

## II. La proposition de Règlement optionnel relatif à un droit commun européen de la vente : présentation générale

### II.1. Contexte

**4. Communication de 2001 et Livre Vert de 2003** – La proposition de Règlement constitue l’aboutissement du long processus entamé au début des années 2000 dans le domaine du droit européen des contrats.

En effet, suite à sa communication de 2001 sur « le Droit européen des contrats »<sup>9</sup>, la Commission européenne avait ouvert une consultation publique sur la manière dont les problèmes résultant des divergences entre les droits nationaux des contrats dans l’Union européenne devraient être traités à l’échelon européen. Sur la base des réponses reçues, la Commission avait publié, en 2003, un programme d’action en matière de droit des contrats<sup>10</sup>.

Le plan d’action suggérait notamment d’accroître la cohérence de l’acquis communautaire dans le domaine du droit des contrats, de promouvoir l’élaboration de clauses contractuelles standards sur une base communautaire, et d’examiner plus avant si les problèmes que pose le droit européen des contrats sont susceptibles de requérir des solutions qui ne soient pas spécifiquement sectorielles, telles qu’un « instrument optionnel » dans le domaine du droit des contrats. Afin d’améliorer la qualité et la cohérence du droit européen des contrats, la Commission suggérait d’établir un « Cadre Commun de Référence » (CCR), contenant des principes, une terminologie et des règles communs qui seraient appliqués par le législateur de l’Union lors de l’adoption ou de la modification de textes législatifs<sup>11</sup>.

---

9. Commission, *Communication du 11 juillet 2001 concernant le droit européen des contrats* (J.O. C. 255/1 du 13 septembre 2001). Cette Communication répondait à un appel lancé en ce sens en 1989 par le Parlement européen (Résolution A2-157/89, J.O. C 158/400 du 26 juin 1989).

10. Commission, *Communication au Conseil et au Parlement européen : Un droit européen des contrats plus cohérent. Un plan d’action* (J.O., C. 63/1 du 15 mars 2003).

11. La Commission suggérait aussi de revoir l’acquis de l’Union en matière de droit des contrats de consommation, afin d’en supprimer les incohérences et de combler les vides juridiques. Cette révision a abouti à l’adoption de la directive 2011/83 du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs (J.O., L 011/304 du 22 novembre 2011).

**5. Le projet « académique » de Cadre Commun de Référence et le Livre vert de 2010** – Parallèlement aux initiatives des institutions européennes, plusieurs groupes de chercheurs ont mené des projets de recherche sur le droit européen des contrats. Ces travaux ont notamment mené à la publication, en 2008, d'un projet académique de Cadre Commun de Référence (*Draft Common Frame of Reference* ou *DCFR*) comprenant des principes, des définitions et des règles types de droit civil, notamment en matière de droit des contrats (principes généraux, contrats spéciaux et droit de la consommation) et de la responsabilité délictuelle<sup>12</sup>. Sur le plan formel, ce projet académique se présentait comme une énumération ordonnée de principes européens du droit des contrats et de la responsabilité, accompagnés de commentaires comparatifs des droits des États membres et d'une motivation de la solution retenue au plan européen.

À la suite de la publication du DCFR, la Commission a constitué un groupe d'experts « [...] chargé d'étudier la faisabilité d'un instrument de droit européen des contrats, facile à consulter, pouvant bénéficier aux consommateurs et aux entreprises tout en leur apportant la sécurité juridique escomptée »<sup>13</sup>. Elle a, dans la foulée, publié le 1<sup>er</sup> juillet 2010 un Livre vert<sup>14</sup>, dans lequel sept options étaient imaginées pour consolider le marché intérieur en accomplissant des progrès dans le domaine du droit européen des contrats : (1) la seule

12. C. VON BAR, E. CLIVE et H. SCHULTE-NÖLKE (éd.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich, Sellier, 2009. Ce Cadre Commun de Référence est inspiré de plusieurs projets de recherche antérieurs en droit des contrats. En particulier, il s'appuie sur les *Principes du droit européen des contrats* (PDEC), publiés dès 2000 par un groupe de chercheurs sous la direction de O. LANDO (O. LANDO et H. BEALE (éd.), *Principles of European Contract Law. Parts I and II*, 2<sup>e</sup> éd., La Haye, Kluwer Law International, 2000 ; O. LANDO, E. CLIVE, A. PRÜM et R. ZIMMERMANN, *Principles of European Contract Law. Part III*, La Haye, Kluwer Law International, 2003). Certains principes du Cadre Commun de Référence ont également été inspirés des principes et règles types préparés par l'Association Henri Capitant et la Société de législation comparée (Association Henri Capitant, Société de législation comparée, *Terminologie contractuelle commune*, Coll. Droit privé comparé et européen, vol. 6, Paris, Société de législation comparée, 2008 ; Association Henri Capitant, Société de législation comparée, *Principes contractuels communs*, Coll. Droit privé comparé et européen, vol. 7, Paris, Société de législation comparée, 2008). Les rédacteurs du Cadre Commun de Référence ont aussi bénéficié des travaux du « Groupe sur l'Acquis communautaire » (ou « *Acquis Group* »), qui avait publié en 2007 une analyse comparative sur la manière dont huit directives européennes relatives à la protection du consommateur en droit des contrats étaient appliquées dans les États membres (Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group), *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles). Contract I (Precontractual Obligations, Conclusion of the Contract, Unfair Terms)*, Munich, Sellier, 2007).

13. Livre vert du 1<sup>er</sup> juillet 2010, p. 4. Voy. également la Communication de la Commission européenne du 19 mai 2010 : « Une stratégie numérique pour l'Europe » (COM (2010) 245). Le groupe réunissait un ensemble d'experts représentant les différentes traditions juridiques de l'Union et les intérêts des parties concernées. Ses membres ont été choisis parmi les spécialistes reconnus du droit civil, notamment du droit des contrats.

14. Commission européenne, Livre Vert relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises, COM (2010) 348/1.

publication des résultats du groupe d'experts chargé par la Commission d'étudier la faisabilité d'un instrument de droit européen des contrats ; (2) une boîte à outils « officielle » à l'intention du législateur européen ; (3) une recommandation adressée par la Commission aux États membres ; (4) un règlement instituant un instrument facultatif de droit européen des contrats ; (5) une directive relative au droit européen des contrats (harmonisation *a minima*) ; (6) un règlement obligatoire de droit européen des contrats ; et (7) un code civil européen.

**6. L'Étude de faisabilité du 3 mai 2011** – Le groupe d'experts a publié les résultats de ses travaux le 3 mai 2011. Ceux-ci prenaient la forme d'une « Étude de faisabilité » (« *Feasibility Study* »)<sup>15</sup> qui s'analysait en réalité comme un véritable avant-projet d'instrument optionnel (option 4 du Livre vert du 1<sup>er</sup> juillet 2010 précité)<sup>16</sup>. En effet, bien que cette Étude de faisabilité n'ait pas pris pas clairement position quant à la méthode d'harmonisation préconisée, la faveur de plusieurs institutions européennes envers l'option 4 s'était déjà manifestée à plusieurs reprises. Ainsi, dans un avis rendu le 19 janvier 2011, le Comité économique et social européen recommandait de retenir une « option mixte » sous la forme : « (i) d'une "boîte à outils" ayant vocation à être un cadre commun de référence, proposé aux parties à l'élaboration de contrats transnationaux, allant de pair avec (ii) un régime réglementaire optionnel qui établisse les bases plus favorables pour les parties, au moyen d'un "nouveau régime optionnel avancé" auquel elles peuvent avoir recours dans le cadre de relations contractuelles transnationales en lieu et place des dispositions nationales, pour autant que soit la "boîte à outils" soit le règlement soient disponibles dans toutes les langues officielles de l'UE et garantissent aux citoyens et aux entreprises la sécurité juridique sur la base des formules de protection les plus avancées »<sup>17</sup>.

Ensuite, dans un exposé donné le 3 juin 2011, la Vice-Présidente de la Commission européenne, V. Reding, en charge de la justice, avait manifesté son intention de présenter dès l'automne 2011 au Parlement européen un projet de règlement européen contenant un instrument optionnel en droit des contrats<sup>18</sup>. Enfin, la Commission européenne avait d'ores et déjà reçu un large soutien du Parlement européen, qui, à une confortable majorité, s'était

15. Commission européenne, *Feasibility Study for a Future Instrument in European Contract Law* ([http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility-study\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility-study_en.pdf)).

16. Cette Étude de faisabilité s'accompagne d'une note explicative et de plusieurs questions posées par la Commission européenne sur le contenu de celle-ci.

17. Comité économique et social, *Avis sur le Livre vert de la Commission relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises*, 19 janvier 2011, n° INT/524-CESE 60-2011.

18. Voy. V. REDING, « The Next Steps Towards a European Contract Law for Businesses and Consumers », Speech/11/411, *Key-note speech given by Commissioner Reding at the Conference 'Towards a European Contract Law'*, Louvain, 3 juin 2011, p. 9 (l'exposé est disponible

prononcé le 8 juin 2011 en faveur du principe d'un instrument optionnel en droit européen des contrats<sup>19</sup>.

**7. La proposition de Règlement du 11 octobre 2011** – La proposition de Règlement du 11 octobre 2011 consacre le choix de l'instrument optionnel et, quant au contenu, reprend pour l'essentiel le texte élaboré par les experts dans leur Étude de faisabilité du 3 mai 2011.

Depuis la date de sa publication, la proposition de Règlement est étudiée par les organes de l'Union européenne.

Lors de sa réunion des 7 et 8 juin 2012<sup>20</sup>, le Conseil européen a approuvé le principe de l'examen de l'annexe à la proposition de Règlement (qui renferme le corps de règles relatives au DCEV), et ce nonobstant les divergences de vue subsistant quant à la question de la base juridique retenue pour justifier l'élaboration et l'adoption de cette proposition<sup>21</sup>. Le Parlement européen a également entrepris l'étude de la proposition.

En date du 18 février 2013, un projet de rapport a ainsi été déposé par la Commission des affaires juridiques du Parlement, contenant différentes suggestions d'amendements au texte initial de la proposition de Règlement et de son annexe<sup>22</sup>. La principale d'entre elles vise à restreindre de manière considérable le champ d'application du projet d'instrument optionnel : dans

---

sur le site europa.eu (<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/11/411&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>).

19. Parlement européen, *Résolution relative aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises*, Ref. INI/2011/2013. Le Parlement : « [...] (6) estime que seule l'utilisation de la forme juridique du règlement peut garantir la clarté et la sécurité juridique nécessaire ; (7) souligne que, de par son application directe, un règlement mettant en place un instrument facultatif de droit européen des contrats améliorerait le fonctionnement du marché intérieur tout en présentant des avantages pour les entreprises (réduction des coûts, le recours à des règles de conflit de lois n'étant plus nécessaire), pour les consommateurs (sécurité juridique, confiance, degré élevé de protection des consommateurs) et pour les systèmes judiciaires des États membres (il ne serait plus nécessaire d'étudier le droit des autres pays) [...] ».

20. Conseil de l'Union européenne (Justice et Affaires intérieures), Réunion du Conseil des 7 et 8 juin 2012, Communiqué de Presse (n° 10760/12 – PR CO 34), p. 20.

21. La Commission justifie l'adoption de la proposition de Règlement sur la base de l'article 114 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE), qui prévoit la compétence de l'Union européenne pour arrêter « les mesures relatives au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur ». Le choix de ce fondement a donné lieu à différentes critiques. Voy. entre autres à ce sujet D. STAUDENMAYER, « The Common European Sales Law. Why do we Need it and how should it be Designed ? », in G. ALPA, G. CONTE, U. PERFETTI et F. GRAF VON WESTPHALEN (éd.), *The Proposed Common European Sales Law. The Lawyers' View*, Munich, Sellier, 2013, pp. 21-23.

22. Parlement européen, Commission des Affaires Juridiques, *Draft Report on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law*, 18 février 2013, Doc. N° 2011/0284(COD).

sa dernière version, le DCEV ne serait plus susceptible de s'appliquer qu'aux seuls contrats de vente conclus à distance, y compris les contrats *on line*.

Cette limitation du champ d'application s'explique par le scepticisme que d'aucuns affichent lorsqu'on évoque l'harmonisation du droit des contrats en Europe. Il suffit d'examiner les réponses fournies à la consultation lancée par la Commission européenne dans son Livre Vert du 1<sup>er</sup> juillet 2010 pour s'en convaincre : l'idée d'un instrument européen – même optionnel – en droit des contrats, fût-il même limité au seul contrat de vente, reste loin de recevoir l'assentiment de tous. L'audace semble donc céder le pas au réalisme, comme l'évoque la justification de l'amendement à l'article 5 de la proposition de Règlement : « *The amendment proposes to offer CESL for distance contracts only. The term "distance contracts" has been proposed as it is already used in the acquis. The main area targeted is the rapidly growing internet sales sector, where the idea of an optional instrument met robust support, even from circles more reluctant towards a broader use of such instrument. The draft report seeks to open up debate on this. It deliberately does not provide for a full adaptation of CESL to distance trade. This would require further work and analysis, the results of which could be fed into the ongoing legislative process* ».

Face aux incertitudes quant au contenu – pour ne pas dire quant à l'avenir – de la proposition de Règlement, la présente contribution se limitera à l'examen de la proposition (et du DCEV) telle qu'elle a été initialement publiée par la Commission européenne le 11 octobre 2011.

## II.2. Objectifs poursuivis par la proposition de Règlement

### II.2.1. Présentation des principaux objectifs

**8. L'argument du « *Transaction Costs* »** – Selon le préambule de la proposition de Règlement, la difficulté de trouver les textes d'un droit des contrats étranger constituerait, avec les réglementations fiscales, les exigences administratives, les difficultés de livraison et les aspects linguistiques et culturels, l'une des principales entraves aux transactions transfrontalières, tant entre professionnels et consommateurs qu'entre professionnels<sup>23</sup> ; « [...] il en résulte également des désavantages pour les consommateurs, puisque l'offre de biens est ainsi limitée. On peut en conclure que les divergences entre les droits nationaux des contrats découragent consommateurs et professionnels d'exercer des libertés fondamentales, telles que la libre fourniture de biens et de services, et constituent un obstacle au fonctionnement et au développement ininterrompu du marché intérieur. Elles ont également pour effet de

23. Voy. également en ce sens D. STAUDENMAYER, *op. cit.*, pp. 18-19.

limiter la concurrence, particulièrement sur les marchés des plus petits États membres »<sup>24</sup>.

L'argument, souvent identifié sous le vocable de « *Transaction Costs Agreement* », est bien connu : l'harmonisation du droit privé, par l'élimination des différences entre les législations nationales et la création d'un corps commun de règles juridiques, facilite, à l'image de la *lex mercatoria*, le commerce entre les États membres.

Plus particulièrement, la diversité des règles légales à travers l'Europe engendre des coûts pour l'ensemble des acteurs économiques, mais également une perte de temps indéniable pour ceux-ci<sup>25</sup>. Cet argument se décline, comme l'explique notamment G. Wagner<sup>26</sup>, en plusieurs branches : la diversité des règles juridiques, par les coûts qu'elle engendre (connaissance des normes légales, multiplicité des contrats, longueur des procédures judiciaires devant répondre, sur le fond, à des règles de droit différentes...) constitue d'abord une sorte de « taxe sur le commerce transfrontalier », quelle que soit la taille de l'entreprise considérée ; ensuite, de cette diversité résulte, spécialement pour les petites et moyennes entreprises, un frein à l'exportation et à l'investissement au-delà des frontières nationales (les multinationales intégrant plus facilement les *transaction costs*, notamment par la création de filiales dans les différents États membres).

**9. Le frein aux achats transfrontaliers des consommateurs** – L'on suppose que les consommateurs seront plus enclins à effectuer des achats transfrontaliers dans la mesure où l'on peut leur garantir une protection similaire à celle dont ils peuvent bénéficier sur le plan national.

Selon l'exposé des motifs de la proposition, « alors que les achats transfrontaliers pourraient procurer des avantages économiques substantiels sous forme d'offres plus étoffées et de meilleure qualité, les consommateurs européens, dans leur majorité, n'effectuent leurs achats que dans le pays où ils résident. L'une des raisons majeures de cet état de fait est que les différences entre législations nationales amènent souvent les consommateurs à s'interroger sur les droits qui sont les leurs dans les situations transfrontalières. Par exemple, l'une de leurs principales préoccupations est de connaître les voies

24. Considérant n° 1 de la proposition de Règlement.

25. Voy. sur ce dernier point H. KÖTZ, « A Common Private Law for Europe : Perspectives for the Reform of European Legal Education », in B. DE WITTE et C. FORDER (éd.), *The Common Law of Europe and the Future of Legal Education*, Deventer, Kluwer, 1992, p. 38.

26. G. WAGNER, « The Virtues of Diversity in European Private Law », in J. SMITS (éd.), *The Need for a European Contract Law. Empirical and Legal Perspectives*, Groningen, Europa Law Publ., 2005, pp. 16-19. Voy. également à ce sujet H. COLLINS, « Introduction : The Research Agenda of Implicit Dimensions of Contracts », in D. CAMPBELL, H. COLLINS et J. WIGHTMAN (éd.), *Implicit Dimensions of Contract : Discrete, Relational and Network Contracts*, Oxford, Hart Publishing, 2003, p. 5.

de recours dont ils disposent lorsqu'un produit acheté dans un autre État membre n'est pas en conformité avec le contrat. Nombre de consommateurs sont, par conséquent, dissuadés d'acheter des produits et des services hors de leur marché national. Ils manquent ainsi des occasions qui se présentent sur le marché intérieur, puisque l'on peut souvent trouver de meilleures offres quant à la qualité et au prix dans un autre État membre »<sup>27</sup>.

La différence entre les droits des contrats des États membres freinerait donc les consommateurs dans leurs achats transfrontières.

**10. Le frein au libre jeu de la concurrence** – L'engouement des consommateurs pour des achats transfrontières accroît la concurrence entre les entreprises. *A contrario*, « moins il y a d'échanges transfrontières, moins il y a d'importations, et moins il y a de concurrence »<sup>28</sup>. Partant, la proposition de Règlement écarterait également un obstacle – certes indirect – à la saine concurrence et contribuerait donc à l'achèvement du marché intérieur. En particulier, selon la Commission, « dans les petits États membres où il existe peu de concurrence au niveau national, la décision des professionnels étrangers de ne pas conquérir ces marchés pour des raisons de coûts et de complexité juridique risque tout particulièrement de limiter la concurrence et d'avoir ainsi un effet non négligeable sur le choix de produits disponibles et sur leurs prix. Les obstacles au commerce transfrontière risquent, en outre, de nuire à la concurrence entre PME et grandes entreprises. En effet, vu l'impact considérable des coûts de transaction par rapport au chiffre d'affaires, une PME est bien plus susceptible de renoncer à pénétrer un marché étranger qu'un concurrent plus puissant ».

Bref, les obstacles au commerce intra-communautaire pourraient, selon la Commission, être sensiblement réduits si les relations contractuelles pouvaient s'appuyer sur un corps de règles uniforme.

## II.2.2. Adéquation de la proposition de Règlement aux objectifs poursuivis ?

**11. La nécessaire connaissance d'un second régime en droit de la vente** – Les objectifs affichés par la Commission ne semblent toutefois pas complètement rencontrés par la proposition de Règlement.

En effet, loin de se substituer aux droits nationaux applicables au contrat de vente, la proposition de Règlement vise à créer, au sein de chaque système juridique national, un second régime de droit contractuel pour les contrats relevant de son champ d'application. Ce second régime, identique sur tout

27. Exposé des motifs de la proposition de Règlement, p. 4. Voy. également en ce sens D. STAUDENMAYER, *op. cit.*, pp. 19-20.

28. Préambule, point 4.

le territoire de l'Union européenne, coexisterait par conséquent avec l'actuel droit national des contrats. Par rapport à l'imposition d'un règlement remplaçant de manière obligatoire les législations des États membres, l'institution d'un tel instrument facultatif apparaît donc psychologiquement comme un instrument législatif « *soft* » qui semble laisser en l'état les droits nationaux tout en les accompagnant d'une alternative facultative mais néanmoins attrayante. Elle pourrait donc, de ce point de vue, plus aisément recueillir les adhésions nécessaires des États membres, en évitant de les effaroucher.

Le recours à un tel instrument optionnel n'est-il pourtant pas, contrairement à l'objectif affiché par ses auteurs, de nature à augmenter le niveau attendu des connaissances en droit des contrats par les acteurs du droit ?

En effet, à la différence de la solution consistant à élaborer un corps unique de règles imposé à tous, tous les acteurs du droit seraient obligés, dans chaque État membre, de connaître non pas un seul corps de règles mais deux, de façon à pouvoir opter en connaissance de cause. Si la situation engendrée par ce système n'est guère différente de la situation actuelle, dans laquelle les parties se trouvent régulièrement confrontées à l'application du droit d'un État membre étranger à l'une d'elles, le choix de recourir à la technique de l'instrument optionnel nous paraît constituer une occasion manquée de franchir une réelle étape majeure dans l'harmonisation du droit européen de contrats, ou, au minimum, du droit européen de la vente.

**12. Les incertitudes quant au champ d'application. À propos de la qualité des cocontractants et du caractère transfrontière du contrat** – En application de l'article 7(1) de la proposition de Règlement, le DCEV ne pourra être appliqué que si le vendeur du bien est un professionnel. Lorsque toutes les parties contractantes sont des professionnels, le DCEV ne peut être appliqué que si au moins l'une d'elles est une petite ou moyenne entreprise (« PME »)<sup>29</sup>. De même sera-t-il exigé que la convention présente un caractère transfrontière, ce qui suppose notamment, selon l'article 4(4), de déterminer préalablement la « résidence habituelle » des parties. En d'autres termes, outre la nécessaire connaissance de deux corps de règles, consommateurs et professionnels seront confrontés à l'incertitude liée tant à l'identification de leur partenaire contractuel – lorsqu'il est un professionnel – qu'à celle du lieu

29. Au sens de la proposition de Règlement, une PME est un professionnel (a) qui emploie moins de 250 personnes, et (b) dont le chiffre d'affaires annuel ne dépasse pas 50 millions d'euros ou dont le bilan total annuel n'excède pas 43 millions d'euros, ou, pour une PME qui a sa résidence habituelle dans un État membre dont la monnaie n'est pas l'euro ou dans un pays tiers, le montant équivalent dans la monnaie de cet État membre ou pays tiers (article 7(2)). (voy. Z. JACQUEMIN, « Le champ d'application et la structure du droit commun européen de la vente », in O. DESHAYES (dir.), *Le droit commun européen de la vente. Examen de la proposition de Règlement du 11 octobre 2011*, coll. Trans Europe Experts, vol. 6, Paris, éd. Société de Législation Comparée, 2012, p. 75).



de sa résidence ; la détermination préalable de ces éléments conditionne le choix des parties d'opter pour le droit uniforme.

Ainsi, même lorsqu'un vendeur professionnel souhaite voir ses contrats régis par le droit européen de la vente, encore ce dernier ne pourra-t-il s'appliquer (même de l'accord du cocontractant) pour la totalité de ses transactions commerciales futures au sein de l'Union européenne : ses transactions internes, ainsi que celles « B2B » conclues avec d'autres professionnels ne répondant pas aux critères des « PME », demeureront régies par un droit national (sauf à ce que l'État dans lequel ce vendeur a sa résidence habituelle ait (conformément à l'article 13(a) de la proposition de Règlement) choisi de rendre le droit européen de la vente applicable aux transactions internes, et/ou de le rendre également applicable aux professionnels qui ne sont pas des PME (article 13(b))<sup>30</sup>. La critique doit néanmoins être relativisée : il semble en effet que 99 % des entreprises européennes entrent dans cette définition de « PME » ; « l'Instrument optionnel est ainsi applicable, dans tous les cas, aux ventes aux consommateurs et pour la quasi-totalité des entreprises également à toutes les ventes et à tous les achats avec d'autres professionnels. 1 % d'entre elles devra vérifier, avant d'opter pour le DCEV, que son partenaire est un consommateur ou une PME »<sup>31</sup>.

**13. La nécessité de l'accord de chaque partenaire individuellement –** Comme l'expliquent M. Dechamps et M. Fallon, « [...] il est douteux que le système optionnel suffise à permettre à l'entreprise européenne de soumettre l'ensemble de ses contrats de vente à un régime unique »<sup>32</sup>. En effet, même si l'entreprise cherche à soumettre au droit européen de la vente l'ensemble de ses contrats, elle devra pour ce faire s'assurer (i) que le contrat comporte une clause de droit applicable renvoyant au droit d'un État membre et (ii) que l'acquéreur accepte d'opter pour le règlement optionnel. À la différence du système établi par la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises<sup>33</sup>, le seul renvoi au droit d'un État membre de l'Union européenne ne suffira pas, nonobstant le caractère transfrontière du contrat, à rendre le DCEV applicable à ce dernier : la proposition de Règlement exige

30. Voy. en ce sens M. PIERS et C. VANLEENHOVE, « Gemeenschappelijk Europees kooprecht », *N.j.W.*, 2012, p. 6. L'article 13 énonce en effet : « Un État membre peut permettre d'appliquer le DCEV à un contrat : a) lorsque la résidence habituelle des professionnels ou, dans le cas d'un contrat entre un professionnel et un consommateur, la résidence habituelle du professionnel, l'adresse indiquée par le consommateur, l'adresse de livraison du bien et l'adresse de facturation sont situées dans cet État membre ; et/ou b) toutes les parties sont des professionnels mais aucune d'elles n'est une PME au sens de l'article 7, paragraphe 2 ».

31. Z. JACQUEMIN, *op. cit.*, p. 75.

32. M. DECHAMPS et M. FALLON, « Analyse d'impact de la proposition de Règlement relative au droit commun européen de la vente sur le droit applicable au contrat de consommation », *Rev. eur. dr. cons.*, 2012, p. 423.

33. Voy. M. PIERS et C. VANLEENHOVE, *op. cit.*, p. 10.

en effet un accord des parties (système dit de « l'opt in ») aux fins de rendre le DCEV applicable à leur contrat.

En outre, l'entreprise comptant faire l'économie de l'étude des droits nationaux en proposant à ses partenaires situés dans chacun des États membres de rendre applicable le Règlement optionnel à ceux-ci, dépendra systématiquement de la bonne volonté de chacun desdits partenaires pris individuellement, puisque, selon l'article 8 de la proposition de Règlement, l'application de celui-ci dépend de l'accord de ceux-ci ; un seul viendrait à refuser que la situation initiale de l'entreprise ne se trouvera pas améliorée.

**14. Le leurre de la règle d'interprétation autonome** – Il serait par ailleurs illusoire de penser que les « coûts de transactions » disparaîtront du jour au lendemain par l'effet de l'adoption d'un tel règlement optionnel. L'interprétation du droit uniforme optionnel reposera en effet, en premier lieu, sur les juges nationaux lesquels, à défaut de référentiel uniforme, auront une tendance légitime à interpréter le droit uniforme en recourant aux solutions liées aux dispositions nationales similaires.

Certes, le DCEV comporte, aux articles 58 à 65, les principes applicables en matière d'interprétation des conventions qu'il serait amené à gouverner. Certes, également, l'article 4 de la proposition de Règlement énonce une règle d'interprétation autonome : « le DCEV doit être interprété de façon autonome, conformément à ses objectifs et aux principes sous-jacents à celui-ci »<sup>34</sup>.

Ce principe de l'interprétation autonome présente toutefois des limites. Ainsi, puisque, dans une relation entre professionnels, les parties peuvent choisir de dépecer le DCEV et de ne rendre applicables à leur convention que certaines des dispositions de celui-ci<sup>35</sup>, la règle d'interprétation autonome perd en efficacité, spécialement lorsque les dispositions retenues par les parties se réduisent à une portion congrue du DCEV dans son ensemble. De surcroît, certaines matières importantes sont laissées en dehors du champ d'application du DCEV<sup>36</sup> ; l'ambition d'une interprétation autonome se trouve

34. Sur cette disposition, voy. entre autres M. HEIDEMANN, « European Private Law at the Crossroads : The Proposed European Sales Law », *E.R.P.L.*, 2012, pp. 1128-1130 ; J. SÉNÉCHAL, « Le contenu des contrats », in O. DESHAYES (dir.), *Le droit commun européen de la vente. Examen de la proposition de Règlement du 11 octobre 2011*, coll. Trans Europe Experts, vol. 6, Paris, éd. Société de Législation Comparée, 2012, pp. 158-163. Voy. également l'article 7, alinéa 1<sup>er</sup> de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises : « Pour l'interprétation de la présente Convention, il sera tenu compte de son caractère international et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application ainsi que d'assurer le respect de la bonne foi dans le commerce international ».

35. Voy. *infra*, n° 17.

36. Voy. *infra*, n° 25.

donc modérée : nombre de questions exigeront toujours de recourir au droit national<sup>37</sup>.

De surcroît, même pour les matières visées par le DCEV, l'expérience a démontré que, malgré les références à un droit unifié, le juge a régulièrement tendance à appliquer les règles similaires telles qu'elles sont établies et interprétées dans son propre droit national. Le risque est d'autant plus élevé pour les notions relativement larges telles que « bonne foi », « loyauté », « caractère raisonnable », inexécution « essentielle » ou encore déséquilibre contractuel « significatif » : « *one may doubt whether rules of that sort are capable of being applied in practice. It is, in any event, almost certain that judges from different jurisdictions will give different meanings to rules of that sort. Legal « harmonisation » achieved by such a text will, at best, remain superficial and be unable to reduce the differences in policy issues that exist today in national contract laws* »<sup>38</sup>. Cet effet « d'hallucination »<sup>39</sup> empêche de transposer aisément dans un État membre l'interprétation d'une norme faite dans un autre État membre.

L'article 14 de la proposition prévoit toutefois que « les États membres veillent à ce que les décisions définitives de leurs juridictions appliquant les dispositions du présent règlement soient communiquées sans retard excessif à la Commission », et que « la Commission européenne met en place un dispositif permettant de consulter des informations sur les décisions judiciaires visées au paragraphe 1 ainsi que sur la jurisprudence en la matière de la Cour de justice de l'Union européenne. Ce dispositif est accessible au public ». Sur le long terme, pareille mesure pourrait être de nature à contribuer à l'uniformité dans l'interprétation de la proposition de Règlement optionnel. À court terme, l'adoption du DCEV risque toutefois d'accroître sensiblement la charge de travail de la Cour de Justice de l'Union européenne. Afin de permettre à celle-ci d'assumer pleinement et efficacement son rôle d'interprète du droit privé européen, des changements structurels ou procéduraux dans le fonctionnement de la Cour s'avèreront sans doute nécessaires<sup>40</sup>.

**15. Le retour au droit national pour les questions exclues du champ d'application** – La délimitation du champ d'application est précisée ci-après. Même si, par comparaison à la Convention de Vienne sur la vente internationale

37. Voy. D. HIEZ (dir.), « L'interprétation et l'application de l'instrument optionnel ; réflexions sur l'article 4 du droit commun européen de la vente », in O. DESHAYES (dir.), *Le droit commun européen de la vente. Examen de la proposition de Règlement du 11 octobre 2011*, coll. Trans Europe Experts, vol. 6, Paris, éd. Société de Législation Comparée, 2012, p. 45.

38. S. BALTHASAR, « The Draft Common European Sales Law. Overview and Analysis », *Intern. Company and Commercial L.R.*, 2013, p. 47.

39. L'expression est empruntée à P. PICHONNAZ (conférence donnée à Liège le 7 mars 2013 ayant pour thème « Le droit européen des contrats s'écrit-il à Bruxelles ? »).

40. Voy. en ce sens D. HIEZ, *op. cit.*, p. 60.

de marchandises, la proposition de Règlement comble certaines lacunes<sup>41</sup>, quelques questions importantes demeurent exclues du domaine d'application de la proposition de Règlement.

Il en est ainsi, par exemple, de la personnalité juridique, des règles de capacité et du régime de la nullité du contrat consécutive à l'incapacité, de la pluralité de débiteurs ou de créanciers, de la représentation, de la cession de créances, de la compensation et de la novation, du droit de propriété et des principes régissant son transfert, de la propriété intellectuelle, de la responsabilité extra-contractuelle ou encore du concours des responsabilités contractuelle et extra-contractuelle<sup>42</sup>.

Pour la résolution de celles-ci, l'entreprise européenne sera contrainte de recourir au droit national déclaré applicable en exécution des principes du droit international privé, en particulier du Règlement « Rome I ».

### II.3. Caractère optionnel du DCEV

**16. Principe du caractère optionnel. Mécanisme de l'« opt in »** – Selon l'article 8(1) de la proposition de Règlement, « l'application du DCEV requiert une convention des parties à cet effet. Les conditions d'existence et de validité d'une telle convention sont déterminées sur la base des paragraphes 2 et 3 du présent article, de l'article 9, ainsi que des dispositions pertinentes du DCEV ». Est donc posé le principe du caractère optionnel du règlement. À cet égard, la Commission européenne a préféré retenir le mécanisme dit « opt in », au détriment de l'« opt out », dans lequel le DCEV aurait été déclaré applicable à défaut de manifestation de volonté contraire des parties<sup>43</sup>.

41. Sur le rôle de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises dans le choix du DCEV, ainsi que sur les différences existant entre les deux instruments, voy. M. PIERS et C. VANLEENHOVE, *op. cit.*, pp. 10-12 ; M. LOOS et H. SCHELHAAS, « Commercial Sales : The Common European Sales Law Compared to the Vienna Sales Convention », *E.R.P.L.*, 2013, pp. 105-130 ; M. HESSELINK, « How to Opt into the Common European Sales Law ? Brief Comments on the Commission's Proposal for a Regulation », *E.R.P.L.*, 2012, pp. 201-202 ; M. HEIDEMANN, *op. cit.*, pp. 1130-1131 ; U. MAGNUS, « CISG vs. CESL », in U. MAGNUS (éd.), *CISG vs. Regional Sales Law Unification° With a Focus on the New Common European Sales Law*, Munich, Sellier, 2012, pp. 97-124.

42. Voy. le considérant n° 27 de la proposition de Règlement. Sur ces matières exclues, voy. entre autres W.-J. WOLFFE, « The Proposed Common European Sales Law. Scope and Choice of Law », in G. ALPA, G. CONTE, U. PERFETTI et F. GRAF VON WESTPHALEN (éd.), *The Proposed Common European Sales Law. The Lawyers' View*, Munich, Sellier, 2013, pp. 107-110. L'on précise par ailleurs que si la responsabilité extra-contractuelle est, en tant que telle, exclue du champ d'application du DCEV, celui-ci régit toutefois certains aspects de la période de négociation préalable à la conclusion du contrat, en particulier l'obligation d'information. Le DCEV ne sera toutefois applicable à la période précontractuelle qu'à la condition que le contrat soit finalement conclu (voy. l'article 11 *in fine* de la proposition de Règlement).

43. Voy. M. HESSELINK, *op. cit.*, pp. 207-208.

L'appréciation de la validité du consentement des parties à l'application du droit européen de la vente s'effectuera, selon l'article 8(1), au regard, non du droit national applicable à défaut de choix (par exemple, le droit national de l'État dans lequel réside le consommateur), mais au regard du DCEV lui-même. Par exemple, l'existence d'un vice de consentement dans la décision de choisir le DCEV, devra être examinée à l'aune des dispositions contenues dans le chapitre 5 de la Partie II (« Vices du consentement ») du DCEV (articles 48 à 57).

Entre professionnels, l'adhésion des parties au DCEV n'est cependant soumise à aucune exigence formelle particulière. Le DCEV se caractérisera donc par la simplicité de sa mise en œuvre : selon l'image dont la paternité revient à H. Schulte-Nölke<sup>44</sup>, il suffira à l'acquéreur, en cas de vente en ligne, de cliquer sur le « *blue button* » au moment de passer sa commande, pour rendre le DCEV applicable à la convention.

En présence d'un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur, la proposition de Règlement énonce deux exigences formelles complémentaires<sup>45</sup>.

D'une part, le professionnel est tenu d'avertir le consommateur de son intention d'appliquer le DCEV, préalablement à la conclusion du contrat, en lui remettant un « avis d'information type » dont le modèle figure en annexe II à la proposition de Règlement. Lorsque le professionnel n'a pas fourni pareille annexe, le consommateur n'est pas lié par la convention « [...] tant qu'il n'a pas reçu la confirmation visée à l'article 8, paragraphe 2, accompagnée de l'avis d'information, et manifesté son consentement d'appliquer ce droit » (article 9(1))<sup>46</sup>. Cette dernière règle s'applique également lorsque l'accord sur l'application du DCEV a été donné par téléphone ou par un autre moyen ne permettant pas la délivrance préalable de cet avis d'information.

D'autre part, l'article 8(2) pose une exigence de déclaration expresse : dans un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur, « [...] la convention d'application du DCEV n'est valable que si le consentement du consommateur est donné par une déclaration expresse distincte de celle exprimant son accord pour conclure un contrat. Le professionnel délivre

44. H. SCHULTE-NÖLKE, « EC Law on the Formation of Contract – From the Common Frame of Reference to the 'Blue Button' », *E.R.C.L.*, 2007, pp. 332 et s.

45. Voy. entre autres C. DELFORGE, « Les ventes transfrontières aux consommateurs et aux PME belges bientôt régies par un « Code » européen de la vente en lieu et place du Code civil ? Quelques réflexions critiques à propos de la proposition de Règlement relatif à un droit commun européen de la vente », *J.T.*, 2012, p. 761.

46. L'article 9(2) organise l'hypothèse de la délivrance de l'avis par voie électronique : « S'il est délivré sous forme électronique, l'avis d'information mentionné au paragraphe 1 doit comporter un hyperlien ou, en toute autre circonstance, indiquer un site internet grâce auquel le texte du DCEV peut être obtenu gratuitement ». Voy. également M. HESSELINK, pp. 208-211.

au consommateur une confirmation de cette convention sur un support durable ». Cette déclaration formelle ne peut donc simplement résulter de la signature par le consommateur du contrat dont les conditions générales mentionneraient le choix du DCEV comme droit applicable au contrat<sup>47</sup>.

Par ailleurs, selon l'article 10 de la proposition de Règlement, si l'appréciation de la validité de l'accord de volontés des parties pour le choix du DCEV doit se faire au regard des dispositions pertinentes de celui-ci (article 8(1)), les manquements des professionnels aux règles énoncées aux articles 8 et 9 à l'égard des consommateurs, doivent être prévues par les États membres. Ces sanctions doivent être « effectives, proportionnées et dissuasives ».

**17. Application partielle ou « en bloc » du DCEV** – Dans les contrats de vente entre professionnels, les parties peuvent choisir de diviser l'application du règlement optionnel, c'est-à-dire de rendre certaines dispositions du DCEV applicables, à l'exclusion de certaines autres. Pour les dispositions non visées, le droit national applicable en vertu des règles du droit international privé reprend donc son importance. Cette « option dans l'option » ouverte aux professionnels n'est pas de nature à faciliter le traitement des litiges, dans la mesure où, par exemple, le juge devra recourir à deux corps de règles d'interprétation différents (l'un national, l'autre issu du DCEV), en fonction des dispositions du droit commun européen que les parties auront choisi d'écarter.

En revanche, dans les relations entre professionnels et consommateurs, les parties sont privées de la liberté de choisir une application partielle du DCEV : aux termes de l'article 8(3) de la proposition de Règlement, « dans les relations entre professionnels et consommateurs, le DCEV ne peut être appliqué partiellement, mais uniquement dans son intégralité »<sup>48</sup>. Ce refus du « panachage »<sup>49</sup> est justifié par le souci d'éviter le risque d'une protection amoindrie, si les vendeurs professionnels avaient pu librement déterminer celles des dispositions du DCEV applicables à la relation contractuelle<sup>50</sup>. Partant, une fois que le consommateur a opté pour le DCEV, celui-ci s'imposera en totalité aux parties, sans qu'elles aient la liberté d'y déroger<sup>51</sup>.

47. Voy. en ce sens C. AUBERT DE VINCELLES, « Les caractères du droit commun européen de la vente », in O. DESHAYES (dir.), *Le droit commun européen de la vente. Examen de la proposition de Règlement du 11 octobre 2011*, coll. Trans Europe Experts, vol. 6, Paris, éd. Société de Législation Comparée, 2012, p. 35.

48. Voy. entre autres à ce sujet J. SÉNÉCHAL, *op. cit.*, pp. 140-142.

49. Voy. C. DELFORGE, *op. cit.*, p. 756.

50. Voy. le considérant n° 24 : « Pour éviter une application sélective de certains éléments du DCEV, qui risquerait de rompre l'équilibre entre les droits et obligations des parties et d'amoindrir le degré de protection du consommateur, le choix de recourir au DCEV devrait porter sur l'intégralité de celui-ci, et non sur certaines de ses parties uniquement ».

51. Voy. ainsi le considérant n° 11 : « Le DCEV devrait constituer un corps complet de règles impératives et totalement harmonisées protégeant les consommateurs. Conformément à

**18. Impérativité de certaines dispositions du DCEV** – Si l'application à la convention du DCEV doit résulter d'un accord de volonté des parties, la liberté contractuelle n'est cependant pas sans limites, même dans les contrats entre professionnels, dans lesquels les parties peuvent opter pour une application sélective des dispositions du droit commun.

Certains articles présentent ainsi un caractère qualifié d'« impératif », dans la mesure où il ne peut y être dérogé par les parties. Revêtent notamment cette qualité, le principe de bonne foi dans les conventions (article 2), l'obligation d'attirer l'attention sur les conditions générales (article 70), les dispositions relatives au retard de paiement de la part des professionnels (articles 168 à 170) ou encore les délais minimum et maximum de prescription (article 186).

#### II.4. Champ d'application du DCEV

**19. Champ d'application personnel et territorial** – Le DCEV ne pourra être appliqué que si le vendeur du bien est un professionnel. Lorsque toutes les parties contractantes sont des professionnels, le DCEV ne peut être appliqué que si au moins l'une d'elles est une PME (article 7(1) de la proposition de Règlement). En d'autres termes, sont exclus du champ d'application personnel du DCEV les contrats conclus entre « grandes entreprises », ainsi que les contrats conclus entre particuliers et les ventes faites à des professionnels par des consommateurs<sup>52</sup>. L'article 13 de la proposition permet toutefois aux États membres d'étendre l'application de l'instrument optionnel aux relations *B to B* dans lesquelles « toutes les parties sont des professionnels mais aucune d'elles n'est une PME au sens de l'article 7, paragraphe 2 ».

Quant au champ d'application territorial, l'on rappelle que la convention doit, pour permettre l'application du DCEV, présenter un caractère transfrontière. Le contrat présente un tel caractère lorsque « (a) l'adresse indiquée par le consommateur, l'adresse de livraison du bien ou l'adresse de facturation est située dans un pays autre que celui où le professionnel a sa résidence

---

l'article 114, paragraphe 3, du traité, ces règles devraient garantir un niveau de protection élevé des consommateurs afin d'accroître la confiance de ces derniers dans le DCEV et de les encourager ainsi à conclure des contrats transfrontières régis par ce droit spécifique ». De même, le considérant n° 12 commence par préciser : « Puisque le DCEV comprend un corps complet de règles impératives et totalement harmonisées protégeant les consommateurs, il n'y aura aucune disparité entre les législations des États membres en la matière lorsque les parties auront choisi d'appliquer ce droit ». Le niveau de protection du consommateur offert par le DCEV n'est cependant pas toujours équivalent à celui du droit interne. Voy. aussi, à propos du régime des clauses abusives, *infra*, n° 67.

52. Ces ventes ne sont pas aussi rares qu'il y paraît à première vue. Ainsi, dans le secteur de la vente de véhicules d'occasion, il n'est pas rare que le vendeur soit un particulier et que l'acquéreur soit un revendeur professionnel (voy. Z. JACQUEMIN, *op. cit.*, p. 77).

habituelle ; et (b) l'un au moins de ces pays est un État membre » (article 4(3) de la proposition de Règlement). Il suffit que l'une des deux parties puisse ainsi être « rattachée » à un État membre de l'Union européenne pour que le contrat puisse bénéficier de l'application du DCEV. Le commerce avec les États tiers est donc également visé par la proposition de Règlement. Pour le rattachement à un État, l'on utilise donc, pour les consommateurs, l'adresse de livraison ou de facturation. En ce qui concerne les professionnels, le caractère transfrontière est en revanche apprécié au regard de la « résidence habituelle » de ceux-ci, laquelle est définie par l'article 4(4) de la manière suivante : « la résidence habituelle d'une société ou autre organisation, dotée ou non de la personnalité morale, est le lieu où elle a établi son administration centrale. La résidence habituelle d'un professionnel, lorsqu'il est une personne physique, est le lieu de son principal établissement »<sup>53</sup>.

Les contrats qui présentent un caractère interne, c'est-à-dire ceux où toutes les parties résident dans un seul et unique État membre, ainsi que les contrats conclus par des parties dont aucune ne réside sur le territoire de l'Union européenne, sont exclus du champ d'application de la proposition de Règlement. Un vendeur professionnel actif aussi bien sur le territoire national qu'à l'exportation intra-communautaire, ne pourra donc *a priori* voir son contrat de vente soumis à un seul et unique corps de règles ; ceci relativise donc quelque peu le bénéfice que le vendeur peut retirer de l'usage du DCEV<sup>54</sup>.

Les États membres reçoivent toutefois, par l'article 13 de la proposition de Règlement, la possibilité d'étendre le champ d'application territorial du DCEV aux contrats présentant un caractère purement interne. Comme l'explique la Commission européenne, « les professionnels effectuant des transactions commerciales à la fois purement nationales et transfrontières pourraient eux aussi juger pratique de n'utiliser qu'un seul contrat uniforme pour toutes leurs transactions. C'est pourquoi il devrait être loisible aux États membres de proposer aux parties de recourir au DCEV également dans un contexte purement national »<sup>55</sup>. Comme l'explique Z. Jacquemin, la décision d'un État membre d'ouvrir l'application du DCEV à ses contrats internes ne doit pas nécessairement être perçue comme une mise en concurrence du DCEV avec son droit national : au contraire, « en s'y refusant, c'est la compétitivité de ses propres entreprises qu'il met en jeu. Celles-ci seront obligées de continuer à appliquer deux régimes différents, ce qui a un coût. Elles devront

53. Par ailleurs, « lorsque le contrat est conclu dans le cadre de l'exploitation d'une succursale, d'une agence ou de tout autre établissement d'un professionnel, le lieu où est situé cette succursale, cette agence ou cet autre établissement est considéré comme celui de la résidence habituelle du professionnel » (article 4(5) de la proposition de Règlement).

54. Voy. *supra* n° 12.

55. Considérant n° 15.



se conformer aux dispositions impératives nationales qui protègent davantage le consommateur que le régime optionnel, alors que leurs concurrents étrangers seront dispensés de les observer, ce qui devrait toutefois être rarement le cas au regard du haut degré de protection du consommateur atteint par le DCEV »<sup>56</sup>.

**20. Champ d'application matériel. Principe** – Selon l'article 5 de la proposition de Règlement, le DCEV peut être appliqué « (a) aux contrats de vente ; (b) aux contrats de fourniture d'un contenu numérique que l'utilisateur peut stocker, traiter et réutiliser, ou auquel il peut avoir accès, que ce contenu soit fourni ou non sur un support matériel, et indépendamment du fait qu'il soit fourni en contrepartie du paiement d'un prix ; (c) aux contrats de fourniture d'un service connexe, qu'un prix distinct ait été convenu pour ce dernier ou non »<sup>57</sup>.

En d'autres termes, le DCEV n'a vocation à s'appliquer qu'aux seuls contrats portant sur la vente de biens, la fourniture de contenus numériques ou de services connexes.

Le choix de la Commission de limiter l'instrument optionnel au seul contrat de vente (au sens de l'article 5) s'explique par la volonté de cibler les contrats qui sont le plus fréquemment conclus dans le commerce transfrontière<sup>58</sup>. Par comparaison au projet académique de Cadre commun de référence, qui énonçait des principes communs relatifs au droit des contrats en général et qui contenait par ailleurs une réglementation complète de la plupart des contrats spéciaux et du droit de la responsabilité extra-contractuelle<sup>59</sup>, le DCEV présente donc, quant à son champ d'application matériel, une ambition bien plus mesurée.

Le choix de ne traiter que du contrat de vente, à l'exclusion d'autres contrats spéciaux, mais surtout à l'exclusion du droit des contrats en général,

56. Z. JACQUEMIN, *op. cit.*, p. 81.

57. L'introduction dans le DCEV des contenus numériques constitue une nouveauté au regard de l'Étude de faisabilité du 3 mai 2011. Le préambule de la proposition de Règlement justifie l'inclusion de ces contenus dans le DCEV (considérant n° 17) : « Afin de tenir compte de l'importance croissante de l'économie numérique, le champ d'application du droit commun européen de la vente devrait également comprendre la fourniture de contenus numériques. En effet, le transfert de contenus numériques en vue de les stocker, de les traiter ou d'y avoir accès, et d'en faire une utilisation répétée, comme les téléchargements de musique, augmente rapidement et présente un fort potentiel de croissance à venir, mais il a lieu dans un environnement où règnent la diversité et l'insécurité juridiques » (considérant n° 17).

58. Voy. la Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil économique et social européen et au Comité des régions « Un droit commun européen de la vente pour faciliter les transactions transfrontières sur le marché unique », COM(2011) 636 final (11 octobre 2011), p. 8.

59. Voy. *supra*, n° 5.

nous paraît regrettable<sup>60</sup>. En effet, dans leur configuration actuelle, les différents chapitres de la partie IV du DCEV, qui renferme les « obligations et moyens d'action des parties à un contrat de vente ou à un contrat de fourniture de contenu numérique », ne sont applicables qu'à ces seuls contrats. De même, la partie V du DCEV décrit-elle les obligations et moyens d'action des parties à un contrat de services connexes. Il eut sans doute été préférable d'énoncer, au préalable – et à l'image de la structure du projet de Cadre commun de référence –, les règles générales relatives à l'inexécution des obligations. Dans le DCEV, les conséquences de l'inexécution contractuelle sont ainsi traitées de manière séparée pour chaque type de contrat (vente ou service) et, au sein de ceux-ci, pour chacune des parties (vendeur ou acheteur ; fournisseur du service ou client). À titre d'exemple, la résolution du contrat n'est prévue que pour la sanction de certains manquements (en ce qui concerne la vente, voy. les articles 114 à 119 (résolution par l'acheteur) et 134 à 139 (résolution par le vendeur)), mais non de manière générale<sup>61</sup>.

Bref, le travail considérable accompli à propos de la théorie générale des contrats et des différents contrats spéciaux par les rédacteurs du projet académique de Cadre commun de référence (DCFR) aurait sans doute mérité d'être repris par la Commission européenne au même titre que le travail accompli à propos du contrat de vente. Au minimum, dans un premier temps, le DCFR n'aurait-il pu, avec les aménagements nécessaires, être transformé en véritable boîte à outils à l'attention des législateurs nationaux et européen ? Tel était l'un des principaux résultats attendus de l'action de la Commission européenne dans le domaine du droit des contrats, annoncé dès la Communication de la Commission du 11 juillet 2001 et renouvelé à plusieurs reprises depuis lors<sup>62</sup>. Il constituait également l'une des options énoncées dans le Livre vert du 1<sup>er</sup> juillet 2010. Force est de reconnaître que cette option semble avoir été quelque peu mise de côté, l'attention ayant été consacrée à l'élaboration de la proposition de Règlement relatif à un droit commun européen de la vente. À nos yeux, cette dernière option n'exclut pourtant nullement les mécanismes de *soft law*, spécialement l'élaboration d'une boîte à outils en matière de droit européen des contrats, et en particulier des contrats spéciaux de service.

**21. Notion de « vente de biens »** – Le contrat de vente est défini par l'article 2(k) de la proposition de Règlement comme « tout contrat en vertu duquel un professionnel («le vendeur») transfère ou s'engage à transférer la

60. Voy. également B. KOHL, « Les contrats spéciaux dans l'harmonisation du droit européen des contrats », in E. TERRY et D. VOINOT, *Vers un droit européen des contrats spéciaux*, coll. Code économique européen, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 233.

61. Voy. également en ce sens M. STORME, « Europees contractenrecht dichterbij ? », *Juristenkrant*, 2011, n° 230, p. 16.

62. Voy. *supra*, n°s 4-6.

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 ».

Au sens de l'instrument optionnel, un bien est « tout objet mobilier corporel », à l'exclusion de l'électricité et du gaz naturel, ainsi que de l'eau et d'autres types de gaz, à moins, pour ceux-ci, d'être conditionnés dans un volume délimité ou en quantité déterminée (article 2(h)). En d'autres termes, les biens immobiliers sont exclus du champ d'application du DCEV<sup>63</sup>.

L'instrument optionnel ignore par ailleurs la distinction habituellement effectuée en droit belge entre le contrat de vente et le contrat d'entreprise<sup>64</sup>. Le DCEV a en effet vocation à s'appliquer autant aux contrats portant sur la vente de biens existants qu'à ceux « portant sur la fourniture de biens à fabriquer ou à produire ». En droit belge, de tels contrats peuvent recevoir la qualification de vente ou d'entreprise, selon l'intention des parties contractantes. À cet égard, en matière mobilière, le critère dit « de spécificité » trouve toujours un large écho dans la doctrine<sup>65</sup> et la jurisprudence<sup>66</sup> ; selon cette théorie, le contrat doit être qualifié de contrat d'entreprise dès lors que

63. Néanmoins, certaines activités du secteur de l'immobilier, en particulier, certaines activités de rénovation, d'installation, d'amélioration d'un immeuble préexistant, telles que plomberie, couverture, étanchéité ... pourraient entrer dans le champ du projet d'instrument puisqu'elles entraînent à la fois la vente de matériaux, d'éléments de construction et l'installation de ceux-ci ou l'incorporation de ceux-ci dans un immeuble préexistant. En l'état actuel du texte, l'éventualité que ces activités du secteur immobilier puissent être régies par un instrument optionnel peut également s'avérer problématique à plusieurs égards, tant et si bien qu'il serait préférable d'exclure clairement et explicitement du champ d'application du futur instrument les hypothèses d'incorporation d'un meuble dans un immeuble préexistant (voy. en ce sens B. KOHL, B. MALLET-BRICOUT, H. PÉRINET-MARQUET et J. SÉNÉCHAL, « Le droit européen des contrats et le secteur de l'immobilier », *J.D.E.*, 2011, p. 238).

64. Voy. également J. SÉNÉCHAL, *op. cit.*, pp. 152-154.

65. Pour un aperçu, voy. M.-A. FLAMME, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et E. POTTIER, *Le contrat d'entreprise. Chronique de jurisprudence (1990-2000)*, Coll. Dossiers du J.T., Bruxelles, Larcier, 2001, n<sup>os</sup> 12-13, pp. 28-30.

66. Voy. p. ex. Cass., 19 juin 1980, *J.T.*, 1980, p. 616 (vente d'un produit isolant) ; Cass., 25 février 1985, *Pas.*, I, p. 613 (pierres de façades travaillées sur mesure) ; Mons, 13 juin 1986, *Rec. gén. enr. not.*, 1988, p. 193 (meubles de cuisine fabriqués sur mesure) ; Comm. Bruxelles, 13 janvier 1988, *J.T.*, 1988, p. 587 (ascenseur spécifique pour un dancing) ; Civ. Bruxelles, 22 juin 1993, *R.D.C.*, 1994, p. 422 (fourniture et installation de meubles de cuisine réalisés sur mesure) ; Mons, 11 janvier 1994, *Rev. rég. dr.*, 1994, p. 515 (installation d'une porte de garage fabriquée sur mesure et mise en place par le menuisier) ; Liège, 14 octobre 1997, *J.L.M.B.*, 1996, p. 41 (livraison d'un hangar clé sur porte mais adapté à un ouvrage bien spécifique) ; Comm. Verviers, 10 novembre 1997, *R.D.C.*, 1998, p. 462 (fabrication et installation de garnitures de cartes spécifiques pour machines à travailler la laine et les fibres synthétiques) ; Liège, 29 janvier 1999, *R.G.D.C.*, 2000, p. 313 (modification d'une installation de ventilateurs industriels) ; Liège (3<sup>e</sup> ch.), 26 janvier 2009, *Entr. et dr.*, 2009, p. 366 (livraison d'une citerne ayant dû faire l'objet de travaux d'adaptation spécifiques, de telle sorte que cette citerne ne pouvait être considérée comme un bien standard).

l'ouvrage fourni se distingue pour le donneur d'ordre par sa spécificité et répond aux besoins particuliers de ce dernier. Tel sera le cas si le maître de l'ouvrage intervient au niveau de la confection de l'ouvrage, cette intervention pouvant se manifester de diverses manières (fourniture de plans, fourniture de spécifications techniques détaillées, demande d'un produit adapté à une utilisation particulière, un emplacement particulier, etc.). En revanche, lorsque le bien apparaît comme un bien « standard », fabriqué indépendamment de toute spécification de l'acheteur ou selon peu de spécifications, le contrat sera qualifié de contrat de vente (produits commandés sur catalogue, fabriqués en série, standardisés ou stockables, etc.).

Vu sous l'angle du DCEV, de telles opérations seront toutes de nature à pouvoir être qualifiées de « contrat de vente » au sens de l'article 2(k). La question n'est pas sans incidence en droit interne : la détermination de la qualification emporte des conséquences importantes sur le plan de la formation, de l'(in)exécution et de l'extinction du contrat<sup>67</sup> ; or certaines de ces conséquences (par exemple, la détermination du moment du transfert de propriété) concernent des questions qui ne sont pas régies par le DCEV. Faudra-t-il dès lors, face à un contrat de vente d'un bien à fabriquer – pouvant être qualifié en droit belge de contrat d'entreprise –, soumis au DCEV par la volonté des parties, appliquer pour ces questions non visées par le DCEV le régime de droit belge du contrat de vente, au motif que le DCEV, rendu applicable à cette convention, qualifierait celle-ci de contrat de vente ?

Enfin, le DCEV est susceptible de s'appliquer aux contrats dits d' « abonnement ». L'article 6(2) *in fine* de la proposition de Règlement énonce en effet que « le DCEV peut être appliqué aux contrats entre un professionnel et un consommateur qui prévoient la fourniture continue de biens, de contenus numériques ou de services connexes de même nature, le consommateur réglant le coût des biens, contenus numériques ou services connexes aussi longtemps qu'ils sont fournis, par des paiements échelonnés ». La précision mérite d'être soulignée. En effet, sous l'angle du droit belge, de tels contrats ne sont pas, en tant que tels, qualifiés de contrats de vente<sup>68</sup>. Dès lors, *stricto*

67. En droit belge, la question de la qualification en contrat de vente ou d'entreprise est d'importance puisque les règles concernant la responsabilité, le transfert de la propriété, le transfert des risques diffèrent dans l'un et l'autre cas. Il en est de même des dispositions régissant l'accord sur le prix, la lésion, le transfert de la propriété et des risques, la garantie des vices cachés, les clauses d'exonération de la garantie des vices cachés, la responsabilité décennale, la modification du prix, la déduction d'intérêts moratoires, la solidarité légale vis-à-vis du fisc et de l'O.N.S.S. en présence de dettes fiscales ou sociales de l'entrepreneur, les privilèges, l'incidence du décès d'une partie, la résiliation unilatérale, la prescription de l'art. 2272, al. 2, C. civ., l'action contractuelle directe de l'acheteur contre le fournisseur ou le sous-traitant de son cocontractant immédiat, etc.

68. Voy. en ce sens I. RORIVE, « Les conditions de validité du contrat », *in Les obligations, Traité théorique et pratique*, Waterloo, Kluwer, 2006, n° 3.97, p. 131.

*sensu*, le DCEV n'aurait pas pu, en l'absence de la précision apportée par l'article 6(2) *in fine*, s'appliquer à ce type de conventions.

**22. Notion de « service connexe »** – L'article 2(m) de la proposition de Règlement définit le « service connexe » comme étant « tout service lié à un bien ou à un contenu numérique, tel que l'installation, l'entretien, la réparation ou tout autre traitement, fourni par le vendeur du bien ou le fournisseur du contenu numérique en vertu du contrat de vente, du contrat de fourniture de contenu numérique ou d'un contrat distinct de services connexes conclu simultanément au contrat de vente ou de fourniture de contenu numérique ». Sont exclus de la définition les services (i) de transport, (ii) de formation, (iii) d'assistance aux télécommunications et (iv) à caractère financier.

En d'autres termes, si la proposition de Règlement optionnel ne vise pas à l'établissement d'un droit commun européen des contrats de service en général, le DCEV est néanmoins rendu applicable au contrat de services « connexe » au contrat de vente. Ce faisant, le droit européen innove, créant une catégorie nouvelle de contrat, inconnue dans la plupart des États membres : le contrat de services connexes.

La notion de « service » n'est pas, en tant que telle, définie dans la proposition de Règlement européen. L'on peut toutefois s'appuyer, à cet effet, sur le projet académique de Cadre de commun de référence, dans le prolongement duquel la proposition de Règlement s'inscrit ; même si les « services » du DCEV trouvent leur lointaine origine dans le *locatio conductio* du droit romain, l'on devrait logiquement exclure du DCEV les contrats de travail ainsi que les contrats de bail, qui ne constituent pas des contrats de services au sens strict ; les dispositions du DCEV (en particulier sa partie V – « Obligations et moyens d'action des parties à un contrat de services connexes ») ne se prêtent d'ailleurs guère à ces types de contrats<sup>69</sup>.

Pour entrer dans le champ d'application du DCEV, le service doit présenter un caractère « connexe » au contrat de vente. Selon le considérant n° 25 de la proposition de Règlement, il s'agit là des services « fournis par le vendeur qui sont directement et étroitement liés au bien ou au contenu numérique fourni en vertu d'un contrat régi par le DCEV et qui, dans la pratique, sont souvent simultanément combinés dans le même contrat ou dans un contrat lié, notamment la réparation, l'entretien ou l'installation du bien ou du contenu numérique ».

La circonstance que le service soit presté sur la base même du contrat de vente ou sur la base d'un contrat séparé, ne présente donc pas d'incidence sur le caractère « connexe » dudit service, pour autant qu'il soit « étroitement

---

69. Voy. en ce sens M. ILLMER, « Related Services in the Commission Proposal for a Common European Sales Law », *E.R.P.L.*, 2013, pp. 142-143.

lié » au bien vendu. L'article 5(c) de la proposition de Règlement énonce par ailleurs que le DCEV est applicable aux contrats de fourniture d'un service connexe, « qu'un prix distinct ait été convenu pour ce dernier ou non ». L'on doit se garder d'interpréter cette disposition comme permettant d'appliquer le DCEV aux contrats de services connexes à titre gratuit. La précision vise en effet uniquement le caractère « distinct » du prix, laquelle est sans incidence ; elle permet de rendre le DCEV applicable au contrat mixte de vente et de service dans lequel le prix serait fixé de manière globale. De même, lorsqu'un service fait l'objet d'un contrat distinct, sans que le prix soit mentionné, mais que celui-ci a, en réalité, été intégré dans le prix de vente (plus élevé) du bien dont le service constitue l'accessoire, le DCEV pourra également s'appliquer à ce contrat de service.

En revanche, lorsque le service est fourni sur la base d'un contrat distinct du contrat de vente lui-même, l'article 2(m) exige que le contrat de service soit conclu simultanément au contrat de vente. Cette exigence temporelle n'est guère justifiable, et risque de mener à des solutions différentes dans des situations qui mériteraient d'être traitées de manière identique. Ainsi, pour reprendre l'exemple fourni par M. Illmer<sup>70</sup>, l'acquéreur qui achète un meuble Ikea avec la ferme intention de l'assembler par lui-même et qui se rend compte, une fois rentré chez lui, qu'il n'y parviendra pas, ne pourra, se rendant chez Ikea le jour même en vue d'y commander un service de montage à domicile, choisir de soumettre ce contrat de service au DCEV. Au contraire, s'il avait décidé, en même temps que son achat, de commander chez Ikea le service de montage, les dispositions du DCEV relatives aux contrats de services auraient pu être rendues applicables à la convention.

Enfin, l'article 9 du DCEV précise la manière dont s'articulent les différentes règles qu'il établit, lorsque le contrat prévoit à la fois la vente d'un bien (ou la fourniture d'un contenu numérique) et la prestation d'un service connexe. Face à un tel contrat « objet mixte », « les règles de la partie IV s'appliquent aux obligations et moyens d'action des parties en leur qualité de vendeur et d'acheteur du bien ou du contenu numérique, et les règles de la partie V s'appliquent aux obligations et moyens d'action des parties en leur qualité de prestataire de services et de client ». L'article 9(2) autorise par ailleurs l'acheteur ou le client, en présence d'un motif de résolution, à ne mettre fin au contrat que pour la seule tranche pour laquelle ce motif de résolution existe, lorsque les obligations contractuelles du vendeur et du prestataire de services doivent être exécutées par tranches ou sont autrement divisibles. En revanche, « lorsque les obligations contractuelles du vendeur et du prestataire de services ne sont pas divisibles ou qu'une fraction du prix ne peut pas être assignée, l'acheteur et client ne peut procéder à la résolution

70. M. ILLMER, *op. cit.*, p. 145.

que si l'inexécution est de nature à justifier de mettre fin au contrat tout entier » (article 9(4)).

**23. Absence d'incidence du mode de conclusion du contrat** – Le DCEV a vocation à s'appliquer à tout contrat de vente de biens ; le mode de conclusion dudit contrat importe peu. En particulier, l'instrument optionnel est également rendu applicable aux contrats à distance, mais également aux contrats conclus hors établissement.

Lorsque de tels contrats sont formés entre un professionnel et un consommateur, le DCEV énonce néanmoins, aux articles 40 à 47, le régime protecteur mis en place au profit du consommateur. Celui-ci passe, comme à l'heure actuelle, par l'établissement d'un droit de rétractation, d'une durée de 14 jours (article 42(1)).

Quelques différences apparaissent néanmoins entre le système mis en place par le DCEV et celui harmonisé au travers de la directive 2011/83 du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs<sup>71</sup>. Ainsi, dans le DCEV, le vendeur ne se voit pas interdire le droit de recevoir un paiement pendant l'écoulement du délai de rétractation, lorsque le contrat a été conclu en dehors de ses établissements (article 44), alors que l'article 9 de la directive 2011/83 permet aux États membres d'établir une telle interdiction ; de même, l'article 13(5)(c) et l'article 40(1)(a) du DCEV suppriment respectivement l'obligation d'information précontractuelle du professionnel, ainsi que le droit de rétractation du consommateur, dans les contrats hors établissement, lorsque le prix n'excède pas 50 EUR, alors que cette exclusion constitue, dans le cadre de la directive 2011/83, une option laissée aux États membres.

**24. Exclusion de certains contrats à objet mixte, des contrats liés à un crédit à la consommation et de certains types de « contenus numériques »** – L'article 6 de la proposition de Règlement exclut de son champ d'application les contrats à objet mixte, ainsi que les contrats liés à un crédit à la consommation.

Un contrat à « objet mixte » est exclu du champ d'application du DCEV lorsqu'il comprend des éléments autres que la vente de biens, la fourniture de contenu numérique et la prestation de services connexes<sup>72</sup>. Bien entendu, un contrat comportant à la fois la vente d'un bien et la fourniture d'un service connexe, s'il constitue également un contrat « mixte » au sens de l'instrument optionnel, entre néanmoins dans le champ d'application du DCEV. L'article 6 vise donc les contrats à objet mixte, à l'exception des contrats mixtes « vente et services connexes ».

71. Voy. sur ce point C. DELFORGE, *op. cit.*, p. 761.

72. Voy. *supra*, n° 22.

Quant aux contrats liés à un crédit à la consommation, l'article 6(2) de la proposition de Règlement précise : « le droit commun européen de la vente ne peut être appliqué aux contrats entre un professionnel et un consommateur aux termes desquels le premier consent ou s'engage à consentir au second un crédit sous la forme d'un délai de paiement, d'un prêt ou de toute autre facilité de paiement similaire. Le droit commun européen de la vente peut être appliqué aux contrats entre un professionnel et un consommateur qui prévoient la fourniture continue de biens, de contenus numériques ou de services connexes de même nature, le consommateur réglant le coût des biens, contenus numériques ou services connexes aussi longtemps qu'ils sont fournis, par des paiements échelonnés ». L'exclusion générale des contrats de crédit peut se comprendre : « un leasing, par exemple, ne saurait être régi correctement par le droit commun européen de la vente si ce dernier ne contient aucune disposition relative au bail »<sup>73</sup>.

L'exclusion nous paraît toutefois rédigée de manière trop large – visant notamment tous les contrats pour lesquels les consommateurs se voient consentir un délai de paiement –, risquant ainsi de priver bon nombre de consommateurs du bénéfice du DCEV. En d'autres termes, les professionnels n'auraient le choix, dans ce cas, que de refuser de signer le contrat, d'exiger un paiement, ou de soumettre le contrat au droit national de l'État dans lequel le consommateur a sa résidence<sup>74</sup>.

Enfin, si la proposition de Règlement prévoit l'application de l'instrument optionnel aux contrats portant sur la fourniture de « contenus numériques », certains types de contenus numériques en sont néanmoins exclus. L'article 2(j) définit en effet le « contenu numérique » comme : « des données produites et fournies sous forme numérique, que ce soit ou non d'après les spécifications de l'acheteur, notamment les vidéos, enregistrements audio, images ou contenus numériques écrits, les jeux numériques, les logiciels, et les contenus numériques qui permettent de personnaliser des équipements informatiques ou des logiciels existants ». En sont néanmoins exclus : « i) les services financiers, y compris les services bancaires en ligne, ii) les conseils

73. Z. JACQUEMIN, p. 68. Comme le relève l'auteur, l'exclusion ne se limite pas, en réalité, aux seuls contrats conclus entre un professionnel et un consommateur. Deux professionnels pourraient difficilement décider de soumettre leur contrat de crédit, fût-il même connexe au contrat de vente, au DCEV. En effet, l'article 3 de la proposition de Règlement ne prévoit la soumission, par la volonté des parties, de leur convention au DCEV que pour autant que cette convention soit l'une de celles visées à l'article 3 (soit un contrat portant sur la vente de biens, la fourniture de contenus numériques ou de services connexes) ; de surcroît, l'article 2(m) de la proposition de Règlement exclut expressément les services à caractère financier de la catégorie des services « connexes ».

74. Voy. en ce sens H. EIDENMULLER, N. JANSEN, E.-M. KIENINGER, G. WAGNER et R. ZIMMERMANN, « The Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law : Deficits of the Most Recent Textual Layer of European Contract Law », *Edin. L.R.*, 2012, p. 320.



juridiques ou financiers fournis sous forme électronique, iii) les soins de santé électroniques ; iv) les services et réseaux de communications électroniques ainsi que les infrastructures et services associés : v) les activités de jeux d'argent ; vi) la création de nouveaux contenus numériques et la modification de contenus numériques existants par des consommateurs, ou toute autre interaction avec les créations d'autres utilisateurs ».

**25. Matières non régies par le DCEV** – Ayant vocation à régir le contrat de vente, le DCEV n'en régit cependant pas tous les aspects. Selon le préambule de la proposition de Règlement, « les dispositions du droit commun européen de la vente devraient couvrir les matières du droit des contrats qui présentent un intérêt concret pendant le cycle de vie des types de contrats relevant des champs d'application matériel et personnel [...] »<sup>75</sup>. Seules les matières faisant l'objet de ses 186 articles sont couvertes par cet instrument d'harmonisation. Ces différentes matières sont brièvement décrites ci-après (II.5.).

*A contrario*, certaines questions juridiques importantes, en lien étroit avec le droit de la vente, demeurent exclues du champ d'application du DCEV. Le considérant n° 27 du préambule de la proposition de Règlement en dresse une liste non exhaustive : n'est ainsi pas visé par le DCEV tout ce qui ressort de la personnalité juridique, des règles de capacité et du régime de la nullité du contrat consécutive à l'incapacité, de la pluralité de débiteurs ou de créanciers, de la représentation, de la cession de créances, de la compensation et de la novation, du droit de propriété et des principes régissant son transfert<sup>76</sup>, de la propriété intellectuelle, de la responsabilité extra-contractuelle<sup>77</sup> ou encore du concours des responsabilités contractuelle et extra-contractuelle.

**26. Conséquence de l'application du DCEV sur les normes nationales impératives ou d'ordre public** – L'article 11 de la proposition de Règlement pose le principe d'autonomie du droit uniformisé<sup>78</sup> : « lorsque les parties sont

75. Considérant n° 26.

76. Le transfert de propriété demeure donc régi par le droit déclaré applicable en vertu des règles de droit international privé (en particulier le Règlement « Rome I » n° 593/2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles). En revanche, le transfert des risques est organisé par le chapitre 14 du DCEV.

77. La responsabilité précontractuelle, qui, en règle, relève en droit belge du droit de la responsabilité extra-contractuelle, est néanmoins régie par le DCEV, lorsque les négociations aboutissent à la formation d'une convention. En effet, selon l'article 11 *in fine* de la proposition de Règlement, « [...] à condition que le contrat soit effectivement conclu, le droit commun européen de la vente régit également le respect des obligations d'information précontractuelle et les moyens d'action ouverts en cas de manquement à celles-ci ».

78. Voy. entre autres sur ce point C. AUBERT DE VINCELLES, *op. cit.*, pp. 25-34 ; J. SÉNÉCHAL, *op. cit.*, pp. 166-171.

valablement convenues d'appliquer le droit commun européen de la vente à un contrat, seul ce droit régit les matières relevant de ses dispositions [...] ».

Cette disposition vise d'abord, bien entendu, le droit national de la consommation. Alors que l'article 6 du Règlement « Rome I » contraint le vendeur professionnel à se conformer à la législation de l'État membre dans lequel le consommateur a sa résidence ou, au minimum, aux dispositions impératives de cet État accordant un niveau de protection plus élevé, lorsque les parties optent pour un autre droit, le choix des parties pour l'instrument optionnel écartera ces dispositions nationales impératives, fussent-elles même plus protectrices<sup>79</sup>.

Toutefois, cette disposition emporte d'autres conséquences : toutes les lois de police du for et étrangères peuvent, en effet, être écartées par l'effet du choix de l'instrument optionnel. Or, dans les législations nationales, la position contractuelle de certaines catégories de professionnels est parfois renforcée, au travers de dispositions impératives. Pour ne citer qu'un exemple, en ce qui concerne le contrat de prestation de services, les droits français et belge édictent un certain nombre de protections impératives au profit des maîtres de l'ouvrage, des entrepreneurs ou des sous-traitants de ces derniers<sup>80</sup>. En d'autres termes, le choix de l'instrument optionnel permet d'écartier l'application de certaines contraintes nationales plus protectrices ; « une telle alternative pourrait faire réfléchir. Certains professionnels souhaitent s'abstraire de contrats de service qu'ils estiment étouffants. Ils pourraient donc être tentés de plébisciter un instrument optionnel conçu

79. Voy. le considérant n° 12 : « Puisque le droit commun européen de la vente comprend un corps complet de règles impératives et totalement harmonisées protégeant les consommateurs, il n'y aura aucune disparité entre les législations des États membres en la matière lorsque les parties auront choisi d'appliquer ce droit. En conséquence, l'article 6, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 593/2008, qui est fondé sur l'existence d'écarts entre les niveaux de protection des consommateurs assurés dans les États membres, n'a aucune importance pratique pour les matières régies par le DCEV ». Sur les liens entre le DCEV et le Règlement « Rome I », voy. entre autres M. BÉHAR-TOUCHAIS, B. FAUVARQUE-COSSON et Z. JACQUEMIN, « Droit commun européen de la vente : l'unité sans l'uniformisation », *R.D.C.*, 2012, pp. 197-199 ; M. PIERS et C. VANLEENHOVE, *op. cit.*, pp. 7-10 ; C. DELFORGE, *op. cit.*, p. 761.

80. En constituent des exemples, en France, le mécanisme de la garantie due par le maître de l'ouvrage (article 1799-1 du Code civil français) ainsi que de la « retenue de garantie » que le maître de l'ouvrage peut effectuer (loi n° 71-584 du 16 juillet 1971) ; l'instrument optionnel ne prévoit pas un tel système (l'article 153(2) du DCEV énonce en effet que « le prix est exigible lorsque le service connexe est exécuté et que l'objet du service connexe est mis à la disposition du client ». De même, les régimes français et belge de protection du sous-traitant au travers du mécanisme du paiement direct ou de l'action directe (en France, la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 ; en Belgique, l'article 1798 du Code civil) risquent d'être mis à mal par les principes européens. Il pourrait en aller de même de la responsabilité décennale (article 1792 et suivants du Code civil français ; article 1792 du Code civil belge), dont le caractère d'ordre public protège le maître de l'ouvrage, quelle que soit la qualité de ce dernier. Voy. sur ce point B. KOHL, B. MALLET-BRICOUT, H. PÉRINET-MARQUET et J. SÉNÉCHAL, *op. cit.*, p. 238.

pour leur permettre de réaliser leur souhait. Cependant, ils doivent mesurer tous les risques qu'ils encourent lorsqu'ils ne se trouvent plus en position de force. Ils seront alors à la merci d'un renard libre dans un poulailler libre. L'idéal serait, bien sûr, de pouvoir choisir l'instrument optionnel lorsque l'on se trouve en position de force mais de se réfugier derrière les barrières du droit national lorsque tel n'est pas le cas. Mais il est, d'évidence, contraire à la philosophie qui sous-tend un tel instrument »<sup>81</sup>.

## II.5. Contenu du DCEV

**27. Plan du DCEV** – Le DCEV se présente sous la forme d'une annexe I à la proposition de Règlement. S'appuyant sur l'Étude de faisabilité réalisée par le groupe d'expert et, avant elle, sur le projet académique de Cadre commun de référence<sup>82</sup>, la Commission s'est efforcée de suivre la séquence chronologique de la vie d'un contrat de vente.

La partie I du DCEV commence par l'énoncé de quelques principes généraux fondamentaux : la liberté contractuelle (art. 1), la bonne foi et la loyauté (art. 2) et la coopération entre parties (art. 3). Il renferme également différentes règles relatives à l'application du DCEV, soient : les règles d'interprétation du DCEV (art. 4), la notion de « caractère raisonnable » à laquelle le DCEV fait parfois référence (art. 5), la liberté du choix de la forme du contrat (art. 6), la définition et l'acceptation des notions telles que « clauses contractuelles ne faisant pas l'objet d'une négociation individuelle » (art. 7), « résolution d'un contrat » (art. 8) ou « contrats à objet mixte » (art. 9), les modalités selon lesquelles doivent se produire les « notifications » d'une partie à l'autre au sens du DCEV (art. 10), les règles relatives à la computation des délais (art. 11) ainsi que celles relatives aux déclarations ou comportements unilatéraux.

Ensuite, les dispositions se présentent selon un plan cohérent, regroupées sous les parties II à VIII : partie II : formation du contrat ; partie III : appréciation du contenu du contrat ; partie IV : obligations et moyens d'action des parties à un contrat de vente ou à un contrat de fourniture de contenu numérique ; partie V : obligations et moyens d'action des parties à un contrat de services connexes ; partie VI : dommages et intérêts ; intérêts de retard ; partie VII : restitution ; partie VIII : prescription.

**28. Observations générales** – Sur le plan de son contenu, le DCEV comporte certaines différences au regard du droit belge de la vente. Néanmoins, le régime applicable au contrat de vente régi par le DCEV ne sera pas de nature à trop surprendre le juriste belge.

81. B. KOHL, B. MALLET-BRICOUT, H. PÉRINET-MARQUET et J. SÉNÉCHAL, *op. cit.*, p. 239.

82. Voy. *supra*, n° 5.

D'une part, en effet, la plupart des questions classiques soulevées par le droit de la vente s'y trouvent réglées (formation du contrat et vices de consentement, obligations des parties, sanctions de l'inexécution, transfert des risques, prescription...).

D'autre part, les solutions qui y sont apportées correspondent en grande partie à celles que donnent, (i) le droit belge de la vente tel qu'il est interprété par la jurisprudence – y compris de la vente au consommateur, le DCEV s'appuyant en ce domaine sur l'acquis communautaire, dont les directives ont été intégrées en Belgique, par exemple dans le Code civil (à propos de la garantie des biens de consommation) ou dans la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur (à propos, entre autres, de la réglementation des clauses abusives ainsi que de certaines ventes aux consommateurs) –, et (ii) la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises.

**29. DCEV v. droit belge interne de la vente. Appréciation et renvoi** – Si l'adoption par les parties à la vente de ce système optionnel ne constituera pas un saut complet dans l'inconnu, il faut toutefois se garder de penser que le droit belge de la vente et le texte de la proposition coïncident en tous points. En optant pour le DCEV, les parties se trouveront confrontées à maints égards à des règles différentes de celles auxquelles les juristes belges sont habitués.

Nombre de ces différences font l'objet d'une analyse comparative au point III de la présente contribution. Il suffit ici d'en citer les principales, regroupées par catégories.

En ce qui concerne la formation du contrat (partie II)<sup>83</sup>, l'on relève ainsi : le caractère révocable de l'offre jusqu'à la date à laquelle le destinataire de l'offre expédie son acceptation (art. 32) ; le choix clair effectué en faveur de la « *knockout rule* », en présence de conditions générales de vente et d'achat incompatibles auxquelles renvoient tant l'offre que l'acceptation (art. 39) ; les conditions de l'erreur, vice de consentement, plus strictes qu'en droit belge (art. 48)<sup>84</sup> ; la possibilité donnée aux parties d'annuler le contrat par notification au cocontractant et les délais dans lesquels la notification de la décision d'annuler le contrat doit être effectuée (six mois à dater de la connaissance des circonstances donnant lieu à l'annulation, en cas d'erreur ; un an en cas de dol, de menaces ou d'exploitation déloyale – cette dernière étant assimilable peu ou prou à la lésion qualifiée de droit belge) (art. 52). Différentes informations précontractuelles doivent par ailleurs être fournies

83. Sur la formation du contrat dans le DCEV, voy. entre autres O. DESHAYES, « Formation du contrat », in O. DESHAYES (dir.), *Le droit commun européen de la vente. Examen de la proposition de Règlement du 11 octobre 2011*, coll. Trans Europe Experts, vol. 6, Paris, éd. Société de Législation Comparée, 2012, pp. 95-123 ;

84. Voy. également en ce sens A. CHONE-GRIMALDI, « La proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente », *Contr. Concur. Consomm.*, Avril 2012, p. 7.

par le vendeur à son client, même lorsque ce dernier ne revêt pas la qualité de consommateur (art. 23) ; ces dernières sont toutefois moins nombreuses que celles devant être fournies à un consommateur ou en présence de contrats conclus à distance.

S'agissant du contenu du contrat (partie III), l'on peut signaler les règles originales en matière de détermination du prix (art. 73 à 75) ; l'article 73 énonce ainsi que : « lorsque le prix à payer en vertu d'un contrat ne peut être déterminé selon d'autres modalités, le prix est, sauf indication contraire, celui normalement facturé dans des circonstances comparables au moment de la conclusion du contrat ou, à défaut d'un tel prix, un prix raisonnable » ; le régime de la tierce décision obligatoire (fixation du prix de vente par un tiers) est également différent, l'article 75 permettant au tribunal, non seulement de désigner une autre personne chargée de fixer le prix, lorsque le tiers initialement désigné à cet effet « ne peut ou ne veut pas le faire », mais également de substituer sa propre appréciation du prix au prix fixé par le tiers, lorsque celui-ci est « manifestement déraisonnable ». Quant au régime des clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs (art. 82 à 85), il est moins protecteur que celui établi en droit belge aux articles 73 à 78 de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur<sup>85</sup> ; à titre d'exemple, seules les clauses n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle pourront être qualifiées d'abusives.

C'est au niveau des obligations et moyens d'action des parties à un contrat de vente (partie IV) ou à un contrat de services de services connexes (partie V) que les différences avec le droit de la vente nationale sont les plus palpables. Ainsi, l'article 89 (« changement de circonstances ») consacre dans le DCEV l'admission de la théorie de l'imprévision : « lorsque l'exécution devient excessivement onéreuse en raison d'un changement exceptionnel de circonstances, les parties ont l'obligation d'engager des négociations en vue d'adapter le contrat ou d'y mettre fin » ; à défaut, le tribunal est investi du pouvoir d'adapter le contrat « [...] afin de le mettre en conformité avec ce que les parties auraient raisonnablement convenu au moment de la conclusion du contrat si elles avaient tenu compte du changement de circonstances », ou même de mettre fin au contrat. Le DCEV consacre par ailleurs, comme en matière de garantie des biens de consommation ou de vente internationale soumise à la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises, l'abandon de la distinction entre les obligations de délivrance et de garantie des vices cachés, au profit d'une obligation générale de conformité du bien au contrat (art. 99 à 105). Les moyens d'action à la disposition des parties présentent également des différences importantes. D'abord, le mécanisme dit de « *l'anticipatory breach* » est admis de manière généralisée :

85. Voy. à ce sujet *infra*, n° 67.

l'article 116 (« résolution pour inexécution anticipée ») énonce ainsi : « dès lors que l'inexécution serait de nature à justifier la résolution, l'acheteur est fondé à résoudre le contrat avant l'échéance prévue pour l'exécution si le vendeur a déclaré qu'il ne s'exécuterait pas ou s'il est par ailleurs manifeste qu'il ne s'exécutera pas » ; l'article 136 contient une disposition similaire en ce qui concerne le vendeur<sup>86</sup>. Ensuite, l'article 120 consacre le droit de réduire le prix comme sanction autonome à part entière, au bénéfice de l'acheteur. Comme la nullité, la résolution du contrat s'exerce par ailleurs par voie de notification faite à l'autre partie (art. 118 et 138). Enfin, le transfert des risques n'est pas lié à la propriété du bien : il s'effectue, en règle, lors de la livraison du bien (art. 142 à 146).

Dans la partie VI (« dommages et intérêts ; intérêts de retard »), l'on signale notamment l'article 163 (« réduction du préjudice »), qui fait explicitement reposer sur le créancier l'obligation de réduire son préjudice en prenant à cet effet des mesures raisonnables. En outre, le droit du créancier à des dommages et intérêts est conditionné à la démonstration par ce dernier que le débiteur ait « contribué à l'inexécution ou aux conséquences de celle-ci » (art. 162) ce qui distingue quelque peu le DCEV du système belge de la garantie des vices cachés de droit commun.

Si les règles applicables à la restitution consécutive à l'annulation ou à la résolution du contrat de vente (partie VII) n'appellent pas de commentaires particuliers, le régime de la prescription (partie VIII) mérite, en revanche, quelques précisions. Le DCEV organise deux délais de prescription (art. 179 et 180). Le délai court est de deux ans ; il commence à courir à compter du moment où le créancier a pris, ou peut être présumé avoir pris, connaissance des faits en raison desquels il peut faire valoir son droit ; le délai long est de dix ans (étendu à trente ans en cas de dommages et intérêts pour préjudices corporels) ; il commence à courir à compter du moment où le débiteur doit s'exécuter ou, en cas de dommages et intérêts, à compter de la date du fait générateur du droit. Ces délais sont suspendus en cas de procédure judiciaire, d'arbitrage ou de médiation (art. 181) ; en cas de négociation entre les parties (art. 182) ou en cas d'incapacité (art. 182), ces délais sont par ailleurs prorogés d'un an à compter respectivement « de la dernière communication faite lors des négociations ou de la communication de l'une des parties à l'autre de son souhait de ne pas poursuivre les négociations » ou de la fin de l'incapacité (ou la nomination d'un représentant à l'incapable). Les délais sont par ailleurs interrompus en cas de reconnaissance de dette par le débiteur (art. 184). Enfin, les parties ne sont pas totalement libres de modifier ces délais par convention (art. 186) : d'une part, une limite minimale et maximale à

86. Les articles 113 et 133 permettent également respectivement à l'acheteur et au vendeur de suspendre l'exécution de leurs obligations en cas de croyance raisonnable que l'autre partie ne s'exécutera pas à l'échéance.

l'abréviation ou à l'allongement du délai est fixée, tant pour le délai court que pour le délai long<sup>87</sup> ; d'autre part, bien entendu, les conventions ne peuvent déroger aux délais de prescription au détriment du consommateur.

---

87. Le délai de prescription court ne peut être réduit à moins d'un an ni étendu à plus de dix ans. Le délai de prescription long ne peut être réduit à moins d'un an ni étendu à plus de trente ans.