais dans un souci de bonne foi et de loyauté. C'est le cas des frais de renvoi du bien prévu au paragraphe 2 par exemple.

Autre point important, il s'entend de l'article 45§6.a(ii) *a contrario* que le professionnel peut commencer l'exécution des contrats de services connexes pendant la période de réflexion sur accord de son cocontractant. Cette disposition est nouvelle puisqu'elle n'était pas prévue par la directive de 2011.

Enfin, Olivier Deshayes propose un autre mécanisme de protection sous l'angle de la rétractation qui n'est prévu ni par la directive, ni par le DCEV²⁴¹. Il propose d'opérer un retour du support des risques vers le professionnel dès la rétractation. Le problème serait qu'un consommateur malveillant pourrait feindre de perdre le bien pour le conserver. Il suffirait pour cet auteur d'exiger du consommateur qu'il prouve la perte effective de l'objet, ou sa destruction.

SECTION 2 – LES EXEMPLES DANS LE CONTENU ET L'EXÉCUTION DU CONTRAT

Pour ce qui est de l'exécution du contrat, deux problématiques paraissent devoir être traitées. La première est celle de l'interprétation du contrat, elle-même conditionnée par la typologie des clauses configurées dans le régime (§ 1). La seconde, quant à elle, vise le traitement des inexécutions et permet par ce biais, d'apprécier l'étendue des protections proposées (§ 2).

§ 1 – La typologie des clauses et l'interprétation du contrat

L'étude d'un régime de droit contractuel passe inéluctablement par l'analyse de la rationalisation du contenu des contrats qu'il régit. Cette analyse se traduit par l'étude de la typologie des clauses adoptée par le régime. L'intérêt dans une telle entreprise est de

²³⁹ Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, JO du 18 mars 2014.

²⁴⁰ V. note 236.

²⁴¹ O. DESHAYES, op. cit., p. 116.

comprendre la philosophie générale du corps de règles en question et également d'en déduire des règles d'interprétation du contrat. Le DCEV en tant que régime de droit contractuel doit donc se soumettre à cette étude. L'avantage avec la proposition de règlement est que la typologie des clauses et les méthodes d'interprétation du contrat y sont explicitées.

Classiquement, les juristes européens distinguent les clauses expresses des clauses implicites²⁴². Les premières sont les clauses consciemment convenues par les parties. En ce qui concerne les clauses implicites, elles recouvrent toutes les règles contractuelles qui complètent les stipulations des parties et issues de la loi ou encore de l'équité par exemple. Leur rôle est de parer à ce que les parties n'ont pas prévu. Dans les systèmes juridiques occidentaux, le principe de droit des contrats dominant est celui de la liberté contractuelle. Par ce biais, les parties sont autorisées à définir elles-mêmes le contenu du contrat. Cependant, ce principe n'est pas absolu puisqu'il est limité par l'ordre public et les bonnes mœurs. Ces deux mécanismes restreignent alors la partie disponible des droits en présence pour la rendre impérative. Si la logique libérale des contrats a l'avantage de stimuler l'activité économique, elle ne permet pas une égalité totale dans la détermination des clauses. Plus précisément, les contrats, dont l'une des parties est en position de faiblesse structurelle par rapport à son cocontractant, et c'est le cas en matière de consommation, sont le plus souvent d'adhésion. *De facto*, le consommateur a rarement l'occasion de négocier. Face à ce constat, les différents législateurs nationaux européens ont appréhendé cette problématique. Le DCEV n'y déroge d'ailleurs pas.

Rémy cabrillac²⁴³ compare les différentes solutions nationales à la lumière de la fixation du prix. Ainsi, au Royaume-Uni, la philosophie de libéralisme économique n'est pas nuancée de telle façon qu'aucun contrôle n'est exercé sur la fixation unilatérale du prix. Le fondement juridique est ici celui de la jurisprudence *Lombard tricity Finance v. Paton* de 1989²⁴⁴. Les droits continentaux, pour leur part, ont tendance à encadrer cette fixation. Le droit français a eu à traiter un contentieux important en matière de contrats-cadres. Ces derniers permettent d'établir une relation commerciale dont le but est l'exécution de contrats d'exécution ultérieurs. Le problème récurrent était de savoir si le contrat-cadre devait déterminer le prix des prestations d'avances. Au départ, la jurisprudence exigeait que le prix soit déterminé ou déterminable d'avance pour que le contrat-cadre soit valide, mais, en 1995, la Cour de cassation a pris en compte les critiques de la doctrine et a reviré sa jurisprudence. Dès lors, un contrat-cadre peut être valide même s'il ne comporte aucun prix. En conséquence, la sanction de l'abus dans la fixation du prix n'est plus celle de la nullité de cette première convention mais bien celle de la responsabilité contractuelle du prestataire.

Les projets de réforme du droit des obligations ont aussi envisagé cette problématique. Parmi eux, l'avant-projet Catala dans son article 1121-5 énonce le principe selon lequel « l'étendue de l'engagement ne doit pas être laissée à la seule volonté d'une des parties ». Cette solution trouve écho en Espagne dans l'article 1449 du *Código civil*²⁴⁵. Le projet de la Chancellerie, quant à lui, en son article 73, permet la fixation unilatérale du prix si celle-ci peut être contrôlée *a posteriori* par le juge. Un autre courant doctrinal prône le pouvoir du juge de fixer le prix. Aussi, en Allemagne, l'établissement de standard permet au juge d'identifier un abus et de corriger le prix²⁴⁶. Les PDEC, de leur côté, inspirés des Principes UNIDROIT, laissent également cette faculté au juge en cas de prix « manifestement déraisonnable » au terme de l'article 6 :105. Toujours dans la même logique, le projet Terré de réforme du droit des

²⁴² R. CABRILLAC, op. cit., p. 113s.

²⁴³ Ibid.

²⁴⁴ *Lombard tricity Finance v. Paton* (1989) I all ER 918.

²⁴⁵ « *El señalamiento del precio no podrá nunca dejarse al arbitrio de uno de los contratantes* ».

²⁴⁶ §315 et §319 BGB.

obligations français semble accorder au juge le pouvoir de corriger le prix mais de façon implicite. En effet, les termes utilisés vont au-delà de la simple fixation du prix puisque les obligations créées par les clauses du contrat peuvent être déterminées unilatéralement, si les modalités de détermination sont fixées par le contrat, et dans la limite d'une utilisation raisonnable de cette faculté.

La division classique entre stipulations expresses et implicites est parfaitement applicable au régime optionnel. Le contenu des contrats est alors régulé par le Chapitre 7 du Titre II du DCEV. L'article 66.a listant les clauses qui composent le contrat, commence par les stipulations expresses des parties. Adoptant la logique des droits européens continentaux, ces dispositions offrent aux parties la liberté de convenir de ce qu'elles veulent mais dans la limite des règles impératives du règlement. La lettre de l'article 66.a permet une nouvelle fois d'affirmer que les mécanismes d'ordre public international et de lois de police ne sont pas compatibles avec un droit commun. En effet, seules les dispositions impératives du règlement sont expressément érigées en limites. Toutefois, le DCEV va plus loin puisque, de par sa mission de protection des consommateurs et des PME, il opère une distinction entre les clauses négociées et non négociées. Cette présentation démontre l'appréhension de la pratique des contrats d'adhésion par les rédacteurs du texte. De plus, elle s'impose comme un outil de protection des parties faibles. Ainsi, les articles 7§1 et 7§2 définissent précisément ce qu'est une clause non négociée. Est alors qualifiée comme telle une stipulation qui n'a pas fait l'objet d'une négociation individuelle, ou qui a été choisie par une partie parmi plusieurs autres clauses proposées par son cocontractant. L'article 7§5 précise que les clauses rédigées par un tiers sont réputées proposées par le professionnel dans les contrats B2C. Par ailleurs, la charge de la preuve de la négociation repose sur le professionnel aux termes de l'article 7§4. En parallèle, la négociation d'une clause type doit être démontrée par la partie qui invoque cette négociation.

Cette sous-division a plusieurs utilités dans le cadre du régime optionnel²⁴⁷. D'abord, elle permet de tirer des règles d'interprétation des contrats soumis au DCEV dont la méthode sera détaillée plus loin. Ensuite, elles font naître un certain nombre d'obligations à la charge du vendeur professionnel. D'une part, les dispositions de l'article 70, ensuite incluses à l'article 86bis§2 par amendement, obligent la partie qui a proposé une clause non négociée à attirer l'attention de son cocontractant sur cette stipulation. Le nouvel article 76bis§2 précise par ailleurs deux situations dans lesquels cette obligation est systématiquement exécutée. C'est le cas lorsque la clause a été présentée de façon à attirer l'attention du consommateur, ou lorsqu'elle a été communiquée ou mise à disposition avant la conclusion du contrat pour que le consommateur puisse la comprendre. Le paragraphe 4 de ce dernier article ajouté par le Parlement européen interdit aux parties de déroger à ces dispositions. D'autre part, l'article 82 impose une rédaction et une communication « simple, claire et compréhensible » que les clauses soient négociées ou non. La troisième utilité est celle de la prise en compte du caractère non négociée pour la détermination d'une clause abusive. Dans cette logique, les dispositions de l'article 83 prévoient les conditions dans lesquelles une stipulation non négociée devient abusive pour les relations B2C. La résolution parlementaire de 2014 a également ajouté des dispositions similaires pour les clauses négociées. En B2B, en revanche, l'article 86§1.a fait de l'absence de négociation une condition de l'abus. *A contrario*, il faut entendre qu'une clause négociée ne peut jamais être abusive pour les contrats entre professionnels, ce qui n'est pas le cas pour les contrats de consommation.

²⁴⁷ J. SENECHAL, op. cit.

De surcroît, il nous semble qu'un autre intérêt peut être trouvé. La détermination des clauses non négociées peut permettre de sanctionner le caractère déraisonnable d'une stipulation. Cette utilité s'illustre par l'article 74 qui dispose que lorsque le prix ou un autre élément de la vente est « déterminé unilatéralement », et dans le cas où il est déraisonnable, le juge peut le corriger. Après modification par le Parlement européen les professionnels peuvent y déroger. Cette solution fait ici écho au droit allemand quant au pouvoir du juge de substituer un prix à celui qui a été déterminé unilatéralement lorsqu'il est déraisonnable. Les dispositions de l'article 75, pour leur part, appliquent la même solution quand le prix ou l'élément déraisonnable est fixé par un tiers. Malgré l'utilisation des termes « élément unilatéralement déterminé », il semble que cette stipulation corresponde systématiquement à la qualification des articles 7§1 et 7§2. Cette affirmation est rendue plausible par le fait qu'une détermination unilatérale exclut forcément une négociation individuelle. En parallèle, l'article 75 serait la parfaite projection de l'article 7§5 qui répute la clause rédigée par un tiers comme proposée par le professionnel. Seulement, l'article 75 s'applique tant aux contrats *B2C* que *B2B* alors que l'article 7§5 ne régit que les premiers. Il est regrettable qu'apparaissent des imprécisions dans la rédaction de la proposition de règlement faisant naître des questionnements de ce genre.

Les stipulations implicites font elles aussi l'objet de traitements différents selon les droits nationaux. Le comblement des lacunes laissées par les parties dans le contenu de leur contrat peut être mené par deux philosophies complémentaires²⁴⁸. La première est celle du complément par des éléments objectifs. C'est la solution retenue en droit français par l'article 1135 du Code civil français et originellement théorisée par Domat au XVII^e siècle. En droit français, suivant un ordre hiérarchique, le contrat est complété par les dispositions supplétives de la loi, des usages puis de l'équité. Les projets Catala et de la Chancellerie maintiennent ce principe. Le *Codice civile*, le *Código civil*, le *BW* néerlandais et le *Codul civil* reprennent également cette solution. L'approche subjective est, elle, adoptée par les droits allemand et anglais. Le §242 du *BGB* repose sur le concept de volonté hypothétique des parties. De cette façon, le juge comble les lacunes laissées du contrat en devinant les stipulations qu'auraient convenues les parties dans le respect de la bonne foi et des usages des affaires. Au Royaume-Uni, le contrat est complété si nécessaire par les *implied terms*. Ce sont des clauses que les parties sont censées avoir acceptées sans pour autant les avoir exprimées. Le juge peut s'appuyer sur la volonté des parties ou sur le droit. La jurisprudence a ainsi créé deux types d'*implied terms*, qui, rassemblés, forment un corps de règles supplétives de droit des contrats.

Le droit européen a d'ailleurs pu consacrer cette dernière expression de l'approche subjective dans les PDEC et le CDEC.

De manière générale, Rémy Cabrillac²⁴⁹ décrit une frontière très perméable entre ces deux solutions puisqu'en pratique l'une est teintée de l'autre. En France, par exemple, les juges s'appuient aussi sur la volonté des parties pour compléter leur contrat.

À notre avis, le DCEV a pu configurer un mécanisme de stipulations implicites sur la base des deux approches présentées, formellement très proche du système anglais, et par conséquent parfaitement compatible avec les habitudes prétorienne des différents États membres. Cependant, la terminologie utilisée dans le règlement peut prêter à confusion puisqu'à des clauses implicites formellement identifiées comme telles sont ajoutées d'autres stipulations permettant de compléter le contrat. De façon totalement arbitraire, mais pour faciliter la compréhension du développement suivant, l'expression « stipulations implicites » sera utilisée pour qualifier l'ensemble des clauses permettant de combler les lacunes du

²⁴⁸ R. CABRILLAC, op. cit., p. 116-119.

²⁴⁹ Ibid., p.119.

contenu des contrats et « clauses implicites » se référera à la catégorie spécifique de ces stipulations ainsi nommées dans la lettre du règlement.

La typologie des « stipulations implicites » est alors présentée aux paragraphes .b, .c et .d de l'article 66. À côté des clauses expresses, le contenu du contrat est donc composé des usages et pratiques définis à l'article 67, des dispositions supplétives du DCEV et des clauses implicites de l'article 68. Juliette Sénéchal s'est intéressée à la mise en œuvre de ces stipulations implicites²⁵⁰. Pour la première catégorie, l'article 67 restreint leur rôle de complément aux seuls contrats *B2B*. Il faut alors se référer aux usages commerciaux dans le secteur d'activité du contrat. Par ailleurs, l'application des usages et pratiques peut être évincée par une règle impérative du régime optionnel, comme c'est le cas lorsqu'elles constituent une clause abusive, ou par une clause individuellement négociée. En ce qui concerne les règles supplétives du DCEV, leur utilisation pour combler les lacunes contractuelles dépend de la détermination de la frontière entre l'impérativité et la subsidiarité. Elles pourront être évincées dans tous les cas en *B2B*, et, selon l'interprétation autonome qui sera faite de l'instrument, faire l'objet d'une éviction par des clauses expresses en *B2C*. Si un problème de droit ne peut être réglé par les clauses expresses ou les stipulations implicites déjà citées, il le sera par les clauses implicites de l'article 68. Ces dispositions orientent les déductions du juge en lui indiquant quels éléments prendre en compte dans la détermination des clauses implicites. Dès lors, la nature et l'objet du contrat, les circonstances de sa conclusion et la bonne foi et la loyauté, constituent les bases du travail de déduction du juge. L'article 68§2 rajoute une dimension manifestement subjective aux clauses implicites et les configure comme une sorte de prolongement de la volonté des parties selon Juliette Sénéchal.

Cet auteur fait également remarquer que la bonne foi et la loyauté sont interprétées différemment selon les États membres et que l'autonomie de l'interprétation du DCEV en devient encore plus nécessaire. À ce sujet, le Parlement, par sa résolution de 2014, a modifié le considérant 31 en détaillant leurs définitions ce qui jouera en faveur de cette autonomie d'interprétation.

À côté des stipulations expresses et implicites, il existe une catégorie qui les transcende et qui se manifestent par leur exclusion du contenu du contrat. Ce sont les clauses abusives. Elles ne doivent pas être confondues avec les clauses non négociées déraisonnables des articles 74 et 75 puisqu'elles s'en diffèrent par leur sanction. Les premières peuvent être corrigées alors que les secondes sont sanctionnées selon les dispositions de l'article 79§1 par l'inopposabilité à la partie faible.

Les clauses abusives font alors l'objet d'un Chapitre 8. Trois corps de règles s'appliquent à ces stipulations prohibées : des règles communes, des dispositions propres aux contrats *B2C* et des dispositions propres aux contrats *B2B*²⁵¹. Il faut noter que les clauses abusives constituent un mécanisme de défense nouveau pour les PME même si celui-ci est moins développé que pour les consommateurs. En complément, l'article 81 rend les dispositions étudiées impératives quel que soit le type de contrat. Les clauses abusives ne font pas l'objet d'une définition commune aux deux types de contrats concernés. L'article 80, quant à lui, prévoit les cas où l'appréciation du caractère abusif est exclue. Dès lors, une clause reprenant les dispositions du DCEV qu'elles soient impératives ou supplétives ne peut jamais être considérée comme abusive. Ensuite, les principales caractéristiques du contrat *B2C*, donc le prix ou l'objet principal, sont également exclus des clauses abusives lorsque le professionnel a exécuté son obligation de transparence prévue par l'article 82. *A contrario*, l'inexécution de

²⁵⁰ J. SENECHAL, op. cit.

²⁵¹ Ibid.

cette obligation quant au prix et à l'objet principal pourrait être sanctionnée par la qualification de clause abusive et donc l'inopposabilité. Ici, il faudra prendre en compte la faculté du juge de corriger le prix ou un élément essentiel lorsqu'il a été déterminé unilatéralement et qu'il est déraisonnable. Pour les contrats entre professionnels, le prix et l'objet principal du contrat ne constitue jamais une clause abusive.

En ce qui concerne les règles propres aux relations *B2C*, l'article 83§1 commence par donner une définition des clauses abusives au regard de ce type de contrats. La clause ne devait pas avoir été individuellement négociée, et créer un « déséquilibre significatif » entre les droits et les obligations des parties au détriment du consommateur. La résolution parlementaire de 2014 a permis la qualification de clause abusive pour des clauses négociées. L'appréciation doit être menée à l'aune des principes de bonne foi et de loyauté. L'article 83§2 donne une liste d'éléments à prendre en compte dans la détermination du caractère abusif de la stipulation. En continuation, l'article 84 énonce les clauses qui sont toujours abusives et l'article 85 celles qui sont présumées abusives. Le Parlement européen a basculé certaines clauses de la liste de l'article 85 vers celle de l'article 84 renforçant ainsi la protection des consommateurs. Le juge est donc guidé et la charge de la preuve reposant sur le consommateur est allégée, mais la jurisprudence de la CJUE ne sera pas exonérée d'uniformiser les conceptions des principes de bonne foi et loyauté.

Pour les contrats *B2B*, les clauses abusives constituent une nouveauté. Cependant, l'article 85§3 permet d'évincer ces dispositions de sorte que la protection ainsi proportionnée peut être anéantie. L'article 86 constitue à lui seul la section dédiée à ces clauses abusives. Son premier paragraphe les définit différemment de l'article 83. Sont alors considérées comme clauses abusives, les stipulations non négociées dont l'application est contraire aux principes de bonne foi et de loyauté et « s'écarte manifestement des bonnes pratiques commerciales ». Pour éviter des écarts d'interprétation, le Parlement européen a remplacé la référence aux bonnes pratiques commerciales par l'expression « pratiques commerciales d'usage ». Le second paragraphe, quant à lui, guide le juge avec une liste d'éléments à prendre en compte d'ailleurs semblables à ceux utilisés pour les consommateurs. Plusieurs remarques peuvent être tirées de la lecture de ces quelques lignes.

Dans un premier temps, la terminologie utilisée ne vise pas spécifiquement les PME à l'inverse des dispositions sur les clauses abusives en défaveur des consommateurs. Le terme utilisé est générique et vise l'ensemble des professionnels. Partant, la première interrogation concerne le fait de savoir si une clause abusive peut être opposable à une PME. La formulation et la logique laissent penser que oui, même si une des fonctions affichées du DCEV est la protection des PME. Toutefois, les cas visés paraissent *a priori* très peu réalisables dans la pratique. Le problème ne concerne que les cas où une grande entreprise adhère à une clause proposée par une PME et que cette stipulation va à l'encontre de la bonne foi, de la loyauté et/ou des bonnes pratiques du commerce. Ensuite, le fait que le texte vise l'ensemble des professionnels peut permettre l'application de ces dispositions à un contrat *B2B* entre deux grandes entreprises.

Dans un second temps, Juliette Sénéchal²⁵² soulève plusieurs interrogations auxquelles seule l'interprétation autonome pourra répondre. Le doute intervient au moment de déterminer si les dispositions sur les clauses abusives en *B2B* et en *B2C* sont totalement indépendantes ou s'influencent l'une l'autre. En effet, si les définitions des articles 83 et 86 varient légèrement, les conditions sont similaires et seul le non-respect des pratiques commerciales d'usage est requis en plus pour les professionnels. La CJUE devra aussi se

²⁵² Ibid.

prononcer sur la question de savoir si les listes des clauses abusives par nature et présumées abusives pourront aider le juge dans la détermination du caractère abusif d'une stipulation entre professionnels.

En résumé, la typologie des clauses qu'appréhende le DCEV se calque sur la conception européenne classique. En complément des stipulations expresses, subdivisées en clauses négociées et non négociées, les stipulations implicites définissent le contenu du contrat. *A contrario*, les clauses abusives le délimitent. Cette typologie a pour conséquence l'orientation de la méthode d'interprétation des contrats voulue par la proposition de règlement. *A fortiori*, la détermination des stipulations implicites découle de cette méthode d'interprétation. De façon générale, la protection voulue pour les consommateurs et les PME est présente dans le traitement du contenu du contrat²⁵³. De ce point de vue, le DCEV peut être attractif, mais il faut, pour Juliette Sénéchal, que le consommateur soit conscient de la protection que lui offre le régime optionnel pour qu'il y ait un effet de persuasion des vendeurs professionnels. Du côté des PME, l'auteur fait remarquer que la protection peut bien évidemment inciter les PME à contracter avec des entreprises étrangères mais il reste la barrière de la langue et le risque que les parties protectrices du DCEV soient évincées. Pour les grandes entreprises, le degré de protection pourrait être une raison de ne pas recourir au régime optionnel mais, d'un autre côté, cette protection peut leur servir de label de qualité. Certaines modifications doivent être apportées au texte au rang desquelles la précision des dispositions sur les clauses abusives. Pour Denis Mazeaud²⁵⁴, le Chapitre 8 est trop fourni, rendant difficile sa compréhension. Les quelques imprécisions de ces dispositions jouent aussi dans ce sens. La rédaction mériterait donc d'être revue. L'auteur propose d'ailleurs de réduire le chapitre à trois articles. Le premier traiterait des clauses contraires à la bonne foi et à la loyauté, le deuxième comporterait une liste grise de ces clauses et le troisième une liste noire.

La problématique de l'interprétation des contrats par le juge est également inévitable dans la configuration d'un régime de droit des contrats. La Commission a rempli cette tâche et a prévu un guide d'interprétation à l'intention des juges qui auront à connaître des contrats soumis au DCEV.

Sur la question de l'interprétation des contrats, il existe une certaine homogénéité dans les méthodes utilisées par les systèmes juridiques européens. Un grand nombre de droits nationaux européens mettent à disposition du juge un guide d'interprétation. Il s'agit du « Guide-âne » présenté par le Doyen Carbonnier²⁵⁵. Le Code civil a été le premier à recourir à cette méthode avec ses articles 1156 et suivants. Le *Código civil*, le *Codice civile*, le *Codul civil*, les PDEC et le CDEC l'ont également adopté. Dans la mise en place de ces solutions les législateurs et juges nationaux ont dû se positionner sur deux problématiques. Pour Rémy Cabrillac²⁵⁶, tous les droits européens, partant du postulat de base que les contrats sont interprétés à la lumière de la volonté des parties, ont dû déterminer si celle-ci ressortait de la lettre ou de l'esprit du contrat. La jurisprudence anglaise a recours à la technique de l'interprétation des « quatre coins ». Le juge se reporte à la volonté objective du contrat, tant qu'elle a pu être raisonnablement prise en compte par les cocontractants. Ainsi, le juge anglais ne se réfère qu'à l'écrit du contrat mais des jurisprudences plus récentes auraient opéré une ouverture vers une interprétation plus contextuelle. En Allemagne, deux dispositions

²⁵³ Ibid.

²⁵⁴ D. MAZEAUD, "Unfairness and Non-negotiated terms", p. 123s. in: *Towards a European Contract Law*, dir. R. Schulze et J. Stuyck, Munich, Sellier, 2011.

²⁵⁵ S. MILLEVILLE, L'interprétation des contrats dans la proposition de règlement relative au droit commun européen de la vente, *Les Petites Affiches*, 24 décembre 2013, n° 256, p. 35s.

²⁵⁶ R. CABRILLAC, op. cit., p. 119s.

complémentaires du *BGB* configurent la méthode d'interprétation. D'une part, le §133 pose un critère subjectif de la volonté réelle au-delà du simple écrit. D'autre part, le §157 pose, lui, le critère plus objectif de la bonne foi et à la coutume des affaires. En France, le « Guide-âne » des articles 1156 et suivants impose la recherche de la volonté réelle des parties même si la formulation de la stipulation semble dire le contraire.

Dans les PDEC, l'article 5 :101 soumet l'interprétation du contrat à la commune intention des parties même dans le sens contraire de la lettre.

La deuxième problématique qu'ont eu à traiter les législateurs nationaux a été celle de la cohérence et de l'efficacité du contrat. La recherche de la cohérence du contrat dans l'interprétation a été consacrée par l'article 1161 du Code civil et par l'article 5 :105 des PDEC. En ce qui concerne l'efficacité du contrat, sa prise en compte est requise par l'article 1157 du Code civil et 5 :106 des PDEC. Nombre de droits nationaux prônent une interprétation dite « *contra proferentem* », c'est-à-dire au profit de la partie faible. C'est le cas en droit de la consommation français avec l'article L. 133-2 alinéa 2 du Code de la consommation. L'interprétation *contra proferentem* est d'ailleurs généralisée dans le projet Catala. Cette pratique est aussi instaurée par le *BGB*, le *BW* néerlandais, le *Codul civil* et les PDEC.

Les rédacteurs du DCEV ont configuré une méthode d'interprétation de compromis parfaitement compatible avec tous les droits présentés. Ainsi, le chapitre 6 contient un guide d'interprétation à la manière du Code civil. C'est la commune intention des parties qui est recherchée. Toujours dans le sillage du Code civil, le régime optionnel prévoit des critères objectifs d'interprétation pour compléter la volonté réelle des parties. Dans leur rang, apparaissent l'usage à l'article 59.d, le reste du contrat dans une logique de cohérence à l'article 60, et l'efficacité de la convention à l'article 63²⁵⁷. En complément, l'article 62 énonce que les clauses négociées prévalent sur les clauses non négociée en cas de contradiction. L'article 64 dans le cas de stipulations non négociées prônait une interprétation *contra proferentem* pour le consommateur. Il a été supprimé par la résolution parlementaire de 2014 pour laisser place à un article 61ter comprenant la même solution étendue à l'interprétation des clauses négociées. L'article 61 a aussi été retravaillé par les députés européens pour y intégrer un paragraphe 1 disposant qu'entre deux versions linguistiques du contrat, celle rédigée dans la langue du pays du consommateur fait foi. Un nouvel article 61bis prévoit en parallèle une préférence pour l'interprétation qui donne effet « aux clauses contractuelles ». Il faut, de notre point de vue, comprendre que ces « clauses contractuelles » comprennent les clauses explicites négociées ou non. L'article 59, quant à lui, présente une liste de critères à prendre en compte comme l'usage des parties dans des circonstances similaires déjà citées.

Sébastien Milleville entrevoit la mise en œuvre de cette interprétation pour les juges français. Ainsi le DCEV, à l'inverse du droit français, donne une valeur normative à ce « Guide-âne », ce qui suppose un contrôle de l'appréciation des juges du fond qui perdent leur souveraineté sur ce point. L'auteur nuance immédiatement son propos en rappelant que cette normativité est déjà présente en ce qui concerne l'interprétation *contra proferentem* du droit de la consommation. En revanche, le principal défaut de ces dispositions, relevé par cet auteur, concerne l'absence de hiérarchisation des méthodes. La CJUE aura encore un rôle important à jouer en uniformisant les habitudes prétoriennes quant à la supériorité du critère de la volonté des parties ou des critères objectifs.

D'une manière générale, aucun mécanisme de la méthode d'interprétation n'est fondamentalement nouveau pour les juges nationaux mais comme pour le reste des questions

²⁵⁷ S. MILLEVILLE, préc.

qu'ils devront traiter à la lumière du DCEV, les juges devront adopter une logique autre que celle dont ils ont l'habitude.

§ 2 – Les moyens d'action en cas d'inexécution

L'étude du traitement par un régime contractuel des situations dans lesquelles une ou plusieurs obligations d'un contrat sont inexécutées est nécessaire, *a fortiori* si ce corps de règles se veut protecteur des consommateurs et des PME.

Les mécanismes de sanction pour inexécution aujourd'hui connus des droits européens ont été développés par le droit romain²⁵⁸. Dans la conception des obligations de Paulus, celles-ci étaient conditionnées par le fait que le débiteur pouvait être contraint de les exécuter. En droit romain classique, il fallait distinguer entre impossibilité objective d'exécuter et impossibilité subjective. Dans le premier cas, était appliqué le principe de *perpetuatio obligationis*. Ce principe permettait de faire survivre artificiellement l'obligation même si son exécution était devenue matériellement impossible et ainsi de compenser financièrement le créancier. En cas d'impossibilité subjective, le créancier restait tenu de l'obligation. La force majeure et le cas fortuit avait une force exonératoire. Cependant, en cas de retard le débiteur pouvait opérer l'*interpellatio* et, en général, le créancier ne pouvait plus se prévaloir de la force majeure. Dans la période postclassique, la responsabilité se fondait sur la *culpa* et le *dolus*. Il s'agissait donc de distinguer entre faute légère et faute grave. La clause pénale et la rescision sont également apparues et rendues applicables uniquement si elles étaient stipulées. Si le créancier ne payait pas la compensation et les dommages-intérêts, l'exécution pouvait être forcée.

Aujourd'hui, le droit comparé met en exergue des différences importantes entre les sanctions à l'inexécution mises en place par les droits nationaux²⁵⁹. D'un point de vue très général, les législateurs ont pu appréhender l'inexécution de façon unitaire et globale, comme en France, ou fragmentée, type d'inexécution par type d'inexécution, comme en Allemagne. Héritiers du droit romain, les droits anglais et continentaux distinguent entre impossibilité objective et subjective. Dans le premier cas, au Royaume-Uni, les engagements au départ absolus ont été nuancés par la théorie des *frustrations*²⁶⁰. Il s'agit de clauses implicites au contrat permettant au créancier de se libérer de son obligation si elle devient matériellement impossible ou si le but du contrat ne peut être atteint. La *frustration* anéantit l'intégralité du contrat, la situation remise dans son état antérieur et, dans certaines conditions, le juge peut allouer une indemnité au créancier²⁶¹. En France, l'impossibilité objective est appréhendée à travers la force majeure qui exonère de la responsabilité contractuelle de l'article 1147 du Code civil. Le débiteur ne doit donc pas indemniser le créancier. La force majeure est un événement imprévisible, irrésistible et extérieur²⁶². Cette solution est reprise dans une configuration similaire en Espagne et en Roumanie. La force majeure a entraîné l'élaboration de la théorie des risques dans les contrats synallagmatiques. Pour les contrats de vente, le droit français applique le principe *res perit domino* et les risques portent alors sur le propriétaire de la chose. Or le principe du consensualisme transfère la propriété dès l'échange des consentements sur la chose vendue et sur son prix. Le risque pèse donc sur l'acheteur une fois le contrat formé. Toutefois, les parties peuvent contractuellement accorder de retarder le transfert de propriété,

²⁵⁸ R.-M. RAMPELBERG, op. cit., p. 175-192.

²⁵⁹ R. CABRILLAC, op. cit., p.155 s.

²⁶⁰ *Taylor v. Cardwell* (1863) B. & S. 826 (*Queen's bench*).

²⁶¹ *Law Reform Frustrated Act* de 1943.

²⁶² Ass. Plén., 14 avril 2006, D. 2006, IR 1131 ; RTD civ. 200. 775, obs P. Jourdain.

par une clause de réserve de propriété, ou le transfert de risque en décidant qu'il ne s'opérera qu'à la livraison de la chose. Le droit allemand adopte une conception plus large que la force majeure. Les impossibilités peuvent alors être initiales ou *a posteriori*. Ensuite, les juges tranchent sur le fait de savoir à qui l'impossibilité est imputable. Si l'impossibilité est imputable au débiteur par sa faute, il répond de cette faute. Dans le cas contraire, il est libéré de son obligation. La solution est reprise par le droit italien et la référence à l'imputabilité de l'impossible exécution apparaît furtivement dans le *Código civil* espagnol à l'article 790. Les Principes UNIDROIT, la CVIM et les PDEC ont retenu la solution française dans un souci de compromis entre approche restrictive anglaise et approche large allemande.

En ce qui concerne les inexécutions pour impossibilité subjective, les sanctions sont plus variées face à ces situations complexes. Le premier remède est celui de l'exception d'inexécution ou *exceptio non adimpleti contractus* sous sa forme latine. Dans le cadre d'un seul et même contrat synallagmatique, la partie qui voit l'obligation de son cocontractant inexécutée, peut ne pas exécuter sa prestation jusqu'à ce que son débiteur s'exécute. En France, en Allemagne et dans les PDEC ce mécanisme est général. En droit anglais, cependant, elle est limitée à la vente de marchandises²⁶³. En droit français, le créancier ne peut y recourir que s'il est de bonne foi. En droit allemand, la nécessité de bonne foi n'existe qu'en cas d'inexécution partielle. Les PDEC exige que l'exception d'inexécution soit raisonnable au vue des circonstances. Les législateurs nationaux ont aussi dû se positionner sur la question de l'exception d'inexécution anticipée, c'est-à-dire lorsque l'inexécution du cocontractant est prévisible. Le droit français des contrats ne la prévoit pas. Le projet de réforme Terré l'autorise à condition que l'inexécution sanctionnée *a priori* puisse avoir des « conséquences suffisamment graves ». L'exception d'inexécution anticipée est prévue par les droits anglais, allemand et néerlandais, ainsi que par les PDEC en cas d'inexécution à l'échéance, lorsqu'elle est manifestement prévisible.

Une fois l'inexécution avérée, le plus souvent le créancier a le choix entre les trois remèdes que sont l'exécution forcée, la résolution du contrat et le versement de dommages-intérêts. Ce dernier pouvant être combiné avec l'un ou à l'autre des premiers. Le droit anglais est réticent à l'idée de forcer un débiteur à s'exécuter en nature. Il préfère donc l'exécution par équivalent, c'est-à-dire par dommages-intérêts. En France, si son cocontractant n'exécute pas la prestation, le créancier a le choix entre résolution du contrat et exécution forcée. Dans les deux cas, il peut cumuler avec une demande en dommages-intérêts qui cette fois-ci s'interprète comme une réparation et non pas une exécution par équivalent. De manière générale, dans la lettre du Code civil ou dans la jurisprudence, une faveur est faite à l'exécution en nature. Le *BGB* et le *BW* néerlandais préfèrent également l'exécution forcée en nature. C'est aussi le cas des PDEC pour les obligations qui ne sont pas de dettes de somme d'argent sauf si les dépenses qu'occasionne ce remède sont disproportionnées au regard de la prestation pour le créancier.

En ce qui concerne la résolution, elle est limitée à une inexécution essentielle en droit anglais, en droit français et dans les projets européens. En France, c'est la jurisprudence qui configure cette condition. Elle est cependant expresse dans les PDEC, dont l'exigence d'une « grave inexécution » est reprise dans le projet Terré. En droit anglais, la résolution résulte de clauses implicites. Il distingue la *condition* qui prévoit une résolution qui peut être accompagnée de dommages-intérêts de la *warranty* qui stipule uniquement le versement d'une compensation. La première prévaut sur la seconde. La distinction étant souvent difficile en pratique, une troisième clause dite *intermediate term* prend en compte l'inexécution essentielle et la sanctionne par une résolution. Dans le texte du CDEC, la résolution est limitée à

²⁶³ *Sale of Goods Act*, 1979, s. 28.

une inexécution « d'importance notable ».

Quelquefois, la résolution peut être anticipée. Ce mécanisme permet de résoudre le contrat avant l'inexécution lorsque celle-ci est certaine, notamment lorsque le débiteur annonce qu'il ne s'exécutera pas. Au Royaume-Uni, elle est admise sous le concept de *anticipatory breach of the contract* depuis 1853²⁶⁴. Lorsque l'inexécution future devient certaine, le créancier peut ne pas exécuter sa prestation et prétendre directement aux dommages-intérêts. Le droit allemand et les PDEC tiennent également ce raisonnement. En France, en revanche, la résolution anticipée n'est pas admise et seul le projet Terré l'a intégré, à condition que le créancier envoie une demande de confirmation d'exécution au débiteur dont la réponse est négative.

Certains droits européens connaissent la résolution extra-judiciaire. Première manifestation de ce mécanisme, la clause résolutoire est connue de l'ensemble des droits européens. Le second est la résolution unilatérale extra-judiciaire qui n'est pas contrôlée au Royaume-Uni. Lorsque le débiteur n'exécute pas une obligation essentielle, il met lui-même fin au contrat ; c'est la *repudiation*. Le créancier peut alors accepter cette *repudiation* et résout ainsi le contrat. Dans d'autres pays, la résolution unilatérale est contrôlée par le juge. En France, la jurisprudence a admis récemment la possibilité pour un créancier de résoudre le contrat, en prenant le risque d'une annulation par le juge *a posteriori*, lorsque « la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls »²⁶⁵. La jurisprudence belge a adopté la même solution. En Italie, le créancier peut prolonger le délai d'exécution de quinze jours et l'expiration de ce délai entraîne la résolution. La Bulgarie, l'Allemagne, les Pays-Bas, la Roumanie, les PDEC et le CDEC connaissent également des résolutions unilatérales contrôlées. En ce qui concerne les effets de la résolution, celle-ci est rétroactive en droit français sauf pour les contrats à exécution successive. Au Royaume-Uni, en Allemagne et dans les projets européens, l'extinction du contrat par résolution n'est valable que pour l'avenir. Les parties ne sont alors plus tenues d'exécuter leurs obligations. Dans tous les cas, il faut procéder aux restitutions sauf en droit anglais bien que les quasi-contrats régulent alors la situation.

Les droits nationaux européens connaissent tous les mêmes mécanismes de sanctions, ou remèdes, selon le terme utilisé, à l'inexécution d'une obligation contractuelle. Ils sont applicables au contrat de vente et les différences ne se retrouvent finalement que dans la préférence pour tel ou tel moyen d'action ou dans leur mise en œuvre.

Le DCEV, lui, utilise le terme de « moyens d'actions » pour se référer aux sanctions ou remèdes aux inexécutions. Ces moyens d'actions font l'objet de deux parties. La première, la Partie IV traite des obligations et moyens d'actions des parties à un contrat de vente à distance ou de fourniture de contenu numérique, et, la seconde, la Partie V, ne s'applique qu'aux contrats de services connexes²⁶⁶. Dans chaque partie, il est distingué entre les moyens d'action à disposition de l'acheteur et du vendeur. Ainsi, dans la Partie IV, le chapitre 11 régule les moyens d'action de l'acheteur pour un contrat de vente ou de fourniture de contenu numérique. Dans le cadre d'un contrat *B2C*, ces dispositions sont impératives. À la différence de la directive consommation de 2011, les remèdes ne sont pas explicitement hiérarchisés et peuvent être cumulables tant qu'ils sont compatibles.

²⁶⁴ *Hochster v. De la Tour* (1853), 2, E & B, 678.

²⁶⁵ Cass. civ. 1^{re}, 20 février 2001, *D.* 2001. 705, note C. Jamin ; *RTD civ.* 2001.363, obs. J. Mestre et B. Fagès.

²⁶⁶ C. AMATO, « Les moyens d'action en cas d'inexécution des obligations contractuelles », p. 177-191 in : *Le droit commun européen de la vente, examen de la proposition de règlement du 11 octobre 2011*, dir. O. Deshayes, Paris, Société de législation comparée, 2012.

Les articles 110 à 112 disposent l'option pour l'acheteur de demander l'exécution forcée. Contrairement aux PDEC, il n'est fait aucune différence entre obligation de délivrance de somme d'argent et d'autres natures ; ce qui, pour Cristina Amato constitue un bon compromis entre droits continentaux et droit anglais réticent à l'exécution forcée. Deux limites sont posées à ce droit. La première est celle de l'inexécution pour impossibilité, sûrement en référence à une impossibilité matérielle, ou pour illicéité. La seconde est celle de l'exécution forcée trop coûteuse lorsque le prix de cette exécution est disproportionné par rapport au bénéfice attendu par le créancier.

Il n'est pas prévu, comme en droit anglais, d'exécution par équivalent. Yves-Marie Laithier émet sur ce point une critique. Le professionnel peut être tenté de ne pas exécuter pour des raisons économiques, en sachant qu'il ne pourra y être forcé, ce qui va à l'encontre de la force impérative des contrats²⁶⁷. Par ailleurs, les dispositions de l'article 111 énoncent que lorsque l'obligation de délivrance conforme n'a pas été exécutée correctement, le consommateur peut choisir entre la réparation ou le remplacement de la chose achetée. Le vendeur disposera alors d'un délai de trente jours pour s'exécuter. Si l'acheteur choisit le remplacement, il ne devra pas payer d'indemnité d'utilisation de l'objet remplacé pendant la période²⁶⁸. Passé ce délai, le consommateur pourra choisir un autre moyen d'action. Deux autres cas d'ouverture pour le recours à d'autres moyens d'action ont été ajoutés par la résolution parlementaire de 2014 : lorsque le professionnel a refusé implicitement ou expressément de remédier au défaut de conformité ou lorsque le même défaut est apparu après la réparation ou le remplacement.

Ensuite l'article 113 admet l'*exceptio non adimpleti contractus*. Elle est compatible avec les autres moyens d'action. Aucune référence n'est faite dans ces dispositions à la bonne foi. Mais, comme les autres articles du DCEV, leur application est soumise aux exigences de bonne foi et de loyauté de l'article 2 et la coopération de l'article 3. Il en découle la nécessité de notifier l'exception d'exécution. Le Parlement a également complété l'article 113 avec un paragraphe 3bis qui dispose que l'exécution totale peut être suspendue sauf si cette exception d'inexécution est disproportionnée au regard du défaut de conformité.

Troisième moyen d'action incontournable d'un régime d'obligations contractuelles, la résolution est régulée par les articles 114 et suivants, s'inspirant de la CVIM, des PDEC et du CCR. Trois situations énoncées respectivement aux articles 114, 115 et 116 permettent à l'acheteur-créancier de résoudre le contrat. Le premier cas d'ouverture de l'article 114 est celui de l'inexécution d'une obligation essentielle. La détermination du caractère essentiel de l'obligation s'opère à la lumière de l'article 87²⁶⁹. Ainsi, une inexécution est essentielle si elle prive de substance ce que le créancier était légitimement en droit d'attendre, ou si la nature de cette inexécution permet de déduire légitimement que le reste du contrat ne sera pas exécuté. Il s'agit là de l'élément subjectif de l'inexécution essentielle à l'article 87§2. Mais Geneviève Pignarre relève un autre élément objectif dans l'article 87 constitué par le manquement. Le premier paragraphe de l'article 87 fait alors apparaître une liste d'obligations essentielles *a priori* non exhaustive. Pour ce dernier auteur, l'inexécution d'une obligation secondaire peut potentiellement entraîner une inexécution essentielle.

²⁶⁷ Y.-M. LAITHIER, « Observations sur les moyens d'action en cas d'inexécution des obligations contractuelles », p. 193-212 in : *Le droit commun européen de la vente, examen de la proposition de règlement du 11 octobre 2011*, dir. O. Deshayes, Paris, Société de législation comparée, 2012.

²⁶⁸ Ibid.

²⁶⁹ G. PIGNARRE, L.-F. PIGNARRE, l'inexécution essentielle et ses applications sur le sort du contrat dans la proposition de règlement, *Les Petites Affiches*, 24 décembre 2013, n° 256, p. 48s.

Logiquement, dans le contrat de vente, l'obligation la plus essentielle pour l'acheteur est la délivrance de la chose. Par exception dans les contrats *B2C*, la résolution est admise pour un défaut de conformité, s'ajoutant aux options de remplacement ou de réparation, sauf si le défaut de conformité est mineur. C'est une nouvelle preuve du degré important de protection du consommateur. Cette affirmation est également valable pour les contrats de fourniture de contenu numérique. Le deuxième cas d'ouverture de l'article 115 apparaît lorsque le délai prorogeant l'exécution accordé par l'acheteur est échu. De ce point de vue, l'exécution forcée reste la règle et la résolution l'exception²⁷⁰. Enfin, l'article 116 admet la résolution anticipée du contrat par l'acheteur si l'inexécution future est certaine parce qu'elle est manifeste ou parce que le vendeur l'a déclaré.

Yves-Marie Laithier fait deux observations²⁷¹. D'une part, la question se pose de savoir si le régime de la résolution anticipée doit être aménagé en cas d'insolvabilité du débiteur. La survivance du contrat permettrait la poursuite de l'activité si elle est accordée dans le cadre d'une procédure collective. Néanmoins, cette problématique touche aux droits des entreprises en difficulté et son harmonisation n'est pas l'objet du DCEV. Toutefois, dans le cadre d'une éventuelle uniformisation plus large des droits privés européens, cette modification serait une connexion intéressante entre droit des contrats et procédures collectives. La seconde observation de cet auteur concerne la pertinence d'une extension à la résolution anticipée de la possibilité pour le vendeur de fournir des garanties suffisantes d'exécution. Cette option permettrait au professionnel de dissuader l'acheteur de résoudre le contrat.

Autre preuve que la logique adoptée est continentale en ce qu'elle préfère la survivance du contrat, l'article 109§3 dispose que la résolution n'exclut pas une offre de correction par le vendeur. Il semble, en effet, que seul l'acheteur puisse décider de la résolution ou de la correction. Cependant, le refus de l'offre de correction est encadrée par l'article 109§4 et n'est admis que dans trois cas : lorsque la correction prendrait du temps et créerait des inconvénients pour l'acheteur, lorsque l'acheteur a des motifs de croire que la correction n'aura pas lieu et lorsque le retard d'exécution équivaldrait à une inexécution essentielle. De surcroît, le paragraphe 5, modifié par le Parlement européen, prévoit que le délai raisonnable pour la correction par le professionnel dans un contrat *B2C* est de trente jours maximum, mais peut être considéré comme plus court. Cette faveur à l'acheteur est compensée par un droit à correction du vendeur mais limité. L'article 109§1 énonce ainsi que lorsque l'acheteur notifie la non-conformité, le vendeur peut proposer une correction si elle peut avoir lieu avant l'échéance du délai d'exécution initial. Dans ce cas, les frais de la correction sont partagés entre l'acheteur et le vendeur. Après le délai d'exécution prévu, ces frais sont supportés par le vendeur.

Le vendeur peut donc faire obstacle à la volonté de résolution de l'acheteur consommateur même après le délai d'exécution, puisque le refus de la correction est limité à certains cas. Pour compenser, cette perte de droit de l'acheteur, l'exception d'inexécution lui est accessible pendant le temps de la correction²⁷².

Un quatrième moyen d'action est proposé à l'acheteur par l'article 120. Il s'agit de la réfaction, la réduction du prix. Celle-ci intervient lorsque l'acheteur a accepté une exécution non conforme. Le prix est réduit en proportion de la différence de valeur entre l'exécution prévue et l'exécution effective.

L'article 106 régle les moyens d'action en fonction des catégories d'acheteurs

²⁷⁰ C. AMATO, op. cit.

²⁷¹ Y.-M. LAITHIER, op. cit.

²⁷² Ibid.

professionnels et d'acheteurs consommateurs. Pour l'acheteur professionnel, tous les moyens sont subordonnés au droit de correction du vendeur sauf l'exception d'exécution aux termes du deuxième paragraphe. En sus, si l'acheteur professionnel veut invoquer le défaut de conformité, il doit se soumettre à la procédure d'examen et de notification de la section 7 du chapitre 11. Du côté de l'acheteur consommateur, ses moyens d'action n'étaient jamais subordonnés au droit de correction du vendeur. Depuis la résolution parlementaire de 2014, ils le sont lorsque les biens ou le contenu numérique sont fabriqués, produits ou modifiés en fonction des exigences du consommateur ou lorsqu'ils sont clairement personnalisés. Il n'y a pas, ici, d'obligation d'examen et de notification pour invoquer le défaut de conformité. L'exonération de la priorité au droit de correction du vendeur est d'ailleurs critiquée par Cristina Amato, pour qui la solution inverse ne préjudicierait pas au consommateur et serait fidèle à la logique de sauvegarde du contrat²⁷³. Les paragraphes 4 et 5 de l'article 106 sont commandés par les principes de bonne foi et de coopération et limitent la mise en œuvre des moyens d'action. Dès lors, *a pari* de la force majeure en droit français, et par référence à l'article 88, l'exécution forcée ne peut être demandée lorsque l'inexécution était imprévisible et sans faute du débiteur. En parallèle, l'acheteur créancier est privé de ses moyens d'action si l'inexécution lui est imputable. Enfin, dans le cas d'une prestation sans contrepartie financière, comme la fourniture d'un contenu numérique par exemple, l'exécution forcée est prohibée.

Pour le vendeur professionnel, ses moyens d'action sont régulés au Chapitre 13. Ils sont cumulables si compatibles et ne font pas l'objet d'un classement hiérarchique. L'article 132 lui permet de demander l'exécution forcée. Toutefois, les obligations à la charge de l'acheteur étant limitées, l'exécution forcée aussi. Le vendeur peut quand même, à défaut de réception de la livraison, déposer le bien chez un tiers. Ce mécanisme est aussi appelé remplacement auprès d'un tiers et est régulé à l'article 132§2²⁷⁴. Ce remplacement, s'il est possible, empêche le vendeur de demander l'exécution forcée. Il s'agit d'une sorte de disposition préventive visant à éviter le dommage future. Le professionnel est donc incité à résoudre son contrat et à remplacer l'acheteur dans le cas où il est manifeste que ce dernier n'exécutera pas ses obligations. L'éventualité que l'acheteur puisse aussi opérer un remplacement du vendeur est corroborée par l'article 164 qui régule les dommages-intérêts en présence de convention de remplacement. Or, dans ces lignes, il n'est pas distingué entre vendeur et acheteur. Il s'agit là d'un élément de plus à clarifier dans la rédaction. De plus, l'article 88 est aussi applicable au vendeur et empêche l'exécution forcée dans les cas évoqués plus haut. Ensuite, l'article 133 lui accorde l'exception d'exécution, et les articles 134 et suivants la résolution du contrat.

La configuration des moyens d'action des acheteurs et des vendeurs sont finalement très proches.

En ce qui concerne les contrats de services connexes, les moyens d'action sont calqués et adaptés des remèdes pour les contrats de vente et de fourniture de contenu numérique²⁷⁵. Les moyens d'action du prestataire à l'article 157 sont les mêmes que pour le vendeur. Du côté du client, ses moyens d'action sont systématiquement subordonnés au droit de correction du prestataire. Cette prescription apparaît à l'article 155§2, que le client soit consommateur ou professionnel. Ici encore, l'exonération de la priorité du droit de correction pour l'acheteur consommateur soulève des doutes quant à sa pertinence puisque la solution inverse est retenue pour le consommateur recevant un service. Le choix entre le remplacement et réparation et le retour de l'objet vendu ne s'applique pas au service en raison de la différence

²⁷³ C. AMATO, op. cit.

²⁷⁴ Y.-M. LAITHIER, op. cit., p. 205 et 206.

²⁷⁵ L. GRYNBAUM, "Performance and remedies", p. 162 in: *Towards a European Contract Law*, dir. R. Schulze et J. Stuyck, Munich, Sellier. 2011.

de nature des prestations. Enfin, dernière différence, l'article 158 permet, pour un consommateur ou un professionnel, de refuser l'exécution du prestataire même en l'absence de motif. La justification de ce droit pour les contrats *B2B* reste obscure²⁷⁶. Sa place parmi les moyens d'action face aux inexécutions est d'ailleurs remise en cause²⁷⁷. L'exercice de cette faculté entraîne les effets d'une résolution puisque l'acheteur peut refuser l'ensemble des prestations de service sans qu'il y ait nécessairement inexécution. Dans le cas où c'est une prestation supplémentaire qui est refusée, le client a ici la faculté de modifier le contrat. L'absence d'impérativité de ces dispositions pour les contrats *B2B* amène à penser qu'elles seront évacuées contractuellement.

Enfin, il existe un dernier moyen général d'action réglé au Chapitre 16. Il est accessible à toutes les parties dans tous les contrats soumis au DCEV dès lors qu'il y a inexécution. Il s'agit des dommages-intérêts, et de leur illustration spéciale en cas de retard d'exécution. Toutes les dispositions concernant les dommages-intérêts des autres chapitres du Titre II se réfèrent au Chapitre 16. L'article 159 énonce le droit aux dommages-intérêts pour réparer les préjudices découlant d'une inexécution ou d'un retard dans l'exécution. Par rapport au droit français, trois différences sont perceptibles²⁷⁸. Premièrement, la définition du préjudice contenue à l'article 2 est plus restreinte qu'en droit français. Les dommages moraux autres que la douleur et la souffrance ne sont pas indemnisables. Ensuite, est consacrée la *mitigation* anglaise, c'est-à-dire l'obligation faite à la victime de réduire son préjudice par des mesures raisonnables aux termes de l'article 163. Le deuxième paragraphe de cet article permet à la victime de se faire rembourser les frais ayant servi à la réduction du préjudice. La troisième et dernière différence concerne les intérêts de retard prévus à l'article 166. Ces intérêts courent à partir de la date d'exigibilité du paiement et l'article 166§1 dispense le créancier de mise en demeure. Par exception, le consommateur débiteur est protégé par l'article 167§2. Dans ce cas, le créancier doit notifier le retard et les intérêts ne commencent à courir que trente jours après cette information. Cependant, il semble qu'il soit simple de contourner cette protection, puisque la notification prescrite peut être opérée avant la date d'exigibilité. Il suffirait donc de notifier trente jours avant cette date pour que les intérêts commencent à courir comme dans les autres cas. Si un préjudice est causé en plus par le retard, il est indemnisable en même temps que celui constitué par ce retard.

L'appréciation générale des dispositions sur les moyens d'action en cas d'inexécution montre une préférence pour l'exécution forcée comme dans les droits continentaux. D'un côté, le principe de la survivance du contrat s'applique dans l'ignorance du droit anglais. De l'autre, la résolution est aussi admise sous conditions. Les juristes anglais ne seront donc pas désorientés. La justification de la prévalence de l'exécution forcée, pour Cristina Amato, tiendrait au fait que le bon fonctionnement du Marché intérieur est pris en compte. Cette appréciation économique de la portée des dispositions est d'ailleurs elle-même d'origine anglo-saxonne. Effectivement, il serait décourageant pour les entreprises de voir leurs contrats internationaux anéantis pour des retards d'exécution par exemple. En parallèle, les consommateurs et les PME sont également protégés. Le compromis semble trouvé. Par ailleurs, ce parti pris semble préférer « un système d'exécution forcée adouci à une importance absolue de l'intérêt du créancier »²⁷⁹. Quant à la question de savoir si la résolution est judiciaire ou de plein droit, il apparaît que le juge n'a à trancher que sur la détermination du caractère essentiel de l'obligation, ce qui est compatible avec un contrôle *a posteriori*. Il est tout de même dommage que le texte du DCEV

²⁷⁶ C. AMATO, op. cit.

²⁷⁷ Y.-M. LAITHIER, op. cit., p. 203.

²⁷⁸ Ibid.

²⁷⁹ C. AMATO, op. cit.

ne se prononce pas clairement sur ce point et sur la formalisation de la résolution bien que, des principes de bonne foi et de coopération, puissent naître certaines obligations formelles.

Du point de vue du découpage du texte, le souci de précision des rédacteurs pour appréhender tous les contrats soumis et toutes les parties rendent le texte complexe et peu accessible. Il nous semble que les dispositions pourraient être plus condensées et les références à la bonne foi et à la coopération plus explicites²⁸⁰. Pour autant, certains auteurs comme Yves-Marie Laithier ont pu saluer l'effort de clarté des rédacteurs²⁸¹. Il ajoute que, du point de vue du droit comparé, la logique générale est celle de l'efficacité économique. Comme le modèle anglo-saxon, le DCEV tient compte du rapport entre coût de l'exécution et intérêt de la mesure de façon explicite. Ce concept n'est pas inconnu des droits continentaux. Pour le droit français, ces dispositions ont été simplifiées en unifiant les concepts de vice caché et de délivrance non conforme.

Ces intégrations et adaptations des droits nationaux influent sur l'attractivité du règlement. Si la solution est économiquement intéressante tout en étant protectrice des parties faibles, le DCEV pourra plaire.

L'auteur relève cependant quelques lacunes dans le texte²⁸². D'abord, la notion de faute n'est présente qu'à de rares occasions et aurait pu être utilisée pour juger de la gravité de l'inexécution et ainsi graduer les sanctions comme en droit français. Ensuite, si en contrat *B2B* les dispositions évoquées peuvent être aménagés conventionnellement, certains détails auraient mérité d'être éclaircis. C'est le cas, par exemple, de l'admission ou non d'une clause modifiant la détermination du caractère essentiel d'une inexécution, voire encore les limites des clauses pénales. Une autre lacune est constituée par l'absence de dispositions sur l'exécution des décisions judiciaires sanctionnant une inexécution. Pour notre part, il nous semble que les dispositions du règlement Bruxelles Ibis seront suffisantes et parfaitement compatibles au DCEV, les droits judiciaires internes des États complétant la mise en œuvre de l'exécution. Enfin, Yves-Marie Laithier soulève le problème de la faible appréhension des contrats à exécution successive. Ces cas mériteraient alors d'être expressément réglés.

Pour terminer, Luc Grynbaum²⁸³, se fondant sur le texte de l'étude de faisabilité, analysait le rôle du juge au travers des moyens d'action. Il faut préciser que cette partie du DCEV a très peu été retouchée entre la version citée et la proposition de règlement. Son constat général est qu'il y a une prédominance de la liberté contractuelle limitée par les principes de bonne foi et de coopération. Dans le cadre des remèdes à l'inexécution, le juge intervient finalement très peu. Il aura un rôle à jouer dans la détermination du caractère essentiel de l'inexécution, nous l'avons dit, mais également dans la mesure du préjudice, notamment pour le diminuer, et sur la correction du prix ou d'autres éléments essentiels du contrat. Pour le reste, le juge n'est pas cité, si bien que les modes d'anéantissement du contrat ou des obligations apparaissent comme extrajudiciaires. C'est le cas de la résolution par exemple. Cette « redistribution »²⁸⁴ des actes judiciaires marque clairement une rupture avec la

²⁸⁰ F. ZOLL, "The influence of the chosen structure of the draft for the optional instrument on the functioning of the system of remedies", p. 151s. in: *Towards a European Contract Law*, dir. R. Schulze et J. Stuyck, Munich, Sellier, 2011.

²⁸¹ Y.-M. LAITHIER, op cit.

²⁸² Ibid., p. 206s.

²⁸³ L. GRYNBAUM, op. cit.

²⁸⁴ "In conclusion, the judge's power has been redistributed. While a judge need not to intervene to decide that a contract should come to an end, he may intervene to adapt the contract in the case of a change of circumstances, to determine the price, or to decide to punish an aggrieved party which has not reduced his loss", L. GRYNBAUM, préc.

logique française qui fait de la disparition du contrat l'apanage du juge. Finalement, cette déjudiciarisation partielle des moyens d'action, en tout cas pour la résolution, bénéficierait plus aux entreprises de par la souplesse qu'elle offre pour leurs activités commerciales.

CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE

L'analyse du contenu du régime optionnel de DCEV a pu mettre en exergue les éléments permettant de déterminer son applicabilité et le degré de protection des consommateurs et des PME. Également, il a pu être vu que l'accessibilité du texte est mise à mal par certaines imprécisions et lacunes dans sa rédaction.

Quant à son applicabilité tout d'abord, l'analyse du champ d'application montre une restriction par le Parlement européen de son applicabilité matérielle initiale aux contrats de vente, contrats de fourniture de contenu numérique et leurs contrats de services connexes. En ce qui concerne son champ d'application *ratione personae* et *loci*, le DCEV nouvellement configuré peut réguler deux types de contrats. Les premiers sont les contrats évoqués à distance et transfrontières entre professionnel et consommateur, que le vendeur soit une PME ou une grande entreprise. Les seconds sont ces mêmes contrats entre professionnels. Les États membres peuvent en outre élargir ce champ d'application à des contrats exclusivement internes. Le choix pour le DCEV s'opère lui par le mécanisme d'*opt in* au travers d'une convention indépendante du contrat de vente. L'option valide entraîne l'application exclusive du régime optionnel pour la régulation du contrat, de la phase précontractuelle jusqu'à l'extinction du contrat, en passant par tous les aspects cités à l'article 11bis§1.

Ensuite, au regard des dispositions étudiées, la protection des consommateurs semble atteindre un niveau élevé et satisfaisant, bien que sa configuration diffère quelque peu de celles des États membres. La modification opérée par la résolution du 26 février 2014 du Parlement européen a même renforcé la protection des consommateurs.

La logique adoptée est celle du compromis pour permettre une compatibilité à l'ensemble des cultures juridiques européennes. L'ensemble des mécanismes de protection prennent appui sur les principes de bonne foi, de loyauté et de coopération des articles 2 et 3, d'ailleurs connus des droits nationaux européens. Le premier outil de protection des consommateurs est alors l'information précontractuelle. Celle-ci, si elle est nécessaire à la protection envisagée, peut poser des problèmes lors de sa mise en œuvre. La difficulté naît du fait que l'option pour le DCEV n'est validée qu'à la formation du contrat, le professionnel doit donc orienter son information en prévision d'une application future du régime optionnel. Le DCEV s'inscrit ainsi plus loin que dans la simple régulation des contrats de vente à distance en ce qu'il impose pour son bon fonctionnement une certaine politique commerciale à l'entreprise²⁸⁵.

Le second mécanisme de protection envisagé est celui du droit de rétractation. Cette faculté attribuée au consommateur pour compenser sa faiblesse structurelle par rapport au professionnel n'est en rien une nouveauté. De ce point de vue, le DCEV ne fait qu'intégrer l'harmonisation déjà menée par les directives successives.

Ensuite, pour le contenu du contrat, sa délimitation par les clauses abusives bénéficie

²⁸⁵ V. *supra*.

aux consommateurs et dans une certaine mesure aux PME. Les États ont d'ailleurs connu une harmonisation à cet effet si bien que ces dispositions ne changent pas fondamentalement²⁸⁶. Quant à la méthode d'interprétation qui découle de la typologie des clauses, elle joue aussi en faveur du consommateur puisqu'à certains égards elle prône une interprétation *contra preferentem*, notamment dans le cas où une clause non négociée contredit une clause négociée²⁸⁷. Enfin, si certaines dispositions sur les moyens d'action en cas d'inexécution favorisent les consommateurs, comme c'est le cas pour la résolution, leur mise en œuvre *a priori* extrajudiciaire pourrait atténuer cet effet²⁸⁸. Le DCEV comble donc en partie les lacunes exposées par Éric Savaux²⁸⁹, mais laisse certains de ces manques non comblés. Il s'agit de l'interdépendance des contrats de crédit et de l'achat par exemple dont la question sous-jacente reste sans réponse.

Pour ce qui est des PME, leur protection peut le plus souvent être évincée. Ces entreprises devront donc être attentives dans la phase de négociation, pour autant que leurs cocontractants acceptent de soumettre leurs contrats à un régime protecteur des PME. Dans le cas d'une application effective des mécanismes de protection proportionnés, elles pourront bénéficier de nombreux moyens d'action face aux inexécutions et de certaines clauses abusives.

Les degrés de protection configurées semblent donc pouvoir tenir leurs promesses, dans une moindre mesure cependant pour les PME. Pour les consommateurs, la protection est au moins aussi importante que l'harmonisation européenne et les différences avec cette dernière ne sont que peu perceptibles. Les mécanismes utilisés ne sont pas novateurs et sont connus de la plupart des législations nationales européennes. La protection des PME, quant à elle, constitue une nouveauté dont les effets ne pourront être appréciés que si les contrats *B2B* ne l'excluent pas.

Toutefois, la rédaction du DCEV laisse entrevoir une compréhension de ses dispositions assez complexe. Les lacunes et imprécisions relevées dans ce développement rendent le texte peu accessible pour les consommateurs, ce qui risque de nuire à son attractivité. Le Parlement européen, conscient de cette imperfection, a entrepris d'éclaircir certains passages trop obscurs de la proposition de règlement. Globalement, le texte en ressort plus compréhensible mais certaines imprécisions persistent. La Commission compte donc sur une confiance presque aveugle des consommateurs envers le DCEV pour qu'ils le choisissent. La théorie du label de qualité²⁹⁰ ne pourra alors être corroborée que par l'amélioration de la rédaction et/ou une communication publique importante. Pour autant, il est clair que l'esprit du texte tend à l'efficacité et la cohérence du contrat, dans la logique anglo-saxonne mais connue des autres cultures juridiques, et prône la sauvegarde du contrat, plutôt de culture continentale.

En résumé, le DCEV est donc bien un texte de compromis, d'une part, entre les différentes cultures juridiques européennes, et, d'autre part, entre le souci de l'efficacité économique et la protection des parties faibles. Le régime optionnel se veut discrètement incitatif de politiques commerciales au sein du Marché intérieur. Aussi, si la configuration du régime paraît globalement satisfaisante en ce qu'elle permet de protéger convenablement le consommateur, sa rédaction mériterait encore d'être corrigée sur certains points pour assurer son attractivité.

²⁸⁶ V. *supra*.

²⁸⁷ V. *supra*.

²⁸⁸ V. *supra*.

²⁸⁹ V. *supra*.

²⁹⁰ V. note 48.

CONCLUSION

L'étude de la proposition de règlement du 11 octobre 2011, et sa révision par la résolution parlementaire du 26 février 2014, ainsi que les avis fournis de la doctrine notamment française, ont permis d'identifier ses raisons, sa configuration et d'envisager ses conséquences.

La Commission a lancé les travaux préparatoires de l'instrument optionnel pour réagir à un constat. Les justifications avancées, étayées par quelques statistiques, tendent à prouver que la diversité des législations européennes, à travers le prisme du droit international privé, est une barrière au libre-échange. Le Marché commun pâtit donc de cette diversité. Celle-ci dissuade les professionnels d'internationaliser leurs activités commerciales, *a fortiori* pour les PME. De ce constat, fortement nuancé par les universitaires opposés au projet, la Commission a établi une liste d'objectifs dans la continuité de la construction juridique européenne, manifestée jusqu'ici par l'harmonisation *via* l'édition de directives. Les buts affichés par les rédacteurs du DCEV et justifiés par le bon fonctionnement du Marché intérieur sont la suppression de la barrière de diversité des législations, la protection des consommateurs et des PME et l'uniformisation des droits. Au-delà, un autre objectif apparaît avec évidence sans pour autant être exprimé dans la proposition. Il se déduit de l'historique de droit européen des contrats et de ses multiples tentatives d'implantation en vain. La Commission a saisi cette occasion pour changer la méthode d'édification du droit européen des contrats, face aux inconvénients de l'harmonisation. L'objectif implicite est alors la création d'un embryon de droit commun européen privé avec la vocation d'étendre son champ de régulation à long terme.

Dans ce mouvement, la doctrine a tenu et tient un rôle capital, à l'image de sa participation au développement du droit privé européen. D'une part, sa première contribution a été celle de la rédaction du DCEV par ses réactions aux travaux préparatoires, notamment en répondant au livre vert de 2008 ou en participant directement à la rédaction pour le groupe concerné. D'autre part, les universitaires ont aussi influencé cette élaboration par des analyses et critiques abondantes. Du côté de la doctrine française, les réactions ont été en grande partie nourries par une « passion du droit » exacerbée²⁹¹. Dans le cadre de ce développement, il a été rendu compte de l'impossibilité d'identifier un courant majoritaire. Tout du moins, deux courants peuvent être reconnus. D'un côté, une partie de la doctrine est véritablement favorable au projet ; ce qui n'a pas empêché ces auteurs de soulever plusieurs problèmes et de suggérer des changements. De l'autre côté, une partie de la doctrine française apparaît fondamentalement contre le DCEV et a permis la manifestation d'une certaine exigence quant aux justifications des actions de la Commission tant sur le plan juridique que factuel. Il est aussi beaucoup plus rare de rencontrer des travaux à mi-chemin entre les deux courants, ou pourrait-on dire plus objectifs, tant la projection entraînée par la proposition est importante.

Dans tous les cas, les universitaires font partie intégrante de l'élaboration du DCEV. Les institutions européennes ont véritablement pris en compte les avis de la doctrine européenne mais aussi des praticiens et des rassemblements de professionnels ou de consommateurs. Les universitaires ont pu soulever de nombreuses problématiques liées à l'érection d'un tel corps de règles. Cette affirmation est corroborée par la réaction du Parlement européen qui a lourdement amendé la proposition de la Commission pour prendre en compte les différents

²⁹¹ V. note 26.

avis recueillis. Les problèmes pointés concernent la compétence de la Commission pour agir par ce biais, la nature et la configuration de l'instrument et, dans une moindre mesure, le contenu du texte. Ainsi, par résolution du 26 février 2014, le Parlement modifiait formellement et substantiellement la proposition de règlement.

Ce sont finalement les questions de la compétence, de la légitimité et de l'opportunité, et plus spécifiquement du respect du principe de subsidiarité du texte mis en lumière par la doctrine et certaines chambres parlementaires nationales, qui ont poussé les députés européens à amender la proposition. Sur la nature de l'instrument, d'après les réponses au livre vert de 2008 et conformément à ce qu'elle prévoyait, la Commission a choisi la forme d'un règlement. De la sorte, l'instrument a une certaine force contraignante due à sa primauté et son effet direct dans les États membres. Toutefois, la proposition configure un second régime interne optionnel de DCEV. Ainsi, il est exclusif des règles de conflit de lois, des ordres publics internationaux et des lois de police. Ensuite, son caractère optionnel nuance sa force contraignante et tend à rechercher une légitimité par un choix récurrent des parties. Enfin, sa nature permet la création d'un embryon de droit commun européen des contrats.

Cette configuration, conformément à ce qu'attendait la doctrine, s'explique par une volonté de construire un droit commun européen par pans. La construction serait alors sectorielle et débiterait par les contrats de vente transfrontières, les contrats de fourniture de contenu numérique et les contrats de services qui leur sont annexes. Cependant, le Parlement a réduit le champ d'application matériel à ces contrats lorsqu'ils sont conclus à distance. La raison de cette restriction est la volonté de répondre aux critiques tendant à démontrer le non-respect du principe de subsidiarité. Pourtant, il est prévu une révision du texte cinq ans après son adoption pour l'ajuster à la réalité de son application ; et, le Parlement européen a d'ores et déjà annoncé que la révision porterait probablement sur une extension de son champ d'application matériel. Les problématiques de base juridique du DCEV ne sont donc réglées qu'à court terme. Subséquemment, pour une ampliation continue du champ de régulation du droit commun européen des contrats, la clarification des compétences de la Commission apparaît souhaitable. Néanmoins, cette opération est très compliquée puisqu'elle implique une modification des traités de l'Union européenne, ce qui suscite beaucoup de réticence.

Pour autant, le DCEV, tel qu'actuellement configuré, peut constituer une première étape pertinente pour prouver la légitimité et la faisabilité d'un droit commun privé européen et en mesurer ses conséquences. Malgré cette appréciation, une interrogation persiste. Le champ d'application du DCEV réduit aux contrats de vente à distance peut paraître redondant par rapport aux dernières manifestations de l'harmonisation du droit des contrats. En effet, le champ d'application est, à s'y méprendre, le même que celui de la directive du 25 octobre 2011. Le Parlement a pourtant assuré dans le considérant 11 que les deux textes étaient différents et que l'édification du DCEV n'entravait en rien la poursuite de l'harmonisation par ladite directive.

Du point de vue des parties, les contrats qui pourront être soumis au régime optionnel sont le fruit de l'accord de deux professionnels ou d'un professionnel et d'un consommateur. Si initialement, la commission avait limité le champ d'application aux seuls contrats *B2B* entre une PME et une grande entreprise et aux contrats *B2C* entre un consommateur et une entreprise non PME, le Parlement européen a supprimé la distinction entre PME et grande entreprise. Cette division avait également été pointée du doigt par la doctrine en tant que source d'insécurité juridique. Territorialement, un problème important subsiste : l'applicabilité du DCEV à des entreprises non européennes lorsque aux moins l'une des parties réside sur le territoire d'un État membre de l'Union.

L'analyse qui a fait l'objet des précédents développements a également permis d'établir les conditions de réussite de l'instrument. Son optionalité, plus particulièrement sous l'angle du mécanisme d'*opt in*, requiert que le texte soit attractif. La légitimité de l'instrument optionnel repose donc sur l'élection de celui-ci par les parties. C'est en quelque sorte « quitte ou double » pour la Commission, puisqu'en rendant optionnel l'instrument, pour respecter la souveraineté des États membres, il existe un risque pour que le DCEV soit en pratique inappliqué. Dans les faits, la volonté déterminante sera celle du vendeur professionnel pour les contrats B2C. Or certaines statistiques ont pu mettre en lumière l'envie d'un grand nombre d'entreprises d'utiliser le DCEV pour leurs contrats de vente. La rédaction et la configuration du régime optionnel obligent à certains égards les professionnels qui choisiront le DCEV à adapter leurs politiques commerciales. D'autre part, l'avis favorable au régime proposé de plusieurs organisations de praticiens du droit et de professionnels fait apparaître comme réaliste l'élection récurrente de ce régime par les parties.

Concernant les modalités du choix, ils reposent sur une convention autonome qui ne devient applicable qu'à la formation du contrat de vente ou de fourniture de contenu numérique. Cette convention s'accompagne d'une obligation d'information, sous la forme d'un avis-type pré-rédigé, sur le contenu du DCEV et à la charge du professionnel dans les contrats B2C. L'avantage principal que pourraient retirer les professionnels de l'utilisation du régime optionnel a trait à sa potentielle fonction de label de qualité. La proposition d'une convention d'option pour le DCEV pourrait convaincre le consommateur avisé de la fiabilité de la transaction à laquelle il s'apprête à consentir. Cette fonction est dépendante de la connaissance par les consommateurs du contenu du régime optionnel. Conscientes de cette nécessité, les institutions européennes et la doctrine prévoient la mise en place de certains moyens pour accompagner l'instrument. La communication publique soutenue, l'adaptation des enseignements universitaires et la formation des praticiens font partie de ces moyens.

Une autre condition de réussite de l'instrument de DCEV, liée à la première, est celle du degré élevé de protection des consommateurs et, dans une moindre mesure, des PME. Pour ces dernières, la protection est novatrice. Mais elle est également faible et facilement contournable par le dépeçage du contrat. Quant à la protection des consommateurs, elle se manifeste à travers des obligations à la charge du professionnel et des moyens d'action disponibles face à l'inexécution de ce professionnel. À titre de comparaison, la protection proportionnée au stade de la proposition était similaire et au moins aussi forte que celle mise en place par l'harmonisation du droit de la consommation, notamment *via* la directive de 2011. Pourtant, une partie de la doctrine française a sonné l'alarme : la protection contenue dans le DCEV était plus faible que celle du droit de la consommation français. En d'autres termes, la soumission d'un contrat de vente à distance au DCEV pouvait faire perdre certains droits au consommateur. Le Parlement a saisi la critique et s'est attelé à renforcer cette protection du consommateur, objectif de l'instrument. Toutefois, un problème peut survenir : un degré trop élevé de cette protection pourrait dissuader les professionnels de recourir au DCEV. Ces derniers pourraient alors préférer recourir à un droit national moins protecteur donc moins contraignant et moins coûteux.

D'autres conditions de réussite du régime optionnel tiennent à l'uniformité de l'instrument. Par nature, le DCEV est uniforme dans le fond. À ce titre, il a pu être vu que son contenu est compatible avec les différentes cultures juridiques européennes et notamment avec celle qui pose le plus souvent des problèmes d'adaptation : le droit anglais. Cependant, l'uniformité doit aussi se manifester au travers de l'interprétation du corps de règles. Ici, il a été souligné le rôle très important qu'aura à jouer la CJUE. Les définitions nombreuses dans le texte seront également favorables à cette interprétation uniforme et donc nécessairement

autonome. En revanche, les questions de droit posées par les cas d'espèce et périphériques au droit de la vente, seront soumises aux règles de conflit de lois, au règlement Rome I en majorité. Ce retour aux droits nationaux, voire à d'autres instruments internationaux, pourrait nuire à l'uniformité de l'application du DCEV.

Pour l'heure, personne ne peut affirmer de façon certaine si le DCEV sera une réussite, ou un échec *a pari* des projets de droit européen des contrats qui l'ont précédé. Les prochains mois pourront éclairer sur le fait de savoir s'il entrera en vigueur ou si un tout autre texte sera rédigé. Ce choix dépend à présent de la Commission. En tout cas, si les conceptions de droit privé européen du siècle passé sont maintenant lointaines, elles n'ont pas disparu. Les ambitions de l'Union européenne ont dû être restreintes à court terme, mais le DCEV, tel un cheval de Troie, a un potentiel puissant de formation d'un droit commun européen des contrats plus ample sur le long terme. Pour l'heure, il constitue déjà une alternative à l'harmonisation des droits européens dont les inconvénients commencent à être éprouvés.

En conclusion, une voie vers une nouvelle ère du droit européen des contrats, dont la contrainte est toute relative, a été ouverte par la perspective du DCEV. Cette voie de compromis fait de la doctrine et de la volonté des justiciables des moteurs de construction normative. Il reste à savoir si elle doit être empruntée. Or, pour y répondre, il peut être opportun de la mettre à l'épreuve sur un pan étroit des pratiques juridiques : les contrats de vente à distance. Et, pour en tirer les conclusions les plus claires possibles, il faudra ne pas se laisser aveugler par la « passion du droit ».

Rappelons enfin ces propos encore bienvenus de Portalis lors du discours préliminaire sur le projet de Code civil, le 1^{er} Pluviôse an IX : « Les codes de peuples se font avec le temps ; mais, à proprement parler, on ne les fait pas »²⁹².

²⁹² Discours préliminaire sur le projet de Code civil, 1^{er} Pluviôse an IX, http://ledroitcriminel.free.fr/la_sciences_criminelle/penalistes/la_loi_penale/generalites/portalis_discours_code_civil.htm, dernière consultation le 12/06/2014.

BIBLIOGRAPHIE

I. – Ouvrages spécialisés et thèses

- M. BEHAR-TOUCHAIS et M. CHAGNY (ss. dir.), *Livre vert sur le droit européen des contrats réponses du réseau Trans Europe Expert*, 2011, Paris, Société de législation comparée.
- R. CABRILLAC, *Droit européen comparé des contrats*, Systèmes droit, 2012, Paris, LGDJ, Lextenso Editions.
- J. CARBONNIER, *Droit et «passion du droit» sous la Vè République*, Champs essais, 1996, Paris, Flammarion.
- O. DESHAYES (ss. dir.), *Le livre vert « relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises » contributions du LEJEP*, collection LEJEP, 2011, Paris, Lextenso Editions.
- O. DESHAYES (ss. dir.), *Le Droit Commun Européen de la Vente, examen de la proposition de règlement du 11 octobre 2011*, collection TEE, 2012, Paris, Société de législation comparée.
- C. MOILLE (ss. dir. E. TREPPOZ), *L'influence du droit international privé sur le droit interne français*, thèse soutenue en 2012, Université Lumière Lyon 2.
- C. QUEZEL-AMBRUNAZ (ss. dir.), *Les défis de l'harmonisation européenne du droit des contrats*, Chambéry, 2012, Université de Savoie.
- R.-M. RAMPENBERG, *Repères romains pour le droit européen des contrats*, 2005, Paris, LGDJ, Lextenso Editions.
- H. SCHULTE-NOLKE, *How to realise the "Blue Button"? – Reflections on an optional instrument in the area of contract law*, *European Private Law – Current Status and Perspectives*, 2011, Munich, Sellier. European law publishers.
- R. SCHULZE et J. STUYCK (ss. dir), *On a European contract law for consumers and businesses – Future perspectives*, *Towards a European Contract Law*, 2011, Munich, Sellier. European law publisher.
- D. VOINOT et J. SENECHAL (ss. dir.), *Vers un droit européen des contrats spéciaux – Toward a european law of specific contracts*, 2012, Bruxelles, Larcier.
- G. WECKER, *Droit européen du contrat et droits du contrat en Europe : quelles perspectives pour quel équilibre ?*, Collection colloques et débats, 2008, Paris, Litec.

II. – Articles et contributions (par ordre chronologique)

- G. WICKER et J.-B. RACINE, «Projet de cadre commun de référence, principes contractuels communs, introduction» : *RDC* 2008, n° 1, p. 109-156.
- Y. LEQUETTE, Le Code européen est de retour, *RDC* 2011, n° 3, p. 1028-1044.
- M. BEHAR-TOUCHAIS, B. FAUVARQUE-COSSON et Z. JACQUEMIN, Droit Commun Européen de la Vente : l'unité sans l'uniformisation, *RDC* 2012, n° 1, p. 191.
- C. AUBERT de VINCELLES, Naissance d'un Droit Commun Européen de la Vente et des contrats, *RDC* 2012, n° 2, p. 457s.
- Y. BALENSI et F. BAUMGARTNER, Opportunité et légitimité du projet de règlement relatif à un Droit Commun Européen de la Vente, *RDC* 2012, n° 4, p. 1400s.
- G. PONGELLI, The proposal for a regulation on a common European sales law (CESL) and its gradual evolution, *Comparative Law review Vol.4*, 2013, n° 1, *Associazione Italian Diritto Comparator*.
- F. ESTEBAN DE LA ROSA et O. OLARIU, *La aplicación de la normativa común de compraventa europea (CESL) a los contratos de consumo: Nuevo desafíos para el sistema de derecho internacional privado europeo*, www.indret.com, janvier 2013.
- E. VALPUESTA GASTAMINZA, La propuesta de normativa común de compraventa europea (CESL), un paso más hacia la unificación del derecho de contratos en la Unión Europea, lastrado por la protección al consumidor, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, mars 2013, Vol. 5, n° 1, p. 199-216.
- V. LASBORDES-de VIRVILLE, Contrats à distance et hors établissement commercial dans la directive du 25 octobre 2011 : une harmonisation manquée ?, *Revue Lamy droit civil*, mars 2013, n° 102, p. 7-13.
- J.-S. BERGÉ, Premiers ouvrages consacrés à la proposition de règlement portant Droit Commun Européen de la Vente : entre contextualisation et décontextualisation, *RDC* 2013, n° 2, p. 667s.
- P. BRUN, Que faut-il entendre par Droit Commun Européen de la Vente? Remarques lapidaires en guise d'introduction, *Les Petites Affiches*, 24 décembre 2013, n° 256, p. 5 s.
- M. GOUBINAT, L'édiction des principes généraux, quel intérêt ?, *Les petites Affiches*, 24 décembre 2013, n° 256, p. 23s.
- S. GUICHERD, La proposition de règlement et le contenu numérique, *Les Petites Affiches*, 24 décembre 2013, n° 256, p. 53s.
- S. MILLEVILLE, l'interprétation des contrats dans la proposition de règlement relative au Droit Commun Européen de la Vente, *Les Petites Affiches*, 24 décembre 2013, n° 256, p. 35s.

- G. PIGNARRE et L.-F. PIGNARRE, l'inexécution essentielle et ses applications sur le sort du contrat dans la proposition de règlement, *Les Petites Affiches*, 24 décembre 2013, n° 256, p. 48s.
- D. SASSOLAS, L'obligation d'information dans la proposition de règlement relatif à un Droit Commun Européen de la Vente, *Les Petites Affiches*, 24 décembre 2013, n° 256, p. 26s.

TABLE DES MATIÈRES

SOMMAIRE	5
LISTE DES ABRÉVIATIONS	7
INTRODUCTION	8
PREMIÈRE PARTIE DE L'OPPORTUNITÉ D'ADOPTER UN DROIT COMMUN EUROPÉEN DE LA VENTE : ENTRE OUTIL DU MARCHÉ INTÉRIEUR ET SYMBOLE EUROPÉEN	15
CHAPITRE 1 – L'ÉDIFICATION D'UN DROIT COMMUN EUROPÉEN DE LA VENTE AU SERVICE DU MARCHÉ INTÉRIEUR	15
SECTION 1 – LA NÉCESSITÉ DE RÉGULER LES CONTRATS DE VENTE TRANSFRONTIÈRES.....	15
§ 1 – Le constat de base critiqué.....	15
§ 2 – Les objectifs visés par l'instrument	18
SECTION 2 – LES CONDITIONS DE RÉUSSITE DU DROIT COMMUN EUROPÉEN DE LA VENTE.....	21
§ 1 – Le besoin d'attractivité de l'instrument	21
§ 2 – L'effectivité et le réalisme des protections	23
CHAPITRE 2 – LE CHANGEMENT DE POLITIQUES EUROPÉENNES PAR LA NATURE NOVATRICE DU DROIT COMMUN EUROPÉEN DE LA VENTE	27
SECTION 1 – LES CARACTÈRES ORIGINAUX DE L'INSTRUMENT.....	27
§ 1 – Un second régime interne optionnel.....	27
§ 2 – Un instrument européen autonome	32
SECTION 2 – LA CRÉATION D'UN EMBRYON DE DROIT COMMUN EUROPÉEN.....	35
§ 1 – Discussion sur la compétence de la Commission	35
§ 2 – Une perspective d'avenir vers une nouvelle ère du droit européen des contrats.....	38
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE	43
DEUXIÈME PARTIE DU RÉGIME PROPOSÉ DE DROIT COMMUN EUROPÉEN DE LA VENTE : ENTRE PROTECTION ET UNIFORMISATION.....	45
CHAPITRE 1 – LES MODALITÉS DU CHOIX	45
SECTION 1 – LES CONDITIONS D'OUVERTURE DE L'OPTION	45
§ 1 – Le champ d'application ratione materiae de l'instrument.....	46
§ 2 – Les champs d'applications ratione personae et ratione loci de l'instrument	50
SECTION 2 – LA LEVÉE DE L'OPTION	53
§ 1 – La convention d'option.....	53
§ 2 – Les effets de l'option	55
CHAPITRE 2 – ILLUSTRATIONS DES POLITIQUES EUROPÉENNES DANS LE RÉGIME.....	57
SECTION 1 – LES EXEMPLES DANS LA FORMATION DU CONTRAT	57
§ 1 – La protection du consommateur par l'information précontractuelle.....	57
§ 2 – La protection du consommateur par la rétractation.....	61
SECTION 2 – LES EXEMPLES DANS LE CONTENU ET L'EXÉCUTION DU CONTRAT.....	63
§ 1 – La typologie des clauses et l'interprétation du contrat.....	63
§ 2 – Les moyens d'action en cas d'inexécution	71
CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE	79
CONCLUSION	81
BIBLIOGRAPHIE.....	85

I. – Ouvrages spécialisés et thèses	85
II. – Articles et contributions (par ordre chronologique)	86
TABLE DES MATIÈRES	88

Directrice de publication : Frédérique Ferrand, Professeure des universités, Agrégée de droit privé, Directrice de l'Équipe de Droit International, Européen et Comparé

Responsable d'édition : Véronique Gervasoni, Responsable administrative de l'EDIEC

Université Jean Moulin Lyon 3 – Faculté de Droit

Équipe de droit international, européen et comparé – EDIEC, EA n° 4185

15 quai Claude Bernard, BP 0638, 69239 Lyon Cedex 02

BP 0638 – 69239 Lyon Cedex 02 – **Tél.** : ++ 00 / 33 478 787 251 – **Fax** : ++ 00 / 33 478 787 466

Courriel : ediec@univ-lyon3.fr – **Web** : <http://ediec.univ-lyon3.fr>

