

DIRECTION GÉNÉRALE DES POLITIQUES INTERNES
DÉPARTEMENT THÉMATIQUE **C**
DROITS DES CITOYENS ET AFFAIRES CONSTITUTIONNELLES



Affaires constitutionnelles

Liberté, sécurité et justice

Égalité des genres

Affaires juridiques et parlementaires

Pétitions

**Le fonctionnement du
DCEV dans le cadre du
Règlement Rome I**

ETUDE



DIRECTION GENERALE DES POLITIQUES INTERNES
DEPARTEMENT THEMATIQUE C: DROIT DES CITOYENS ET DES
AFFAIRES CONSTITUTIONNELLES

AFFAIRES JURIDIQUES

Le fonctionnement du DCEV dans le cadre du Règlement Rome I

ETUDE

Résumé

Cette étude a pour but de préciser l'articulation entre le DCEV et le Règlement Rome I, et de rechercher dans quelle mesure cette articulation favorisera le commerce transfrontière B2C, en permettant au professionnel qui souhaite commercer dans toute l'Union européenne d'être soumis aux dispositions impératives du DCEV, et non aux lois de police d'origine étatique des 27 Etats membres de l'Union européenne. Cette étude permettra ensuite de vérifier que les dispositions impératives du DCEV, comparées aux droits internes de la consommation des pays de l'Union européenne, sont d'un haut niveau de protection du consommateur.

Cette étude a été demandée par la Commission des affaires juridiques du Parlement européen .

AUTEUR

Martine BEHAR-TOUCHAIS

Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne- Paris I (Ecole de Droit de la Sorbonne)
Codirectrice de l'Institut de la recherche juridique de la Sorbonne (IRJS-Institut TUNC)
Directrice du pôle Contrat, consommation, commerce électronique du réseau européen d'experts en Droit Trans Europe Experts (TEE)
Ancien membre du collège du Conseil français de la concurrence

Avec la collaboration de Zoé JACQUEMIN (sur la seconde partie) , Doctorante des Universités Panthéon-Assas (Paris II) et Humbolt (Berlin), ATER à l'Université Panthéon-Assas, membre de Trans Europe Experts (TEE)

ADMINISTRATEUR RESPONSABLE

Danai PAPADOPOULOU

Département thématique: Droits des citoyens et affaires constitutionnelles
Parlement européen
B-1047 Brussels
E-mail: danai.papadopoulou@europarl.europa.eu

VERSIONS LINGUISTIQUES

Original: FR

Translation: EN

A PROPOS DE L'EDITEUR

Pour contacter le département thématique ou souscrire à sa lettre d'information manuelle, voir à l'adresse suivante:

poldep-citizens@europarl.europa.eu

Parlement européen, manuscrit achevé en octobre 2012

© Union Européen, 2012.

Ce document est disponible sur le site internet:

<http://www.europarl.europa.eu/studies>

AVERTISSEMENT

Les opinions exprimées sont celles de l'auteur et ne reflètent pas nécessairement la position officielle du Parlement européen.

La reproduction ou la traduction dans un but non-commercial sont autorisées, sous réserve de l'indication de la source, d'une notification préalable et de l'envoi d'une copie à l'éditeur.

TABLE DES MATIERES

LISTE DES TABLEAUX	5
RÉSUMÉ.....	6
1 ARTICULATION DU REGLEMENT ROME I ET DE L'INSTRUMENT OPTIONNEL DE DROIT COMMUN EUROPEEN DE LA VENTE	9
1.1 REMARQUES PRELIMINAIRES	9
1.1.1. Présentation succincte de la protection du consommateur dans le Règlement Rome I.....	9
1.1.2. Texte du Règlement Rome I visant l'instrument optionnel.....	13
1.2 SUR LA QUALIFICATION DU DCEV DE SECOND REGIME DE DROIT INTERNE.....	14
1.2.1. Les différentes qualifications possibles	14
1.2.2. Le choix de la Commission européenne	17
1.2.3. Les réserves doctrinales.....	18
1.3 SUR LE FONCTIONNEMENT NORMAL DU REGLEMENT ROME I.....	20
1.3.1. L'absence d'éviction du Règlement Rome I	21
1.3.2. La neutralisation des lois de police du 1er régime interne ().....	22
1.3.3. Les lois de police concernées par l'article 6 §2 du Règlement Rome I..	26
1.4 SUR L'APPLICATION PRECISE DE L'ARTICULATION ENTRE LE REGLEMENT ROME I ET LE DCEV.....	27
1.4.1. Caractère international des relations : Articulation de l'article 1 al.1 du Règlement Rome I et du DCEV	27
1.4.2. Choix de la loi et de l'instrument : Articulation de l'article 3 du Règlement Rome I et du DCEV	28
1.4.3. Application du DCEV à un professionnel résidant hors d'Europe ; Articulation des articles 6 ou éventuellement 4.1 du Règlement Rome I et du DCEV..	34
1.4.4. Protection du consommateur par la loi de sa résidence habituelle en l'absence de choix de loi applicable: Articulation de l'article 6 § 1 du Règlement Rome I et du DCEV	34
1.4.5. Protection du consommateur par les lois de police du lieu de sa résidence habituelle en cas de choix d'une loi applicable moins protectrice : Articulation des articles 6 §2 et 9 du Règlement Rome I et du DCEV.....	35
1.4.6. Exception d'ordre public international du for : Articulation de l'article 21 du Règlement Rome I et DCEV	35

2 COMPARAISON DU DROIT NATIONAL DE LA CONSOMMATION DES ETATS MEMBRES AVEC LES DISPOSITIONS PROTECTRICES DU CONSOMMATEUR DANS LE DCEV	38
2.1 TABLEAUX COMPARATIFS.....	38
2.1.1. La définition du consommateur	38
2.1.2. La définition du professionnel	43
2.1.3. La nullité du contrat	46
2.1.4. La protection du consommateur contre les clauses abusives.....	57
2.1.5. Les obligations du vendeur.....	64
2.1.6. Les remèdes de l'acheteur.....	66
2.1.7. Les obligations de l'acheteur.....	69
2.1.8. Les remèdes du vendeur	70
2.1.9. Les restitutions.....	72
2.1.10. La prescription	73
2.2 BILAN DE LA COMPARAISON	75
2.2.1. Le DCEV est très souvent plus protecteur du consommateur que bien des Etats membres.....	76
2.2.2. Face à des solutions tranchées des Etats membres, le DCEV choisit une solution très protectrice, même si elle n'est pas la somme des solutions les plus protectrices de tous les Etats membres	77
2.2.3. Les questions sensibles subsistantes.....	78
CONCLUSION GENERALE	80
BIBLIOGRAPHIE SELECTIVE.....	82
ANNEXES.....	85

LISTE DES TABLEAUX

Tableau comparatif	Titre	Page
n°1	DCEV - Droit des Etats Membres sur la notion de consommateur	39
n°2	DCEV - Droit des Etats Membres sur la notion de professionnel	44
n°3	DCEV - lois nationales sur la nullité pour erreur	47
n°4	DCEV - lois nationales sur le dol	49
n°5	DCEV - lois nationales sur l'abus de faiblesse (exploitation déloyale)	52
n°6	DCEV - lois nationales sur la mise en œuvre de la nullité	54
n°7	DCEV - lois nationales sur les clauses abusives	57
n°8	DCEV - lois nationales sur les obligations du vendeur (garantie de conformité)	65
n°9	DCEV - lois nationales sur les remèdes de l'acheteur	67
n°10	DCEV - lois nationales sur les obligations de l'acheteur	69
n°11	DCEV - lois nationales sur les remèdes du vendeur (intérêts de retard)	70
n°12	DCEV - lois nationales sur les restitutions	72
n°13	DCEV - lois nationales sur la prescription	74

RÉSUMÉ

Contexte

Le Livre vert de la Commission européenne relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises (COM (2010) 348/3) a récapitulé les sept options possibles pour la création d'un droit européen des contrats. Cela va d'une simple publication des résultats du travail du groupe d'experts nommés à cet effet à un véritable Code européen des contrats. A mi-chemin entre ces positions extrêmes, la Commission européenne a suggéré qu' « un règlement pourrait créer un instrument facultatif, qui serait conçu comme un «second régime» dans chaque État membre, offrant ainsi aux parties la possibilité de choisir entre deux régimes de droit interne des contrats ». C'est dans ce contexte que le 11 octobre 2011, la Commission a publié une proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente (COM (2011) 635 final). Il convient de rechercher comment ce droit commun européen de la vente (DCEV) pourra s'articuler avec le Règlement n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, dit Rome I. La question n'est ici posée que dans les rapports B2C.

Objectifs

Pour le succès du DCEV, il faut que son articulation avec le Règlement Rome I soit claire. Il faut ensuite que le DCEV aboutisse à un haut niveau de protection du consommateur, qui sans nécessairement comporter toutes les dispositions les plus protectrices du consommateur, supporte la comparaison avec les droits nationaux.

Il convient donc d'abord de **rechercher comment le DCEV s'articule avec le Règlement Rome I**. Il était envisageable de qualifier le DCEV de 28^{ème} régime, de loi uniforme s'appliquant avant tout raisonnement en termes de conflits de lois, ou de second régime de droit interne. La qualification retenue du DCEV comme un second régime de droit interne est à cet égard déterminante. Le choix du DCEV n'est pas un choix de loi applicable au sens du droit international privé. Il intervient secondairement, au sein de la loi applicable, comme un choix entre deux régimes, le 1^{er} régime d'origine étatique, et le 2nd régime (le DCEV). Les critiques doctrinales de cette qualification ne sont pas péremptoires. Certains auteurs dénie à un Règlement européen le pouvoir de faire du droit national. D'autres s'enquière des autres conséquences que devraient entraîner la qualification de droit interne du DCEV (interprétation interne, mise en conformité avec les directives existantes, transposition des directives futures au sein du DCEV...). Tout au plus ces réflexions permettent-elles d'admettre un caractère hybride du DCEV, qui, s'il est un second régime de droit interne, a néanmoins été conçu au plan européen et a été « porté » par un Règlement. Sa conception européenne justifie par exemple une interprétation par la Cour de Justice.

Toujours est-il que la qualification de second régime de droit interne, permet d'assurer un fonctionnement normal du Règlement Rome I. Le dit Règlement n'est pas évincé, et va permettre de déterminer la loi applicable.

Mais d'une part, le choix que vont faire les parties se décompose en deux phases :

-en premier lieu, il y a le choix de la loi d'un Etat membre comme loi applicable (c'est un choix de loi applicable au sens du droit international privé). A défaut, il y a localisation objective du contrat (article 6 du Règlement Rome I).

-en second lieu, il y a le choix du DCEV (2nd régime) dans le droit national. Ce choix là est un choix de pur droit interne.

Il faut cependant préciser que le choix du DCEV (sans choix exprès de loi applicable) sera un indice déterminant de la volonté implicite de choisir comme loi applicable la loi d'un pays de l'Union européenne.

D'autre part, l'article 6 du règlement Rome I, qui interdit que le choix d'une loi applicable prive le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi du pays où il a sa résidence habituelle n'aura cependant aucune importance pratique si, dans le droit national, les parties ont opté pour le droit commun européen de la vente, puisque les dispositions de ce dernier sont identiques dans le pays dont le droit a été retenu et dans le pays de résidence du consommateur.

Seules les lois de police du 1^{er} régime sont neutralisées, comme l'expose la Commission : *« Si, dans le cadre d'une telle transaction, les parties choisissent le droit d'un autre Etat membre que celui où réside le consommateur, l'article 6, paragraphe 1, du règlement interdit que ce choix prive le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi du pays où le consommateur a sa résidence habituelle (l'article 6, paragraphe 2, du règlement Rome I). Cette disposition n'aura cependant aucune importance pratique si, dans le droit national, les parties ont opté pour le droit commun européen de la vente, **puisque les dispositions de ce dernier sont identiques dans le pays dont le droit a été retenu et dans le pays de résidence du consommateur.** En conséquence, le niveau des règles de consommation impératives du pays du consommateur n'est pas supérieur et le consommateur n'est pas privé de la protection assurée par la loi du pays où il a sa résidence habituelle. »* (exposé des motifs p.7). En d'autres termes, puisque le régime optionnel est un second régime interne dans chaque Etat membre, il ne peut pas par nature être évincé par les lois de police de l'autre régime interne d'origine étatique, car il s'y substitue totalement, quand les parties le choisissent ⁽¹⁾. Il devient le régime interne choisi par les parties.

L'étude précise de l'articulation du DCEV avec les principaux textes du Règlement Rome I montre qu'il n'y a pas de réelles difficultés d'articulation, dès lors que l'on admet les prémisses du raisonnement et la qualification de second régime de droit interne de l'instrument optionnel.

Mais, puisqu'en cas de choix de l'instrument optionnel, le consommateur ne sera plus protégé par les dispositions impératives du premier régime national de droit de la consommation de son lieu de résidence habituelle mais par les dispositions impératives du second régime national de son lieu de résidence habituelle, constitué par le DCEV, il est important de **comparer le niveau de protection du DCEV et des**

¹ Voir déjà en ce sens notre Briefing paper « Relation d'un instrument optionnel avec les lois nationales » 2010

droits nationaux des pays de l'UE.

Cette comparaison a été faite sur dix questions clés du droit de la consommation (notion de consommateur, notion de professionnel, annulation du contrat, clauses contractuelles abusives, obligations du vendeur, remèdes de l'acheteur, obligations de l'acheteur, remèdes du vendeur, restitutions, prescription).

Or, la comparaison du niveau de protection du DCEV et des droits nationaux des pays de l'UE, a permis de montrer que le choix du DCEV ne défavorise pas le consommateur, car ce dernier continuera de bénéficier d'un haut niveau de protection. Bien au contraire, **très souvent , le choix du DCEV aura pour effet de renforcer la protection du consommateur par rapport à bon nombre de législations internes des Etats membres** (par exemple, en laissant à l'acheteur le libre choix des remèdes, en le libérant d'exigences d'examen des marchandises et de notification, en n'excluant le droit de résolution du consommateur uniquement en cas de défaut insignifiant, en établissant une liste noire et une liste grise de clauses abusives, etc..).

Les différences souvent de détail qui apparaissent, au terme de cette comparaison, permettront, le cas échéant, de promouvoir une information du consommateur selon les pays, sur les différences entre le 1^{er} régime et le 2nd régime.

1 ARTICULATION DU REGLEMENT ROME I ET DE L'INSTRUMENT OPTIONNEL DE DROIT COMMUN EUROPEEN DE LA VENTE

1.1 Remarques préliminaires

1.1.1. Présentation succincte de la protection du consommateur dans le Règlement Rome I

La protection du consommateur ⁽²⁾ dans le Règlement n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, dit Règlement Rome I, est assurée par deux textes.

A titre principal, c'est **l'article 6 dudit Règlement** qui dispose, concernant la loi applicable aux contrats de consommation :

1. Sans préjudice des articles 5 et 7, un contrat conclu par une personne physique (ci-après «le consommateur»), pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle, avec une autre personne (ci-après «le professionnel»), agissant dans l'exercice de son activité professionnelle, est régi par la loi du pays où le consommateur a sa résidence habituelle, à condition que le professionnel:

- a) exerce son activité professionnelle dans le pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle, ou
- b) par tout moyen, dirige cette activité vers ce pays ou vers plusieurs pays, dont celui-ci, et que le contrat rentre dans le cadre de cette activité.

2. Nonobstant les dispositions du paragraphe 1, les parties peuvent choisir la loi applicable à un contrat satisfaisant aux conditions du paragraphe 1, conformément à l'article 3. Ce choix ne peut cependant avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord en vertu de la loi qui aurait été applicable, en l'absence de choix, sur la base du paragraphe 1.

3. Si les conditions établies au paragraphe 1, point a) ou b), ne sont pas remplies, la loi applicable à un contrat entre un consommateur et un professionnel est déterminée conformément aux articles 3 et 4... »

L'article 6.4 liste enfin un certain nombre de contrats auxquels les § 1 et 2 ne s'appliquent pas.

Cet article 6 ne s'applique pas à tous les contrats de consommation. Il faut :

- soit que le professionnel exerce son activité professionnelle dans le pays de la résidence habituelle du consommateur,
- soit que "par tout moyen, (il) dirige cette activité vers ce pays ou vers plusieurs pays dont celui-ci" ; cette dernière expression vise le cas du

² O. Boskovic, La protection de la partie faible dans le règlement "Rome I" : D. 2008, doct. p. 2175.

commerce électronique et reprend les termes de l'article 15 du règlement n° 44/2001 Bruxelles I. On parle de consommateur « passif », en ce sens que dans ce cas, le consommateur n'a pas eu grand chose à faire pour trouver ce professionnel qui réside dans le même pays que lui, ou qui a dirigé son activité vers son pays.

Il se peut que le contrat de consommation ne remplisse pas ces conditions. Ce sera le cas par exemple si un consommateur en vacances dans un autre pays que celui de sa résidence fait un achat dans une entreprise qui n'a pas de site Internet. Ce sera le cas également si le consommateur internaute fait un achat sur le site Internet d'un commerçant qui a sa résidence dans un autre Etat, à condition que ce site n'ait pas dirigé son activité vers le pays de ce consommateur³.

Si le contrat de consommation ne remplit pas les conditions susvisées de l'article 6 il est soumis aux articles 3 et 4 du Règlement Rome I, ce qui signifie que les parties peuvent choisir la loi applicable (article 3) et qu'à défaut de choix, « le contrat de vente de biens est régi par la loi du pays dans lequel le vendeur a sa résidence habituelle » (article 4, 1 a). On s'interrogera plus loin sur la question de savoir si le consommateur profite alors de la protection de certaines lois de police (cf infra, article 9).

Si le contrat de consommation remplit les conditions susvisées de l'article 6, il y a éviction de l'article 4 du Règlement Rome I. Dès lors de deux choses l'une :

- Soit les parties n'ont pas choisi la loi applicable à leur contrat, dans ce cas, la loi applicable est celle de la résidence du consommateur, qu'il est censée connaître le mieux. Cette loi est également applicable aux conditions de forme des contrats relevant de l'article 6 du Règlement (**article 11 §4 du Règlement**)
- Soit les parties ont choisi une loi applicable, mais dans ce cas le consommateur reste protégé : en effet, la loi choisie « ne peut cependant avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord en vertu de la loi qui aurait été applicable, en l'absence de choix, sur la base du paragraphe 1. »

On remarque que la lettre de ce texte fait de toutes les lois impératives du lieu de résidence du consommateur des lois de police.

En effet, en principe, il y a deux degrés dans les lois impératives.

- Le premier degré d'impérativité concerne des lois qui sont simplement d'ordre public interne, mais ne véhiculent pas de valeurs cruciales pour l'organisation de la société. Leur application ne peut pas être écartée par la volonté des parties, mais elles ne s'opposent pas dans les litiges internationaux à

³ A cet égard, la Cour de Justice a précisé cette dernière notion de direction de l'activité vers le pays du consommateur: « (...) il convient de vérifier si, avant la conclusion éventuelle d'un contrat avec le consommateur, il ressort de ces sites Internet et de l'activité globale du commerçant que ce dernier envisageait de commercer avec des consommateurs domiciliés dans un ou plusieurs États membres, dont celui dans lequel ce consommateur a son domicile, en ce sens qu'il était disposé à conclure un contrat avec eux. » (CJUE 21 février 2009 aff. jointes C-585/08 et C-144/09, Pammer Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG (C585/08), et Hotel Alpenhof GesmbH contre Oliver Heller (C144/09), Rec 2010 I-12527).

l'application de la loi étrangère normalement applicable en vertu de la règle de conflit ⁽⁴⁾.

- Le second degré d'impérativité concerne des lois qui véhiculent des valeurs véritablement cruciales pour l'organisation de la société. Leur impérativité est renforcée et on les appelle des lois de police (cf article 9.1 du Règlement Rome I). Certes, les contractants ne peuvent prévoir une clause contraire à ces lois. Mais en outre, une loi étrangère normalement applicable qui serait contraire à la loi de police, serait écartée par cette dernière.

L'article 6 du Règlement Rome I, en précisant que la loi choisie dans un contrat B2C « ne peut cependant avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent **les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord en vertu de la loi qui aurait été applicable**, en l'absence de choix, sur la base du paragraphe 1», permet au consommateur d'invoquer toutes les lois impératives de son lieu de résidence, sans qu'on ait à rechercher leur degré d'impérativité, et donc sans que le consommateur ait à prouver qu'elles sont cruciales pour l'organisation de la société.

Dès lors, on peut considérer que toutes ces lois étant de nature à évincer la loi choisie par les parties sont implicitement qualifiées de lois de police (au moins pour l'application de l'article 6).

Cela ne fait que traduire le fait que les textes d'ordre public de protection du consommateur véhiculent des valeurs jugées cruciales en Europe.

- Le second texte protecteur du consommateur est subsidiairement le texte général de **l'article 9 du Règlement Rome I**, qui, après avoir défini la loi de police, prévoit:

« 2. Les dispositions du présent règlement ne pourront porter atteinte à l'application des lois de police du juge saisi.

3. Il pourra également être donné effet aux lois de police du pays dans lequel les obligations découlant du contrat doivent être ou ont été exécutées, dans la mesure où lesdites lois de police rendent l'exécution du contrat illégale. Pour décider si effet doit être donné à ces lois de police, il est tenu compte de leur nature et de leur objet, ainsi que des conséquences de leur application ou de leur non-application. »

La question se pose de savoir comment concilier les articles 6 et 9 du Règlement (comme elle se posait à l'époque de la Convention de Rome entre les articles 5 et 7 de la convention).

Faut-il considérer que les lois de police de la résidence habituelle du consommateur ne peuvent intervenir que dans les cas prévus par l'article 6, texte spécial pour le consommateur, et ne sauraient, en dehors de ce cas, être invoquées au titre de

⁴ Par exemple, l'article 132-8 du code de commerce accorde aux transporteurs une garantie de paiement de leurs prestations. Il est d'ordre public interne. Les parties au contrat de transport ne pourraient pas stipuler une clause contraire. Mais la Cour de cassation française juge qu'il n'est pas «une loi dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale et économique du pays au point de régir impérativement la situation quelle que soit la loi applicable et de constituer une loi de police » (Cass. Com 13 juillet 2010 n° de pourvoi 10-12154).

l'article 9 ⁽⁵⁾, quand les conditions de l'article 6 ne sont pas remplies ?

C'est l'opinion défendue par Paul Lagarde, dès l'époque de la Convention de Rome ⁽⁶⁾. Le Bundesgerichtshof s'est également prononcé en ce sens dans un arrêt du 19 mars 1997 ⁽⁷⁾. Ainsi, si la vente a été conclue au cours d'un déplacement à l'étranger du consommateur, le juge de son pays de résidence ne pourrait pas le faire bénéficier de la protection des dispositions locales. Mais d'autres auteurs ont soutenu que le Règlement n'exclut pas qu'en dehors du domaine de l'article 6, l'article 9 puisse jouer ⁽⁸⁾. Et c'est ce qu'a décidé très clairement la Cour de cassation française dans un arrêt du 23 mai 2006 ⁽⁹⁾.

Le résultat de ce débat est extrêmement important en pratique. Dès lors, nous considérons que, si le consommateur qui remplit les conditions de l'article 6 est protégé par toutes les dispositions impératives de son pays de résidence, le consommateur qui ne remplit pas les conditions de l'article 6, est néanmoins protégé par les lois de police de son pays de résidence sur le fondement de l'article 9 du Règlement Rome I.

La relation entre les deux dispositions (article 6 et article 9) se présente de la façon suivante :

-Quand les conditions de l'article 6 sont remplies, le consommateur est protégé par toutes les lois impératives de son lieu de résidence. Il aura juste à démontrer qu'il s'agit d'une loi d'ordre public, sans avoir à démontrer qu'elle est une loi de police au sens de l'article 9 ;

-Quand les conditions de l'article 6 ne sont pas remplies, le consommateur reste protégé mais il doit démontrer que la loi dont il se prévaut est bien une loi de police au sens de l'article 9, c'est-à-dire une loi qui protège une valeur cruciale pour l'organisation de la société ⁽¹⁰⁾.

Ces règles de protection du consommateur impliquent qu'un professionnel qui voudrait commercer dans les 27 Etats de l'Union européenne, soit soumis aux lois de police des 27 Etats membres de lieu de résidence des consommateurs concernés, ce qui peut être un frein au développement du marché européen.

⁵ Il faudrait alors prouver que la loi impérative du lieu de résidence invoquée n'est pas une simple disposition d'ordre public interne, mais doit bien être qualifiée de loi de police.

⁶ Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980: Rev. crit. DIP 1991, p. 287 et s., spécialement p. 316, note 76,

⁷ Rev. crit. DIP 1998, p. 610, note P. Lagarde, aff. dite "des Grandes Canaries" : pour la Haute Juridiction allemande l'article 5 de la Convention de Rome est une clause spéciale d'application des lois de police et les contrats qui ne tombent pas dans le champ d'application de l'article 5 ne peuvent bénéficier de la clause générale d'application des lois de police de l'article 7 de la Convention.

⁸ cf. M.-L. Niboyet-Hoegy JCl. Droit international, Fasc. 552-40, n° 17. – V. aussi A. Sinay-Cytermann, La protection de la partie faible en droit international privé, in *Le droit international privé : esprit et méthodes* : Mélanges Lagarde, 2005, p. 737

⁹ pourvoi n° 03-15637 ; Rev. crit. DIP 2007, p. 85, note D. Cocteau-Senn ; D. 2006, act. jurispr. p. 1597, obs. V. Avena-Robardet ; D. 2007, pan. p. 1754, obs. P. Courbe et F. Jault-Seseke ; RDC 2006, p. 1253, obs. P. Deumier ; JCP G 2007, I, 109, obs. M. Attal ; Dr. et patrimoine déc. 2006, p. 80, note M.-E. Ancel ; JDI 2007, p. 537, note A. Sinay-Cytermann. ; voir aussi P. de Vareilles-Sommières, Le sort de la théorie des clauses spéciales d'application des lois de police en droit des contrats internationaux de consommation (nature de l'article 5 de la convention de Rome du 19 juin 1980) : Dalloz, 2006, p. 2464 et du même auteur, L'ordre public dans les contrats internationaux en Europe. Sur quelques difficultés de mise en oeuvre des articles 7 et 16 de la convention de Rome du 19 juin 1980, in *Mélanges en l'honneur de Ph. Malaurie, Liber amicorum* : Defrénois 2005, p. 394 s., spécialement p. 407 à 411.

¹⁰ Cf supra le rappel de la distinction entre lois impératives et lois de police

Ce frein pourrait être levé grâce à l'instrument optionnel de droit commun européen de la vente prévu par la proposition de Règlement du 11 octobre 2011 sur le DCEV.

Mais quels liens aurait cet instrument optionnel avec le Règlement Rome I ?

1.1.2. Texte du Règlement Rome I visant l'instrument optionnel

La proposition de règlement Rome I¹¹ était très explicite sur ses liens avec un éventuel instrument optionnel. Le futur instrument optionnel européen était donc visé dans son article 3(2) et il était traité comme du droit non étatique, tandis que son article 22 précisait que le règlement n'affecte pas l'application ou l'adoption d'un éventuel instrument optionnel de l'UE. Ces textes n'ont pas été retenus, mais le Règlement Rome I a tout de même fait allusion au futur éventuel instrument optionnel. Il indique en effet dans son considérant 14 :

« Si la Communauté adopte dans un instrument juridique spécifique des règles matérielles de droit des contrats, y compris des conditions générales et clauses types, cet instrument peut prévoir que les parties peuvent choisir d'appliquer ces règles. »

En l'état de ce considérant du Règlement Rome I, la proposition de Règlement du 11 octobre 2011 sur le DCEV a précisé quelle était la difficulté à laquelle l'instrument optionnel de droit commun européen de la vente devrait remédier :

« L'article 6 du règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) oblige un professionnel qui dirige ses activités vers les consommateurs d'un autre État membre à se conformer au droit des contrats de ce dernier. Lorsque les parties ont opté pour un autre droit applicable et que les dispositions impératives de l'État membre du consommateur relatives à la protection des consommateurs prévoient un degré de protection plus élevé, ces règles impératives doivent être respectées. » (exposé des motifs p.2)

Il convient de vérifier si la soumission (¹²) à l'instrument optionnel proposé permet

¹¹ Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), COM(2005) 650 final du 15.12.2005 p. 5.

¹² Il y a en théorie deux façons pour des contractants d'adopter un corps de règles. Ils peuvent **s'y soumettre** comme on se soumet à une loi, en ce sens qu'ils seront soumis à ses aléas législatifs (notamment à ses modifications). Ainsi, le Professeur Pierre Mayer écrit-il que « la soumission implique que la loi soit applicable telle qu'elle veut s'appliquer » (« La neutralisation du pouvoir normatif de l'État en matière de contrats d'État », J.D.I. 1986 p. 5 et s., spécialement n°38). Les contractants peuvent aussi plus simplement **incorporer ce régime dans leur contrat**. Dans ce cas, ils contractualiseront ces règles qui deviendront de simples clauses contractuelles. En conséquence, ils ne seront pas soumis à l'aléa législatif (au changement des règles) puisqu'ils ne sont pas soumis à une loi mais ils auront adopté des stipulations contractuelles reprenant les termes de cette loi à un moment donné.

Or, l'article 3 de la proposition de règlement prévoit que : « *Les parties peuvent convenir de **soumettre** au droit commun européen de la vente leurs contrats transfrontières portant sur la vente de biens ou sur la fourniture de contenus numériques ou de services connexes, dans le cadre du champ d'application territorial, matériel et personnel défini aux articles 4 à 7* ». C'est donc bien d'une soumission qu'il s'agit.

effectivement de remédier à cette difficulté.

Tout semble dépendre de la question de savoir si était créé un 28ème régime, une loi uniforme, ou un 2nd régime⁽¹³⁾. Le choix de la proposition de Règlement est de faire de l'instrument optionnel **un second régime**⁽¹⁴⁾. Or, cela est très habile, car cela permet, comme on va le montrer, de laisser s'appliquer le Règlement Rome I, sans qu'il en résulte l'effet inhibiteur du commerce transfrontière.

Mais pour ce faire, il faut d'abord s'interroger sur la légitimité de l'affirmation selon laquelle l'instrument optionnel est un second régime de droit interne (1.1), avant de montrer sur un plan général que cela permet un fonctionnement normal du Règlement Rome I, sans les effets que l'on veut précisément écarter (1.2). On terminera enfin par une application précise de l'articulation des textes du Règlement Rome I avec le DCEV (1.3).

1.2 Sur la qualification du DCEV de second régime de droit interne

Pour être en mesure d'apprécier cette qualification, il faut rappeler tout d'abord quelles étaient les possibilités de qualification (1.1.1), quel est le choix de la Commission européenne (1.1.2), et quelles sont les contestations doctrinales de cette qualification (1.1.3).

1.2.1. Les différentes qualifications possibles

La Commission européenne avait le choix entre faire de l'instrument optionnel un 28^{ème} régime, une loi uniforme, ou un second régime.

1.2.1.1. Un 28ème régime

Si l'instrument optionnel avait été un 28ème régime, il se poserait tout d'abord la question de savoir si les parties peuvent le choisir.

En effet, l'article 3 du Règlement Rome I ne dit pas que les parties pourraient choisir une loi non étatique, ce que serait le 28ème régime. Seul le Considérant 14 du Règlement semble l'admettre, ce qui crée une insécurité juridique. De plus, certains Etats Membres appliquent la Convention de la Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable à la vente mobilière au lieu du Règlement Rome I en matière de vente⁽¹⁵⁾. Or, il a été suggéré⁽¹⁶⁾ que, si le DCEV était un 28ème régime, il n'est pas sûr que le choix du DCEV soit conforme à la dite Convention de la Haye.

¹³ Certains auteurs en doutent : « *In our view, this discussion is confusing and surperflous, at least if the above-made assumption is correct that such a contract law would be enacted by EC legislation. In this case, the nex contact law will necessarily be both « 28th » and « second » contract law* » Gérard Dannemann , Draft for a first Chapter (Subject matter, Appliation ans Scope) of an optional Européen Contract Law, http://ouclf.iuscomp.org/articles/acquis_group2.shtml.

¹⁴ Nous employons cette expression, alors qu'il serait préférable de dire un deuxième régime, car il est possible qu'il y en ait un troisième. Par exemple, en France, dans un contrat de vente transfrontière B2B, il y aura le choix entre le droit français, la convention de Vienne, ou le DCEV.

¹⁵ En vertu de l'article 25 du Règlement Rome I

¹⁶ Gisela RÜhl «the common european sales law : 28 TH regime, 2ND regime or 1st regime » ; sur le même thème, en langue allemande : Matteo FORNASIER, « 28 versus 2.regime-Kollisionsrechtliche Aspekte eines optionalen europäischen Vertragsrechts » <http://ssrn.com/abstract=1881510>; vgl. ferner Matthias Lehmann, Europäisches Vertragsrecht – 28th oder 2nd Regime?: GPR 2010, 261;

Par ailleurs, le choix de l'instrument européen conçu comme un 28ème régime, aurait-il permis d'aboutir aux résultats escomptés, c'est-à-dire à la possibilité de faire le commerce dans toute l'Union Européenne sous un seul régime ?

L'hypothèse est ici celle d'un 28ème régime choisi comme loi applicable à la suite du jeu de la règle de conflit. Dès lors, a priori le choix du 28ème régime aurait été traité comme un choix de loi et donc il aurait été soumis à l'article 6 susvisé, qui aurait permis de l'écarter face à une loi nationale plus protectrice du consommateur ⁽¹⁷⁾.

On peut toutefois se demander si la nature européenne du 28ème régime n'aurait pas prévalu, et si le principe de primauté n'aurait pas emporté avec lui toutes les lois protectrices du consommateur. Or, le Règlement Rome I est lui aussi un texte européen, de même valeur hiérarchique que le Règlement qui aurait institué un 28ème régime. Il ne suffit donc pas d'invoquer le principe de primauté pour régler toute difficulté. En outre, si le 28ème régime s'appliquait par désignation de la règle de conflit, c'est que le Règlement Rome I aurait priorité sur le DCEV conçu comme un 28ème régime. Dès lors, **l'instrument optionnel, conçu comme un 28ème régime, aurait dû aussi respecter l'article 6 du Règlement Rome I et le résultat escompté n'aurait pas été atteint.**

1.2.1.2. Une loi uniforme, s'appliquant avant toute règle de conflit

Une autre possibilité aurait été de faire de l'instrument optionnel une loi uniforme ⁽¹⁸⁾. Certains auteurs considèrent que cela aurait eu l'avantage que les parties auraient pu choisir cette loi uniforme, sans avoir besoin d'abord d'appliquer la règle de conflit de lois.

La Professeure Gisèle Rühl en déduit que la loi uniforme est le meilleur moyen de soumettre tous les contrats conclus avec les consommateurs de l'UE au même régime ⁽¹⁹⁾. Elle écrit ainsi :

« The European Commission should, therefore, rethink its position and consider application of the '1st regime-model' instead of the '2nd regime-model'.

Technically, implementation of the '1st regime-model' would require nothing more than a statement by the European Commission, for

¹⁷ En ce sens, Dr Eva Lein, British Institute of International and Comparative law, «*Issues of Private International law, Jurisdiction, and enforcement of judgments linked with the adoption of an optional EU contract law*».

<http://www.europarl.europa.eu/webnp/webdav/site/myjahiasite/users/emartinezdealosmoner/public/Lein%20EN.pdf>

¹⁸ ce que le professeur Gisèle Rühl («the common european sales law : 28 TH regime, 2ND regime or 1st regime») appelle un 1^{er} régime. : «*according to the '28th regime-model' the optional instrument will be integrated into the system of private international law. It will be a contract law that parties may choose in accordance with the rules of private international law just like any other national contract law. According to the '2nd regime-model', in contrast, the envisioned optional instrument will not be integrated into the system of private international law. It will not amount to an additional contract law that parties may choose in accordance with the rules of private international law. Rather, it will be a second contract law regime that will exist alongside each member state's contract law and that parties may choose if the law of a member state applies. Under the '2nd regime-model' the rules of private international law will, thus, take precedence over the optional European contract law. (...) Under the '1st regime-model' the CESL will be classified as a uniform law. It will define its own scope of application and apply if the requirements for its application as set out in the instrument itself are met. Under the '1st regime model' the CESL will, hence, take precedence over the rules of private international law.*» (cf p.1 et 2)

¹⁹ art précité

example in the Explanatory Memorandum or in the recitals, that the CESL shall be classified as a uniform law that takes precedence over the rules of private international law.

Ideally, however, the European legislator would insert an express provision that makes clear that the CESL applies if the requirements set out in the CESL itself are met and that the rules of private international law do not apply. »

La Commission européenne avait envisagé cette possibilité:

« La première méthode serait d'adopter l'instrument optionnel en tant que loi uniforme internationale. (...) Suivant cette méthode, l'instrument optionnel contiendrait une disposition concernant son champ d'application [19] et « Rome I » ne s'appliquerait pas, dans ce cas, pour les points réglés par l'instrument optionnel. (...) La deuxième méthode passerait par l'application de l'article 20 de la Convention de Rome [20]. L'instrument optionnel serait doté, ici aussi, d'une disposition concernant son champ d'application et « Rome I » ne s'appliquerait pas non plus aux points réglés par l'instrument. Une adaptation de l'article 20 pourrait être envisagée. Enfin, la troisième méthode (...) serait d'adopter l'instrument optionnel en tant qu'instrument communautaire qui ne serait pas prioritaire par rapport à « Rome I » et que les parties pourraient alors choisir comme loi applicable à leur contrat en vertu de l'article 3 de la Convention de Rome [21]. Dans ce cas, l'instrument optionnel ne contiendrait aucune disposition quant à son champ d'application, mais uniquement des dispositions de droit substantiel. » ⁽²⁰⁾.

Mais, faire de l'instrument optionnel une loi uniforme aurait-il été la meilleure solution ?

La Commission européenne ne l'a pas pensé qui a indiqué dans son Livre vert que les « régimes facultatifs existants, comme la convention de Vienne, ... ne peuvent restreindre l'application des dispositions nationales impératives » ⁽²¹⁾. Il faut néanmoins préciser que c'est dû au fait que la Convention de Vienne n'a pas uniformisé les règles de validité de la vente internationale de marchandises. Celles-ci doivent donc être recherchées dans les droits nationaux.

Mais on peut se demander si le fondement de l'application du DCEV à titre de loi uniforme n'aurait pas pu être trouvé dans le Règlement Rome I lui-même, plus précisément dans son considérant 14 qui précise:

« Si la Communauté adopte dans un instrument juridique spécifique des règles matérielles de droit des contrats, y compris des conditions générales et clauses types, **cet instrument peut prévoir que les parties peuvent choisir d'appliquer ces règles.** »

²⁰ Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil - Droit européen des contrats et révision de l'acquis : la voie à suivre /* COM/2004/0651 final */

²¹ 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 /* COM/2010/0348 final */ point 4.1 option 4 ; En ce sens également Cass. Com. 20 février 2007 n° de pourvoi 04-17752, Sté Mimusa CA (Compania anonyma) c/ Sté Yves Saint-Laurent Parfums (YSLP).

Dès lors, si le DCEV avait été une loi uniforme européenne, la priorité du DCEV sur le règlement du conflit de lois prévu par le Règlement Rome I aurait pu être admise, et cela aurait permis d'écarter les articles 6 et 9 du Règlement Rome I. **Mais le considérant 14 précité n'est qu'un considérant, et son imprécision rend cette explication incertaine.**

Dès lors, il restait une dernière qualification possible, celle de second régime de droit interne.

1.2.1.3. Un 2nd régime de droit interne

Il restait en effet une troisième possibilité : faire de l'instrument optionnel **un second régime de droit interne**⁽²²⁾.

Or, cela est très habile, car cela permet, comme on va le montrer, de laisser s'appliquer le Règlement Rome I, sans qu'il en résulte l'effet inhibiteur du commerce transfrontière.

C'est le choix qu'a fait la Commission européenne.

1.2.2. Le choix de la Commission européenne

La Commission a choisi de faire du droit européen de la vente un second régime de droit national. Cela apparaît à plusieurs endroits dans l'exposé des motifs ⁽²³⁾ et les considérants de la proposition de règlement. Ainsi dans le considérant 9, la Commission relève :

« Le présent règlement instaure un droit commun européen de la vente qui harmonise les droits des contrats des États membres non pas en imposant la modification de leur législation nationale en vigueur en la matière mais en créant au sein de cette dernière un **second régime** de droit contractuel pour les contrats relevant de son champ d'application. **Ce second régime devrait être identique sur tout le territoire de l'Union et coexister avec l'actuel droit national des contrats** ».

La répétition de la référence au second régime, notamment dans l'exposé des motifs, montre combien cette qualification est importante pour la Commission.

Cela correspond d'ailleurs à ce qu'avait proposé le Comité économique et social dans son avis du 21 janvier 2011 en ces termes :

« Aussi semble-t-il plus approprié de parler d'un "2e régime"⁽²⁴⁾ de droit privé dans tous les États membres. Ce terme indique clairement qu'un instrument optionnel européen entrerait dans le droit interne des États

²² Nous employons cette expression, alors qu'il serait préférable de dire un deuxième régime, car il est possible qu'il y en ait un troisième. Par exemple, en France, dans un contrat de vente transfrontière B2B, il y aura le choix entre le droit français, la convention de Vienne, ou le DCEV.

²³ Voir par exemple, exposé des motifs p.4, p.6, p. 9, p.12

²⁴ Sur la perception d'un instrument optionnel en tant que "2^e régime", voir l'introduction de M. HEISS, in Basedow, Birds, Clarke, Cousy, Heiss (éd.), *Principles of European Insurance Contract Law* ("Principes du droit européen du contrat d'assurance") (2009) I 45.

membres comme n'importe quelle autre source de droit communautaire. Pour résumer, un "2e régime" laisserait aux parties contractantes la possibilité de choisir entre deux régimes de droit interne des contrats, l'un établi par le législateur national, l'autre par le législateur européen. » (25)

Mais certains auteurs émettent aujourd'hui des réserves sur cette qualification.

1.2.3. Les réserves doctrinales

Certains auteurs ont émis des réserves quant à cette qualification, et optent pour la nature hybride du DCEV (26).

Il s'agit en particulier du Professeur Martijn W.Hesselink (27) qui s'interroge :

*« **It is not entirely clear how a European law can become a (second) national regime.** Can a set of rules ever become applicable as national law unless it is enacted by the national legislator? »*

Le professeur Hesselink se demande finalement **si ce droit ne serait pas national au sens du droit international privé, mais européen au sens du droit institutionnel européen**, ce qui impliquerait par exemple que le DCEV puisse être interprété par la Cour de Justice de l'Union européenne. D'où la qualification de **droit hybride** retenue par l'auteur. Le DCEV serait un droit sui generis comme l'ordre juridique européen est sui generis.

Il est vrai qu'affirmer sans nuance que le DCEV est un second régime de droit national pourrait être délicat au regard de certaines règles :

- Tout d'abord, **s'agissant de l'interprétation du DCEV**, cela ne risque-t-il pas d'entraîner une interprétation nationale du DCEV?

²⁵ Avis du comité économique et social européen sur le thème « le 28^{ème} régime-une option pour moins légiférer au niveau communautaire », JOUE n° C 021 du 21/01/2011 pp.0026-0032

²⁶ Un auteur est plus critique et nie la nature de droit interne du DCEV (J.S. Bergé, Le droit national des contrats, nouveau complexe du droit européen des contrats, RDC 2012 T.2 p. 569 et s, spécialement p. 571). En réalité, il ne faut peut-être pas confondre la conception européenne de l'instrument et la force qui lui est attribuée. Le groupe D de TEE dans sa réponse au Livre Vert de la Commission (Livre vert sur le droit européen des contrats. Réponses du réseau Trans Europe experts, sous la direction de M. Behar-touchais et M. Chagny, Société de législation comparée, collection TEE, Tome 1, 2011, Réponse du groupe D, p. 137 et s. Le groupe D de TEE était composé de Pascal de VAREILLES-SOMMIERES, Sabine CORNELOUP, Jérémy HEYMANN, Laurence USUNIER, et Chloé ADELBRECHT-VIGNES), avait bien insisté à titre de comparaison sur le fait que « le régime uniforme de la vente internationale élaboré au sein de la CNUDCI, se caractérise par sa **conception internationale**, mais sa force au sein des Etats parties où la convention est en vigueur n'est que celle du droit interne de telle sorte que coexistent en droit interne des Etats parties deux régimes de la vente : celui de la vente interne et celui de la vente internationale, tous deux applicables **en tant que droit interne** » (op.cit.188). Ces auteurs concluaient : « le traitement de l'instrument optionnel (n'est) pas le même, (...) selon qu'il constitue formellement du droit de l'Union européenne, **ou selon qu'il est simplement porté par un Règlement européen, sans avoir dans les droits nationaux le statut formel de droit de l'Union** ».

C'est pourquoi le contenu du DCEV ne figure pas dans le Règlement, mais en est simplement une annexe.

²⁷ « How to opt into the common european sales law ? Brief comments on the Commission's Proposal for a regulation ? » 26 octobre 2011, Revue européenne de droit privé, Vol.1, pp 195-212, 2012, Amsterdam law school Legal Studies Research paper N° 2011-43, Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series No. 2011-15, Electronic copy available at: <http://ssrn.com/abstract=1950107>.

Or, celle-ci n'est ni souhaitée , ni opportune. Le considérant 8 de la proposition de Règlement prévoit **« une interprétation identique dans chaque État membre »**, et le considérant 29 de la proposition de Règlement ajoute que les dispositions du DCEV **«devraient être interprétées de manière autonome, dans le respect des principes établis de l'interprétation de la législation de l'Union »**. Enfin, le considérant 34 vise *« la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne et des juridictions nationales sur l'interprétation du droit commun européen de la vente »*. Il s'agit donc d'interpréter le DCEV de manière autonome, sous le contrôle de la Cour de Justice de l'Union européenne.

Cela est-il compatible avec la nature de droit interne du DCEV ?

- Ensuite, **s'agissant de l'application des directives existantes**, dire que le DCEV est un second régime de droit national devrait impliquer que ce régime ne peut protéger le consommateur plus qu'une directive d'harmonisation maximale ou ne peut faire moins que les directives existantes.

Ainsi, le professeur Whittaker relève que le DCEV ne sauvegarde pas assez la qualité de la décision prise par le consommateur de s'y soumettre, ce qui, selon lui, n'est pas conforme à la directive de 2005 sur les pratiques commerciales déloyales qui définit une pratique commerciale déloyale en partie comme altérant substantiellement le comportement économique du consommateur, ce qui est le cas, quand la pratique compromet sensiblement *« l'aptitude du consommateur à prendre une décision en connaissance de cause »* ⁽²⁸⁾.

Quoi qu'il en soit de ce raisonnement précis, la nature de second régime du DCEV n'impliquerait-elle pas que celui-ci doive respecter les directives existantes, et comme tel puisse être interprété pour être conforme à la directive ?

²⁸ article précité RDC 2012 n°5

A la vérité, **il faut faire la distinction entre le contenu et le contenant.**

Le DCEV est contenu dans un règlement européen, donc dans un acte de droit européen dérivé, dont il est une annexe. Ceci justifie qu'il puisse en être fait une interprétation européenne autonome, sous le contrôle de la Cour de Justice. Ceci pourrait aussi justifier que ce texte spécial européen puisse protéger plus le consommateur qu'une directive d'harmonisation maximale existante, en vertu de la règle selon laquelle le spécial déroge au général.

Mais **ce règlement oblige les Etats membres à offrir un second régime de droit interne aux vendeurs et aux acheteurs qui concluent un contrat transfrontière.** Et ce règlement a un effet direct dans les ordres juridiques des Etats membres, **sans qu'il soit besoin d'une mesure de transposition** ⁽²⁹⁾. La nature de droit interne du DCEV implique qu'il ne puisse pas protéger le consommateur moins que ne le font les directives européennes. Mais, contrairement à ce qu'écrit le Professeur Whittaker, nous pensons que le DCEV respecte cette exigence, en ce qui concerne la directive de 2005 sur les pratiques commerciales déloyales. Ainsi, le fait que le choix du consommateur doive avoir lieu de manière expresse et après la réception d'un avis d'information, montre que l'exigence de loyauté de la pratique commerciale issue de la directive de 2005 a déjà été prise en compte par le DCEV. De même, le fait que le DCEV contienne un haut niveau de protection du consommateur implique également qu'une clause de choix du DCEV n'emporte pas un déséquilibre significatif et ne doit pas être qualifiée de clause abusive.

Donc, il y a bien une nature hybride du DCEV : le contenant (le règlement) est institutionnellement du droit européen dérivé, mais le contenu (le régime de la vente auquel les parties peuvent choisir de se soumettre) est un second régime de droit interne imposé par le Règlement.

En tout cas, cette analyse du DCEV comme un second régime de droit interne va permettre une application normale du Règlement Rome I.

1.3 Sur le fonctionnement normal du Règlement Rome I

Avant même d'expliquer ce fonctionnement normal, il faut d'ores et déjà observer qu'il n'est forcément bien compris dans les Etats membres.

Ainsi, à titre d'exemple, la Commission des affaires européennes de l'assemblée nationale française s'est prononcée pour le rejet du DCEV, suite à un rapport

²⁹ Le règlement est directement applicable dans les Etats membres. Il prend place dans l'ordre juridique des Etats membres et modifie de plein droit les situations juridiques existantes. Il fait obstacle à l'application de toute disposition nationale contraire, quel que soit le rang de la règle concernée, qu'elle soit législative ou réglementaire au sens du droit national. L'applicabilité directe s'oppose à toute formalité nationale d'insertion ou de transposition dans l'ordre interne. Il n'est donc nul besoin d'un acte national qui aurait pour objet d'introduire dans l'ordre interne le règlement en cause, et qui conditionnerait son entrée en vigueur. Un tel acte serait illégal comme contraire au droit européen. Il y a là une différence fondamentale avec la directive qui ne se comprend pas sans des mesures nationales de transposition (sauf l'hypothèse exceptionnelle où la situation juridique existant dans un Etat membre satisfait aux exigences de la directive).

d'information de madame Marietta Karamanli du 7 décembre 2011 (doc n° 4061) ⁽³⁰⁾, dans lequel la députée expose :

« Tel est d'abord le cas pour ce qui concerne les deux règlements précités Rome I sur la loi applicable aux obligations contractuelles et Rome II sur celle applicable aux obligations extracontractuelles. A priori, on pourrait considérer que la solution retenue est claire avec :

- l'exclusion du recours à leur disposition pour toutes les matières couvertes par le DCEV ; (...)»

Or, il est erroné de penser que le règlement Rome I est exclu ⁽³¹⁾. Il convient en effet de montrer que le Règlement Rome I n'est pas écarté (1.3.1), mais que les lois de police étatiques du 1er régime sont neutralisées (1.3.2), même si elles ne sont pas toutes concernées (1.3.3).

1.3.1. L'absence d'éviction du Règlement Rome I

Dans l'exposé des motifs, la Commission européenne déduit de ce que l'instrument optionnel crée un second régime de droit interne, que notamment le Règlement Rome I va s'articuler normalement avec le DCEV ⁽³²⁾:

*« Les règlements Rome I et Rome II **continueront de s'appliquer** et ne seront pas remis en cause par la proposition. Il conviendra néanmoins de déterminer le droit applicable aux contrats transfrontières. Ceci se fera selon le fonctionnement normal du règlement Rome I (...). Le droit commun européen de la vente sera un second régime de droit contractuel au sein du droit national de chaque État membre. **Lorsque les parties seront convenues de faire usage du droit commun européen de la vente, ses dispositions seront les seules règles nationales applicables pour les matières relevant de son champ d'application, auquel cas, aucune autre règle nationale ne pourra s'appliquer** ⁽³³⁾. Cette convention d'application du droit commun européen de la vente constitue un choix entre deux corps distincts de règles sur la vente existant au sein du même droit national; elle ne revient donc pas à choisir, comme auparavant, le droit applicable au sens des règles de droit international privé, et ne doit pas être confondue avec cette formalité » (exposé des motifs p. 6-7).*

³⁰ <http://www.assemblee-nationale.fr/13/europe/rap-info/i4061.asp>

³¹ de même il est erroné de penser que Rome I interviendrait pour la capacité alors qu'il l'exclut de son champ d'application (sous réserve de la question de la capacité apparente : cf article 13)

³² En ce sens également Geert Van Calster, « To unity and beyond ? The boundaries of european Private international Law and the European Ius Commune », Forthcoming in Alain-Laurent Verbeke et al (eds.), *Liber Amicorum Walter Pintens*, 2012, n°3 p.11 : « The proposal for a Common European sales law, if adopted, will have no direct impact on the Rome I or Rome II Regulations. Parties will effectively employ Rome II's principle of party autonomy to opt into the CESL. »;

³³ caractères gras et soulignement ajoutés

1.3.2. La neutralisation des lois de police du 1er régime interne ⁽³⁴⁾

Il est expliqué à plusieurs reprises, tant dans l'exposé des motifs que dans les considérants de la proposition de Règlement, comment il peut y avoir neutralisation des effets de l'article 6 du Règlement Rome I qui protège le consommateur. Seules les lois des polices étrangères non européennes devraient donc pouvoir être appliquées aux situations internationales concernées, à supposer qu'elles aient un titre à s'appliquer. La question pourrait par exemple se poser pour un consommateur résidant en Suisse, qui aurait contracté par Internet avec un professionnel établi dans l'Union européenne, en optant pour le DCEV, et qui saisirait un tribunal de l'Union européenne. Ce dernier devrait appliquer les lois de police suisses du lieu de résidence du consommateur, si elles sont plus protectrices que le DCEV, sur le fondement de l'article 6 (qui ne restreint pas son application aux consommateurs résidant dans l'Union européenne) ⁽³⁵⁾.

Puisque le régime optionnel est un second régime interne dans chaque Etat membre, il ne peut pas par nature être évincé par les lois de police de l'autre régime interne d'origine étatique, car il s'y substitue totalement, quand les parties le choisissent ⁽³⁶⁾. Il devient le régime interne choisi par les parties. « **Lorsque les parties seront convenues de faire usage du droit commun européen de la vente, ses dispositions seront les seules règles nationales applicables pour les matières relevant de son champ d'application, auquel cas, aucune autre règle nationale ne pourra s'appliquer** » ⁽³⁷⁾.

C'est aussi dans le sens d'une neutralisation des lois de police étatiques des Etats membres de l'Union européenne que se prononce le **considérant 12 du Règlement**, qui expose que « 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 Etats 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 Etats membres, n'a aucune importance pratique pour les matières régies par le droit commun européen de la vente » ⁽³⁸⁾. Donc, une fois le choix du DCEV effectué, il aura seul vocation à s'appliquer, à l'exclusion d'autres règles nationales éventuellement plus protectrices.

On observera juste qu'il est regrettable qu'un point aussi important figure **dans des considérants ou dans un exposé des motifs de la proposition**. En effet, une fois le texte adopté, le risque est que les juges nationaux qui appliqueront le DCEV oublient l'exposé des motifs de la proposition, ou n'attachent pas assez de valeur à ses considérants. Ils risquent d'être moins prompts que la Commission à éliminer d'emblée les mécanismes prévus par les articles 6 et 9 du règlement Rome I. Aussi pourraient-ils persister à vouloir appliquer l'article 9 du règlement Rome I en vertu duquel les lois

³⁴ Si le droit interne comportait déjà deux régimes, les lois de police de ces deux régimes seraient neutralisées

³⁵ La limitation des cas d'application des lois de police étrangères (art.963) ne semble concerner que l'article 9 du Règlement, et non l'article 6.

³⁶ Voir déjà en ce sens notre Briefing paper « Relation d'un instrument optionnel avec les lois nationales » 2010

³⁷ Exposé des motifs de la proposition de règlement COM(2011) 635 final du 11.10.2011

³⁸ Considérant 12 de la proposition de règlement COM(2011) 635 final du 11.10.2011.

de police du for s'imposeraient, nonobstant le choix du régime optionnel, qu'ils analyseraient quant à eux comme un choix classique de lex contractus.

Il serait donc opportun que la proposition de règlement affirme plus distinctement ce qui est un élément clé du fonctionnement de l'instrument optionnel, en rajoutant par exemple **un article du Règlement instituant le DCEV, ou en complétant l'article 11 dudit Règlement.**

Ce texte prévoit que « *Lorsque les parties sont valablement convenues d'appliquer le droit commun européen de la vente à un contrat, seul ce droit régit les matières relevant de ses dispositions* ».

Il conviendrait de le rédiger de la manière suivante : « *Lorsque les parties sont valablement convenues d'appliquer le droit commun européen de la vente à un contrat, seul ce droit régit les matières relevant de ses dispositions, à l'exclusion de toute autre règle nationale même plus protectrice* ».

Certains auteurs contestent cependant qu'il y ait véritablement neutralisation des lois de police du 1er régime par ce biais.

Jean-Sylvestre Bergé semble considérer que même s'il y a deux régimes de droit « interne », il faudrait toujours comparer l'instrument optionnel avec le régime national d'origine étatique, qui pourrait être d'un niveau de protection supérieur au DCEV ⁽³⁹⁾.

Cette remarque ne nous paraît pas fondée.

Il convient de rappeler qu'une loi de police ou loi d'application immédiate détermine unilatéralement son champ d'application. En d'autres termes, elle détermine à quelles situations elle "veut" s'appliquer. Toutefois, dès lors que coexistent dans un ordre juridique un premier et un second régime, au choix des parties, il en résulte nécessairement que les lois de police du 1er régime ne peuvent être interprétées comme voulant s'appliquer à des situations où le 2nd régime est choisi, puisque l'ordre juridique contenant ces deux régimes prévoit lui-même que le choix est possible entre ces deux régimes.

La proposition susvisée de Jean-Sylvestre Bergé revient, selon nous, à priver les parties de la possibilité de choix entre le 1er régime d'origine étatique et le DCEV.

Or, de toute façon, cette possibilité de choix trouve sa source dans le Règlement instituant l'instrument optionnel.

Madame Giséla Rühl considère, quant à elle, que le second régime ne permet pas d'aboutir à la possibilité de commercer dans toute l'Union européenne sous un seul régime :

« the European Commission wants to apply the CESL only if the rules of private international law, notably the rules of the Rome I-Regulation, call for application of the law of a member state »

Son argumentation repose sur le raisonnement suivant :

³⁹ op.cit. RDC 2012 p.573 al. 1

*« a choice of the CESL amounts **to a choice of law at the level of private international law** because the CESL is meant to replace both the default and mandatory provisions of the otherwise applicable law.*

A choice of the CESL is, therefore, subject to the restrictions of Article 6 (2) Rome I-Regulation.

As a result, the provisions of the CESL will only apply to the extent that the consumer protection standard it offers goes beyond the mandatory consumer protection standard offered by the law at the consumer's habitual residence. To the extent that it provides less protection, a law mix consisting of the CESL and this law will apply. »

Donc, puisque selon elle, le choix du DCEV est un choix de loi applicable au sens du droit international privé, il est soumis à l'article 6. Et il ne peut priver le consommateur des lois de police de sa résidence.

Elle considère qu'il importe peu que le DCEV soit déjà le 2nd régime de tous les Etats de l'Union européenne, car elle insiste sur la lettre de l'article 6 § 2, qui dit que le consommateur ne peut être privé des lois de police **qui se seraient appliquées en l'absence de choix.**

Il est cependant permis de ne pas être d'accord avec ce raisonnement pour les raisons suivantes :

Première raison : le choix du DCEV n'est pas un choix de loi applicable au sens du droit international privé

L'analyse de madame Rühl part du postulat erroné selon lequel le choix du DCEV est un choix de droit international privé, un choix international de loi. Or, le choix du DCEV n'est pas un choix de loi au sens du droit international privé.

La proposition de Règlement Rome I avait initialement prévu que le futur instrument optionnel pourrait être une loi choisie en vertu de l'article 3 du Règlement, et cela a été abandonné, ce qui montre bien que le choix du DCEV n'est pas un choix de loi au sens du droit international privé ⁽⁴⁰⁾.

En fait le choix se décompose en deux phases :

-d'une part il y a le choix de la loi d'un Etat membre comme loi applicable (c'est un choix de loi applicable au sens du droit international privé). A défaut, il y a localisation objective du contrat (article 6 du Règlement Rome 1).

-d'autre part, il y a le choix du DCEV (2nd régime) dans le droit national. Ce choix là est un choix de pur droit interne.

⁴⁰ Cf supra ; sous la réserve que le considérant 14 ne soit pas interprété comme un choix de loi uniforme, de droit matériel.

C'est un peu comme deux époux, qui choisiraient d'abord la loi française pour régir leur régime matrimonial (choix de droit international privé), puis qui à l'intérieur de ce droit interne, choisiraient de se soumettre à un des régimes offerts par le droit français, régime de séparation de biens, régime de communauté ou de participation aux acquêts (choix de pur droit interne).

Or, si l'on excepte les règles du régime primaire (applicables à tous les régimes matrimoniaux), chaque régime a ses propres règles d'ordre public. Ainsi, des époux soumis au régime de communauté ne seront pas soumis aux règles d'ordre public du régime de séparation de biens, et vice et versa.

Comme relève l'exposé des motifs de la proposition de Règlement :

« Cette convention d'application du droit commun européen de la vente constitue un choix entre deux corps distincts de règles sur la vente existant au sein du même droit national; **elle ne revient donc pas à choisir, comme auparavant, le droit applicable au sens des règles de droit international privé, et ne doit pas être confondue avec cette formalité** » ⁽⁴¹⁾.

Dans la réponse de TEE au Livre vert ⁽⁴²⁾, le groupe D de TEE, qui a traité plus particulièrement les aspects de droit international privé ⁽⁴³⁾ a cependant trouvé ce raisonnement trop compliqué et indique qu'il risque de déjouer les prévisions des parties qui auront choisi le DCEV sans vérifier au préalable la loi applicable au contrat ⁽⁴⁴⁾.

Mais **le choix du DCEV (sans choix exprès de loi applicable) sera un indice de la volonté implicite de choisir comme loi applicable la loi d'un pays de l'Union européenne** ⁽⁴⁵⁾.

Seconde raison : Dire que le consommateur ne peut être privé des lois de police qui se seraient appliquées en l'absence de choix, n'oblige pas à tenir compte des lois de police du premier régime d'origine étatique.

La raison de madame Rühl dont nous ne partageons pas les conclusions sur ce point, consiste ensuite à dire que l'article 6 §2 du Règlement Rome I, en ce qu'il indique que le consommateur ne peut être privé des lois de police qui se seraient appliquées en l'absence de choix, oblige à tenir compte des lois de police du 1er régime.

Rappelons que ce texte dispose :

« Nonobstant les dispositions du paragraphe 1, les parties peuvent choisir la loi applicable à un contrat satisfaisant aux conditions du paragraphe 1, conformément à l'article 3. Ce choix ne peut cependant avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui

⁴¹ Exposé des motifs de la proposition pages 6-7

⁴² Livre vert sur le droit européen des contrats. Réponses du réseau Trans Europe experts, sous la direction de M. Behar-touchais et M. Chagny, Société de législation comparée, collection TEE, Tome 1, 2011

⁴³ ibid p. 133 et s ; le groupe D de TEE était composé de Pascal de VAREILLES-SOMMIERES, Sabine CORNELOUP, Jérémy HEYMANN, Laurence USUNIER, et Chloé ADELBRECHT-VIGNES

⁴⁴ p. 159

⁴⁵ Sur la question de savoir quelle est la loi choisie dans ce cas : cf infra la proposition du Professeur Cuniberti

assurent les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord en vertu de la loi qui aurait été applicable, en l'absence de choix, sur la base du paragraphe 1. »

Or, si l'on prend comme hypothèse un consommateur qui réside en Italie et choisit la loi française, la « loi qui aurait été applicable, en l'absence de choix, sur la base du paragraphe 1 » est la loi italienne. Donc le texte implique que le choix de la loi française ne peut cependant avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assure la loi italienne.

Mais, dans notre hypothèse, la loi italienne comprend deux régimes : un 1er régime et un 2nd régime (le DCEV).

Dès lors que dans tous les Etats membres il y a un 1er régime, et le DCEV comme 2nd régime, le choix d'une loi ne doit pas violer l'un ou l'autre ; et jamais le choix du DCEV ne violera le DCEV applicable dans un Etat.

C'est ainsi que la qualification du DCEV comme 2nd régime de droit interne permet effectivement de neutraliser les lois de police du 1er régime du lieu de résidence du consommateur, et cela sans nuire au consommateur qui est protégé par les lois de police du 2nd régime.

Mais toutes les lois de police ne sont pas concernées.

1.3.3. Les lois de police concernées par l'article 6 §2 du Règlement Rome I

On peut penser que **seules sont écartées les lois de police du premier régime, qui entrent dans le champ d'application du 2nd régime (DCEV).**

Par exemple, le 2nd régime ne traite pas de la sécurité du consommateur. Si un Etat membre interdit la vente de tel produit sur son territoire parce qu'il l'estime dangereux, le choix du DCEV ne devrait pas permettre de contourner cette interdiction.

De la même façon, par exemple, dans les rapports B2B, les exigences en matière de facturation prévues par l'article L 441-3 du code de commerce français, n'entrent pas a priori dans le domaine du DCEV, même si elles ne font pas partie des matières expressément exclues. Elles pourraient donc s'appliquer à titre de loi de police, si la vente a lieu en France.

En revanche, le raisonnement relatif à la neutralisation des lois de police du 1er régime nous semble **compromis par le considérant 27 de la proposition de règlement.** Le dit considérant 27 prévoit l'exclusion de l'immoralité et de l'illégalité du champ d'application du DCEV. Si elle a pour but que le DCEV ne se prononce pas par exemple, sur la vente de gamètes humaines, cela paraît être justifié. Dans ce cas, l'objet de la vente est illicite, parce que la « chose » vendue est hors du commerce juridique. Mais comme l'exclusion est rédigée, de façon trop large, elle risque de permettre aux lois de police de s'engouffrer dans cette catégorie. Ainsi, par exemple, en droit français, tout ce qui est contraire à une loi impérative est illégal. Dès lors, **le juge national pourrait être tenté de dire que toute nullité pour contrariété à**

une loi de police du 1er régime est une nullité pour illégalité et est donc exclue du champ d'application du DCEV, ce qui permettrait de donner effet à la loi de police du 1er régime ⁽⁴⁶⁾. La notion de nullité pour « illégalité » doit donc être restreinte, pour ne pas être le cheval de Troie qu'emprunteront les lois de police étatiques pour s'appliquer au DCEV. Il conviendrait à notre sens de remplacer l'exclusion de la nullité due à « l'illégalité ou immoralité », par l'exclusion de la « nullité de la vente des choses qui sont hors du commerce juridique » ⁽⁴⁷⁾.

En tout cas, puisque le Règlement Rome I n'est pas évincé, il faut préciser à présent les conditions précises de son application.

1.4 Sur l'application précise de l'articulation entre le Règlement Rome I et le DCEV

On va examiner successivement les difficultés susceptibles de se poser.

1.4.1. Caractère international des relations : Articulation de l'article 1 al.1 du Règlement Rome I et du DCEV

L'article 1 al.1 du Règlement Rome I précise qu'il s'applique « dans les **situations comportant un conflit de lois**, aux obligations contractuelles relevant de la matière civile et commerciale ».

Le DCEV quant à lui s'applique aux **contrats transfrontières**, dont la définition est donnée à l'article 4 de la proposition de règlement, en ces termes :

«2. Aux fins du présent règlement, un contrat entre professionnels est un contrat transfrontière lorsque les parties ont leur résidence habituelle dans différents pays dont l'un au moins est un État membre.

3. Aux fins du présent règlement, un contrat entre un professionnel et un consommateur est un contrat transfrontière 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 habituelle; et

(b) l'un au moins de ces pays est un État membre. ».

Le contrat transfrontière tel qu'il est ainsi défini est une situation qui comporte un conflit de lois au sens du Règlement Rome I. Il n'y a donc pas de difficulté d'articulation de ces deux textes.

Il n'y en aurait pas davantage si un Etat décidait d'étendre le DCEV aux contrats internes. Dans ce cas, le Règlement Rome I ne s'appliquerait pas, puisque la situation ne comporterait pas de conflits de lois.

⁴⁶ Certes, la Cour de Justice, en donnant une interprétation stricte autonome de la notion, pourrait régler cette difficulté. Mais cela pourrait être de nature à compromettre la bonne application du DCEV dans les Etats membres pendant plusieurs années.

⁴⁷ Cf. J.C. Galloux, *Réflexions sur la catégorie des choses hors du commerce : l'exemple des éléments et des produits du corps humain en droit français* », Les cahiers du Droit, vol. 30, n°4, 1989, p.1011-1032, <http://id.erudit.org/iderudit/042991ar>

1.4.2. Choix de la loi et de l'instrument : Articulation de l'article 3 du Règlement Rome I et du DCEV

Qu'il s'agisse du choix de loi applicable sur le fondement du Règlement Rome I ou du choix du DCEV, des questions semblables se posent quant aux modalités du choix.

1.4.2.1. Moment de l'option

Le Règlement Rome I permet un choix de la loi applicable postérieurement à la conclusion du contrat ⁽⁴⁸⁾. L'article 3.2 du Règlement précise en effet que « *les parties peuvent convenir, **à tout moment**, de faire régir le contrat par une loi autre que celle qui le régissait auparavant soit en vertu d'un choix antérieur selon le présent article, soit en vertu d'autres dispositions du présent règlement. Toute modification quant à la détermination de la loi applicable, intervenue postérieurement à la conclusion du contrat, n'affecte pas la validité formelle du contrat au sens de l'article 11 et ne porte pas atteinte aux droits des tiers* ».

La proposition de Règlement sur le DCEV ne dit pas expressément si le DCEV peut être ou non choisi ultérieurement.

Tout au plus il apparaît que c'est possible dans un cas visé à l'article 9.1 en ces termes : « *Si la convention d'application du droit commun européen de la vente est conclue par téléphone ou par un autre moyen qui ne permet pas de délivrer l'avis d'information au consommateur, ou si le professionnel n'a pas fourni cet avis, 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.* »

Dans cette situation, au moment où la vente est conclue, le consommateur n'est pas lié par le DCEV puisqu'il n'a pas reçu l'avis d'information. La vente est donc soumise au 1er régime de la loi applicable. C'est seulement si après avoir reçu l'avis, le consommateur consent à l'application du DCEV que la vente sera soumise au DCEV.

Cet alinéa peut laisser supposer qu'il n'est pas exclu de faire un choix du DCEV après la conclusion de la vente ⁽⁴⁹⁾.

A l'opposé, on pourrait rétorquer que le choix du DCEV postérieurement au contrat serait un dépeçage « temporel », qui serait interdit dans les rapports B2C. Nous ne pensons toutefois pas que ce raisonnement doive prévaloir, dans la mesure où l'article 9.1 de la proposition de Règlement sur le DCEV prévoit lui-même un cas de choix du DCEV postérieur au contrat dans les rapports B2C ⁽⁵⁰⁾.

On peut tout de même se demander si, dans cette hypothèse, il n'y aurait pas une difficulté d'articulation entre les deux textes, si le moment du choix ne correspond pas.

⁴⁸ Il s'inspire en cela de la jurisprudence prépondérante des États membres : cf Tomaszewski, M., La désignation postérieure à la conclusion du contrat, de la loi qui le régit, Rev. Crit. Dr. Int. Pr. 1972. 567

⁴⁹ En ce sens également : Policy Options for progress towards a european contract law, comments on the issues raised in the green paper from the commission of 1 July 2010, Com (2010 348 final , Max Plank Institute of Comparative and international Private Law, p.24

⁵⁰ Certains auteurs considèrent que le choix du DCEV au moment du procès, serait équivalent à une sorte de dépeçage (cf Martijn W Hesselink art. cité p 9)

Plusieurs situations doivent être distinguées :

*****1ère hypothèse : choix du DCEV au moment du contrat, en l'absence de choix exprès d'une loi applicable; modification de la loi applicable après la formation du contrat**

La soumission au DCEV n'est possible que si la loi applicable au contrat est une loi d'un Etat membre de l'Union (⁵¹). Dans l'hypothèse envisagée où aucune loi n'a été expressément choisie au moment de la vente, **le choix du DCEV est donc nécessairement un choix implicite d'une loi applicable d'un Etat membre.**

Cette loi pourra s'appliquer à certaines des questions qui sont hors du champ d'application du DCEV (⁵²).

Mais quelle loi a été choisie ?

Afin d'éviter une insécurité juridique, le Professeur Cuniberti préconise de le prévoir expressément dans le Règlement relatif à l'instrument optionnel (après l'article 11). Il propose le texte suivant :

« (1) Where the parties have validly agreed to use the Common European Sales Law for a contract, only the Common European Sales Law shall govern the matters addressed in its rules. Provided that the contract was actually concluded, the Common European Sales Law shall also govern the compliance with and remedies for failure to comply with the pre-contractual information duties.

(2) Where the parties have validly agreed to use the Common European Sales Law for a contract, but have not chosen the applicable law, they are presumed to have chosen the law of a Member state.

(a) This law shall be the law designated by Article 4 or Article 6 of the Rome I Regulation or any other applicable choice of law rule.

(b) If the law referred to in (a) is not the law of a Member state, this law shall be the law of the habitual residence of the buyer or the law of the habitual residence of the seller for contracts falling within the scope of Article 6 of the Rome I Regulation.» (⁵³).

Le professeur Cuniberti propose ensuite une variante du (b) qui applique le principe de proximité (⁵⁴): *« If the law referred to in (a) is not the law of a Member state, this law shall be the law of the Member state which is the most closely connected with the contract ».*

Nous sommes d'accord avec l'opportunité qu'il y a d'éviter un débat oiseux qui pourrait perturber les débuts du DCEV, en affirmant que "lorsque les parties ont choisi le DCEV,

⁵¹ Dans le cas contraire, le DCEV pourrait seulement être incorporé aux clauses contractuelles, mais ce ne serait pas une soumission au DCEV : sur la différence entre soumission et incorporation, voir supra note 14

⁵² Cf considérant n°27

⁵³ Cf Common european Sales Law and Third State Sellers, <http://conflictoflaws.net/2012/common-european-sales-law-and-third-state-sellers/>; et Common European Sales Law, Third States and Consumers, <http://conflictoflaws.net/2012/common-european-sales-law-third-states-and-consumers/>

⁵⁴ Sur ce principe, Paul Lagarde, « Le principe de proximité en droit international privé », *RCADI*, 1986, t. 196.

sans choisir expressément de loi applicable , elles sont présumées avoir choisi la loi d'un Etat membre".

Mais à la vérité, cela résulte déjà de l'article 3 du Règlement Rome I et de l'article 6 §2 qui renvoie à l'article 3. Ces textes admettent que le choix d'une loi n'est pas nécessairement exprès, mais qu'il peut résulter **« de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause »**. Or, quand les parties choisissent le DCEV , il résulte de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause, qu'elles ont voulu choisir la loi d'un Etat membre.

Ne suffirait-il pas alors d'affirmer **dans un article du Règlement sur le DCEV, ou même dans un considérant que "conformément à l'article 3 du Règlement Rome I et à l'article 6§2 qui renvoie à l'article 3, le choix du DCEV sans choisir expressément de loi applicable révèle de façon certaine la volonté implicite de choisir la loi d'un Etat membre"**.

Faut-il aller plus loin et indiquer quelle loi précise serait applicable? Le seul intérêt de le faire concernerait certaines matières exclues du champ d'application du DCEV. Le considérant 27 du Règlement instituant le DCEV précise en effet que *"toutes les matières de nature contractuelle ou non qui ne relèvent pas du droit commun européen de la vente sont régies par les dispositions préexistantes du droit national (hors droit commun européen de la vente) applicables en vertu des règlements (CE) n° 593/2008 et (CE) n° 864/2007, ou de toute autre règle de conflits de lois pertinente. »*

Dès lors, il n'est peut être pas si essentiel d'aller plus loin en apportant dans le Règlement instituant le DCEV la précision préconisée par le Professeur Cuniberti, car l'enjeu est tout de même assez résiduel. Cette conclusion s'impose d'autant plus qu'un tel ajout pourrait perturber le débat sur la base juridique sur laquelle se fonder pour l'adoption du DCEV.

En tout état de cause, si après le contrat, les parties choisissent expressément une loi applicable d'un Etat tiers à l'Union européenne, **cela pourrait rendre caduc le choix du DCEV** (et rendre applicables le cas échéant les lois de police du 1er régime du lieu de résidence du consommateur).

***** 2ème hypothèse : choix exprès d'une loi applicable d'un pays de l'Union européenne, au moment de la vente ; choix postérieur du DCEV.**

Il n'y a pas dans ce cas de réel problème d'articulation. La seule question qui pourrait se poser serait de savoir si le choix du DCEV implique une application rétroactive du DCEV à compter de la vente, ou s'il faudra faire une application du 1er régime pour la période antérieure au choix du DCEV, et une application du 2nd régime après le choix de ce dernier. Ce sera à la jurisprudence de trancher. On peut penser qu'en tout état de cause, si on admet que le changement puisse être volontairement rétroactif, il ne doit en aucun cas porter atteinte aux droits des tiers.

***** 3ème hypothèse : Aucun choix exprès au moment de la vente ; choix postérieur du DCEV**

La loi applicable au contrat au moment du contrat sera déterminée objectivement en vertu de l'article 6 du Règlement Rome I. Ce sera la loi de la résidence habituelle du consommateur.

Le DCEV pourra être choisi postérieurement, dès lors que ce choix du DCEV postérieurement au contrat, peut être analysé comme un choix implicite de se soumettre à la loi d'un des pays de l'Union européenne.

Mais alors, de deux choses l'une :

-soit la loi de la résidence habituelle du consommateur était déjà la loi d'un pays de l'Union Européenne ; dans ce cas, le choix postérieur du DCEV ne changera pas la loi applicable au contrat au sens du droit international privé ;

-soit la loi de la résidence habituelle du consommateur était la loi d'un Etat tiers à l'Union européenne ; dans ce cas, le choix du DCEV emportera avec lui changement implicite de la loi applicable au contrat au sens du droit international privé, pour rendre compétente la loi d'un Etat membre de l'Union. A cet égard, il ne faut pas perdre de vue que l'article 3.2 du Règlement Rome I précise que « *toute modification quant à la détermination de la loi applicable, intervenue postérieurement à la conclusion du contrat, n'affecte pas la validité formelle du contrat au sens de l'article 11 et ne porte pas atteinte aux droits des tiers* ».

1.4.2.2. Forme de l'option

Le Règlement Rome I permet un choix exprès ou tacite de la loi applicable. L'article 3 dudit Règlement précise en effet : « 1. *Le contrat est régi par la loi choisie par les parties. Le choix est exprès ou **résulte de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause**.. ;* »

Le choix du DCEV neutralise on l'a vu les lois de police du 1er régime. C'est sans doute en raison de cet effet, que **la proposition du Règlement exige un choix exprès**. L'article 8.2 de la proposition de Règlement précise en effet que « *Dans les contrats entre professionnels et consommateurs, la convention d'application du droit commun européen de la vente 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 au consommateur une confirmation de cette convention sur un support durable.* »

On constate que la déclaration expresse doit être distincte de l'accord pour conclure le contrat, mais le texte n'exige pas qu'elle soit distincte de l'accord sur la loi applicable au contrat. C'est ce qui permet de déduire du choix du DCEV le choix implicite d'une loi d'un pays de l'Union.

1.4.2.3. Conditions de validité du choix

En droit international privé, le contrat de choix de la loi applicable trouve sa validité en tant que tel dans le Règlement Rome I ⁽⁵⁵⁾. Mais ledit règlement ajoute, en son article

⁵⁵ Cf Paul Lagarde, Rep. Dalloz Droit communautaire, V° Convention de Rome (obligations contractuelles) n°44 qui relève : « Il faut toutefois souligner que c'est dans la Convention de Rome elle-même que le contrat de choix puise le principe de sa validité. Ce principe ne peut être remis en cause par l'une des lois auxquelles renvoie l'article 3, paragraphe 4, et qui ne trouvent application que sur la question limitée qui leur est assignée ». En outre, dans la mesure où la capacité est exclue du Règlement Rome I, l'article 13 prévoit que « *dans un contrat conclu entre personnes se trouvant dans un même pays, une personne physique qui serait capable selon la loi de ce pays ne peut invoquer son incapacité résultant de la loi d'un autre pays que*

3 §5 que « *l'existence et la validité du consentement des parties quant au choix de la loi applicable sont régies par les dispositions établies aux articles 10, 11 et 13.* ». Et ces textes renvoient pour le consentement et la validité au fond du contrat de choix, à la loi du contrat (article 10), pour la validité formelle à la loi du contrat ou à la loi du lieu de conclusion (article 11).

Cela implique notamment **qu'un vice du consentement lors du choix de la loi applicable sera apprécié en fonction de la loi interne désignée par la règle de conflit de lois du règlement Rome I.**

Mais, le choix du DCEV est soumis, quant à lui, au Règlement instaurant le DCEV.

L'article 8 de la proposition de règlement sur le DCEV précise en effet que :
« 1. *L'application du droit commun européen de la vente 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 droit commun européen de la vente.***»

En outre, l'article 9 de la proposition de Règlement prévoit la remise d'un avis d'information type dans les contrats entre professionnels et consommateurs, figurant à l'annexe II.

-Se pose tout d'abord la question de **savoir si la validité du choix du DCEV peut être soumise en plus à d'autres exigences.** On a ainsi déjà signalé que certains auteurs considèrent que le choix du DCEV ne devrait pas procéder d'une pratique commerciale déloyale ou résulter d'une clause abusive ⁽⁵⁶⁾.

Nous doutons que le choix du DCEV puisse être soumis à d'autres conditions de validité que celles prévues dans les articles 8 et 9 et dans le DCEV lui-même (à l'exception de ce qui pourrait concerner des matières exclues, comme la capacité). En effet, l'instrument optionnel, tel qu'il a été conçu, a vocation à être le plus autonome possible, à l'exception des matières expressément exclues. Or, il prévoit lui-même la protection du consentement du consommateur lors du choix du DCEV.

Ainsi, le fait que le choix du consommateur doive avoir lieu de manière expresse et après la réception d'un avis d'information, montre que l'exigence de loyauté de la pratique commerciale a déjà été prise en compte par le DCEV. De même, le fait que le DCEV contienne un haut niveau de protection du consommateur implique également qu'une clause de choix du DCEV n'emporte pas un déséquilibre significatif et ne doit pas être qualifiée de clause abusive.

Se pose ensuite la question de **savoir si le choix du DCEV dépend de la validité du choix de la loi applicable.**

si, au moment de la conclusion du contrat, le cocontractant a connu cette incapacité ou ne l'a ignorée qu'en raison d'une imprudence de sa part. ». Cette solution repose sur la notion d'apparence, le contractant de l'incapable ayant pu légitimement se fier à l'application de la loi du lieu de conclusion : Cf Cass. Req. 16 janvier 1861, arrêt LIZARDI, D.P.61.1.193 ; S.61.1.305, note G. Massé ; Jobard-Bachelier, M.-N., L'apparence en droit international privé, L.G.D.J. 1983.

⁵⁶ cf Simon WHITTAKER art précité RDC 2011 n°35

Comme on l'a dit ci-dessus, il faut distinguer le choix de la loi applicable en vertu du Règlement Rome I, du choix du DCEV.

Il est cependant probable que dans la pratique, les deux phases théoriques ci-dessus décrites se réaliseront en un trait de temps. Le professionnel proposera au consommateur qui l'acceptera le choix du DCEV, ce qui impliquera le choix implicite d'une loi applicable d'un pays de l'Union européenne.

La question pourrait alors se poser de savoir si le choix du DCEV ne pourrait pas être invalidé par suite de la nullité du choix de la loi applicable en droit international privé.

La question est d'abord plus théorique que pratique: en effet, en droit international privé, on n'a pas de jurisprudence sur l'invalidité du choix de la loi applicable⁽⁵⁷⁾, car la question ne s'est pas posée.

Ensuite, tout dépend de la question de savoir si l'erreur⁽⁵⁸⁾, ou le dol par exemple sont appréciés très différemment dans les droits des Etats membres (auquel sera soumis le choix de la loi applicable) et dans le DCEV. Il est cependant probable que le plus souvent, si un vice du consentement venait altérer le consentement donné pour choisir la loi applicable, il altérerait aussi le consentement donné au DCEV.

Quoi qu'il en soit, si le vice n'altérerait que le choix de la loi applicable, sans altérer le choix du DCEV, ce dernier choix pourrait être maintenu, à condition que la loi objectivement applicable soit la loi d'un pays de l'Union européenne, puisque cette loi permettrait aussi de choisir le DCEV.

1.4.2.4. Dépeçage

Le Règlement Rome I, n'exclut pas le dépeçage de la loi étrangère à laquelle on se soumet⁽⁵⁹⁾. En effet, l'article 3.1 dudit Règlement prévoit in fine que « *les parties peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat* ». Cela pourra conduire au dépeçage.

Mais, les auteurs en ont déduit que le dépeçage dans ce cas devait être cohérent. Par exemple, le Professeur Paul Lagarde explique que si « *à la demande du vendeur en résolution de la vente pour non-paiement du prix est opposée l'action de l'acheteur en garantie des vices, et que les obligations de chacune des parties sont soumises à des lois différentes et contradictoires, le dépeçage pratiqué par les parties devrait être considéré comme ineffectif et le juge devrait rechercher la loi objectivement applicable* »⁽⁶⁰⁾.

⁵⁷ En revanche, il y aura probablement du contentieux sur la validité du choix du DCEV, soit quand un consommateur n'aura pas été informé, soit quand dans les rapports B2B, un professionnel fort aura imposé ce choix à un professionnel faible afin d'échapper aux lois de police étatiques.

⁵⁸ C'est le cas pour l'erreur qui en droit anglais est appréciée très strictement. L'erreur unilatérale n'est pas un vice du consentement, alors que l'erreur des deux parties n'est qu'exceptionnellement un motif d'invalidité. Le droit anglais se soucie de la sécurité juridique, alors que le droit français se soucie ici de la qualité du consentement : cf Simon WHITTAKER, L'instrument facultatif du droit européen des contrats et la liberté contractuelle, RDC 2011 T.2 p. 36 et s, n° 3.1

⁵⁹ Cf sur la question du dépeçage, Lagarde, P., Le dépeçage dans le droit international privé des contrats, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1975, p. 649 ; Ekelmans, V., Le dépeçage dans la convention de Rome, *Mélanges Vander Elst*, Bruxelles, 1986, p. 243 ; C. NOURISSAT, Le dépeçage, in S. CORNELOUP, N.JOUBERT (dir), *Le règlement communautaire Rome I et le choix de la loi dans les contrats internationaux*, Lexis nexis Litec 2011

⁶⁰ Rep. Dalloz Droit communautaire, V° Convention de Rome (obligations contractuelles) n° 34

L'article 8.3 de la proposition de Règlement sur le DCEV exclut le dépeçage dans les rapports B2C : « 3. *Dans les relations entre professionnels et consommateurs, le droit commun européen de la vente ne peut être appliqué partiellement, mais uniquement dans son intégralité.* »

Plusieurs situations peuvent se présenter :

***Si les parties ont décidé d'appliquer le dépeçage pour le choix de la loi applicable et ont choisi la loi d'un pays européen pour une partie de leur contrat, et la loi d'un pays tiers pour l'autre partie, le DCEV ne peut être choisi dans les rapports B2C, car il ne pourra l'être en entier.

*** Si les parties ont décidé d'appliquer le dépeçage en choisissant deux lois d'Etats membres de l'Union européenne, il est encore difficile d'admettre que le DCEV pourrait être choisi. Certes le 2nd régime existant dans chaque loi, le choix de deux lois d'Etats membres de l'Union, permettrait de « reconstituer le DCEV ». Mais il est à craindre que le choix ne porte intégralement sur le 2nd régime d'aucune loi étatique. Cette situation demeure donc tout à fait incertaine.

En tout état de cause, le dépeçage, rarement utilisé dans le cadre du Règlement Rome I, nous paraît une complexité inutile, et il mériterait d'être interdit même dans les rapports B2B, où il pourrait être au surplus dangereux pour les professionnels faibles.

1.4.3. Application du DCEV à un professionnel résidant hors d'Europe ; Articulation des articles 6 ou éventuellement 4.1 du Règlement Rome I et du DCEV

Quand le vendeur réside hors d'Europe, en l'absence de choix d'une loi applicable d'un pays de l'Union européenne, deux hypothèses existent :

- soit il a dirigé son activité vers un consommateur de l'Union européenne, et l'article 6 donne compétence à la loi du lieu de résidence du consommateur, ce qui permet de choisir le DCEV
- soit il n'a pas dirigé son activité vers un consommateur de l'Union européenne, l'article 4.1.a du Règlement Rome I, qui désigne la loi de la résidence du vendeur, désigne ici une loi d'un Etat tiers à l'Europe. Mais si les parties choisissent le DCEV, sans rien dire expressément sur la loi applicable, il en résulte un choix implicite pour une loi d'un Etat de l'Union européenne, ce qui légitime l'application du DCEV.

1.4.4. Protection du consommateur par la loi de sa résidence habituelle en l'absence de choix de loi applicable: Articulation de l'article 6 § 1 du Règlement Rome I et du DCEV ⁽⁶¹⁾

L'article 6 §1 du Règlement Rome I donne compétence à la loi du lieu de résidence du

⁶¹ Il y a neutralisation de ce texte selon Martijn W. Hesselink, « How to opt into the common european sales law ? Brief comments on the Commission's Porposal for au regulation ? » 26 octobre 2011, Revue européenne de droit privé , Vol.1, pp 195-212, 2012, Amsterdam law school Legal Studies Research paper N° 2011-43, Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series No. 2011-15, Electronic copy available at: <http://ssrn.com/abstract=1950107>

consommateur pour régir le contrat de vente, **quand les parties n'ont pas choisi de loi.**

Si les parties choisissent le DCEV, sans faire un choix exprès de loi applicable par ailleurs, on a vu que cela valait choix implicite d'une loi d'un Etat membre et que seule se posait la question de savoir quelle loi était choisie. C'est dire que le choix du DCEV, impliquant le choix d'une loi applicable, ce n'est pas l'article 6 §1 qui s'applique mais l'article 6 §2.

1.4.5. Protection du consommateur par les lois de police du lieu de sa résidence habituelle en cas de choix d'une loi applicable moins protectrice : Articulation des articles 6 §2 et 9 du Règlement Rome I et du DCEV

Dès lors que les parties ont choisi le DCEV, ce choix valant choix implicite d'une loi applicable, on se trouve sous l'empire de l'article 6 §2 (ou de l'article 9) du Règlement Rome I. Ce sera l'article 6 §2 si on est bien dans le domaine de ce texte (soit que le professionnel exerce son activité professionnelle dans le pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle, soit que par tout moyen, il dirige cette activité vers ce pays ou vers plusieurs pays, dont celui-ci). Ce sera l'article 9 dans les autres cas ⁽⁶²⁾.

Comme on l'a montré, le choix du DCEV permet de neutraliser les lois de police constitutives du 1er régime de la loi du lieu de la résidence du consommateur. Le consommateur reste protégé par le 2nd régime (DCEV) de son lieu de résidence, 2nd régime qui est le même dans tous les pays de l'Union européenne. Dès lors les articles 6 §2 et 9 du Règlement Rome I ne sont pas évincés mais leur effet éventuellement perturbateur du commerce intra-européen est anéanti.

Et cette protection du consommateur par les règles impératives du second régime est satisfaisante car le DCEV est un texte de haut niveau de protection du consommateur (cf deuxième partie). D'ailleurs, les auteurs qui ont dénoncé le risque de dumping social lié à l'instrument optionnel et consistant à ne le choisir que lorsqu'il est moins favorable au droit national applicable, reconnaissent que ce risque existe davantage dans les rapports B2B que dans les rapports B2C, dans la mesure où l'instrument optionnel a un haut niveau de protection du consommateur ⁽⁶³⁾.

1.4.6. Exception d'ordre public international du for : Articulation de l'article 21 du Règlement Rome I et DCEV

L'article 21 du Règlement Rome I précise que : *«L'application d'une disposition de la loi désignée par le présent règlement ne peut être écartée que si cette application est manifestement incompatible avec l'ordre public du for».*

La différence entre les lois de police (article 6 §2 et 9) et l'exception d'ordre public international (article 21) est d'ordre méthodologique. Ce sont deux procédés qui ont pour finalité commune de protéger des valeurs cruciales. La loi de police est « une

⁶² Sur l'articulation entre ces deux textes : cf supra introduction.

⁶³ Jacobien W. RUTGERS, *An optional Instrument and Social Dumping Revisited*, European review of Contract Law, (March 8, 2011). Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1780950> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1780950>

disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat d'après le présent règlement » (article 9 §1 du Règlement Rome I). La loi de police détermine unilatéralement son champ d'application. Son application n'est pas fonction en principe, du contenu de la loi applicable au contrat. A la différence, l'exception d'ordre public est un moyen qui permet d'écarter une loi étrangère normalement applicable parce que son contenu heurte les valeurs fondamentales du for.

Si, en théorie, l'exception d'ordre public peut jouer en droit de la consommation, en pratique, la matière est plutôt dominée par la méthode des lois de police ⁽⁶⁴⁾.

Toutefois, concernant le DCEV, il faut se demander si le juge d'un Etat membre, qui serait désireux d'écarter l'instrument optionnel pour appliquer ses règles impératives d'origine étatique, ne pourrait pas essayer de se fonder sur l'article 21 susvisé.

La question ne pourrait se poser que si c'est le 2nd régime d'une loi étrangère au for qui a été choisi. Par exemple les parties ont choisi le DCEV mais elles ont aussi choisi expressément la loi allemande. Le juge français du for pourrait se poser la question de savoir si le 2nd régime allemand heurte l'ordre public international du for.

Mais il devra répondre par la négative, car le même 2nd régime existera aussi dans la loi française, ce qui empêchera que la loi étrangère choisie par les parties soit manifestement incompatible avec les valeurs fondamentales du for ⁽⁶⁵⁾.

⁶⁴ Mais la doctrine a de toute façon constaté un brouillage entre les deux méthodes. L'article 6 §2 en est un exemple, puisqu'il implique une comparaison entre le contenu de la protection du consommateur dans la loi choisie par les parties, et la protection à laquelle il aurait eu droit en vertu de la loi de sa résidence. Si la loi choisie est plus protectrice du consommateur, elle ne sera pas évincée par la loi de police du lieu de résidence du consommateur. Sur la distinction entre l'exception d'ordre public et le mécanisme des lois de police : V. B. Rémy, Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé : Thèse dactyl., Paris I, mai 2006, Nlle bibl. th., Dalloz, 2008. – N. Nord, Ordre public et lois de police en droit international privé : Thèse dactyl., Strasbourg III, 2003. – D. Archer, Impérativité et ordre public en droit communautaire et droit international privé des contrats : Thèse dactyl., Cergy-Pontoise, 2006

⁶⁵ En ce sens Livre vert sur le droit européen des contrats. Réponses du réseau Trans Europe experts, sous la direction de M. Behar-touchais et M. Chagny, Société de législation comparée, collection TEE, Tome 1, 2011, Réponse du groupe D, partie rédigé par Pascal de Vareilles SOMMIERES n° 76

CONCLUSIONS

On le voit, il n'y a pas de difficultés d'articulation insurmontables entre le Règlement Rome I et le DCEV. Pour améliorer encore les choses, il serait souhaitable :

- de transférer dans un article du Règlement instituant l'instrument optionnel, les précisions sur l'articulation entre le Règlement et les lois de police nationales qui figurent actuellement dans des considérants ou dans l'exposé des motifs, sans valeur normative ; Ceci nous paraît nécessaire car il s'agit d'un élément déterminant du régime du DCEV.
- de restreindre dans le considérant 27 de la proposition, l'exclusion de « l'illégalité » du champ d'application du DCEV, de façon à ce que toutes les lois de police nationales sanctionnées par la nullité ne soient pas considérées comme exclues du champ d'application du DCEV et comme pouvant donc s'appliquer à une vente soumise au DCEV ; il conviendrait de remplacer cette exclusion, par l'exclusion de la « nullité de la vente des choses qui sont hors du commerce juridique »
- de préciser que la soumission au DCEV, sans choix exprès de loi internationalement applicable, vaut choix implicite de la loi d'un Etat membre de l'Union européenne.

Le mécanisme mis en place doit être approuvé dès lors que le consommateur est protégé par les règles impératives du 2nd régime, et à condition que le niveau de protection de ce second régime soit un niveau élevé. C'est effectivement le cas, comme on va le montrer, en comparant le DCEV aux droits nationaux des pays de l'UE, ce qui est l'objet de la seconde partie de cette étude.

2 COMPARAISON DU DROIT NATIONAL DE LA CONSOMMATION DES ETATS MEMBRES AVEC LES DISPOSITIONS PROTECTRICES DU CONSOMMATEUR DANS LE DCEV

Il s'agit ici de comparer la législation des Etats membres avec le DCEV sur dix points cruciaux, afin de savoir si le DCEV est plus protecteur, autant protecteur ou moins protecteur.

Ces dix points sont les suivants :

- définition du consommateur
- définition du professionnel
- annulation du contrat
- clauses contractuelles abusives
- obligations du vendeur
- remèdes de l'acheteur
- obligations de l'acheteur
- remèdes du vendeur
- restitutions
- prescription

Sur ces dix questions fondamentales pour la protection du consommateur, nous allons tout d'abord dresser un tableau comparatif des différentes solutions entre le DCEV et les lois nationales, précédé de quelques explications (2.1) puis il conviendra d'en tirer les conséquences (2.2).

2.1 Tableaux comparatifs

2.1.1. La définition du consommateur

Le Règlement instituant le DCEV définit le consommateur de la manière suivante, à l'article 1 f :

« consommateur », toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale; »

Il s'agit d'une définition stricte, qui exclut les personnes morales, et qui est fondée sur la finalité de l'activité. Il ne peut donc pas y avoir de personne agissant dans l'exercice de sa profession, qui soit protégée comme un consommateur.

Cette définition stricte est la définition européenne qui résulte de diverses directives.

⇒ Voir : Annexe 2. La notion de consommateur dans les directives européennes

Cette définition stricte doit être comparée aux définitions des Etats membres, étant précisé que certains seulement ont introduit une définition générale légale de la notion de consommateur (Belgique, Estonie, Lituanie, Portugal, Slovaquie). Pour d'autres, c'est la jurisprudence qui a dégagé la notion de consommateur (France). D'autres ont défini la notion dans chaque texte de transposition (Chypre, France, Hongrie, Irlande,

Luxembourg, Roumanie et Royaume-Uni). Enfin, lorsque la notion de consommateur est définie dans différents textes en droit national, cela ne signifie pas forcément que ces différentes définitions divergent quant à leur contenu. On prendra alors la définition susceptible de s'appliquer en matière de vente, lorsqu'une personne aura le choix entre le DCEV et son droit national.

⇒ Voir : Annexe 3. La notion de consommateur dans les Etats membres

Ceci étant précisé, il convient maintenant de faire le tableau comparatif entre le DCEV et la notion de consommateur.

Tableau comparatif n°1: DCEV-Droit des Etats membres sur la notion de consommateur

DCEV	Loi nationale moins protectrice que DCEV	Loi nationale aussi protectrice que DCEV	Loi nationale plus protectrice que DCEV
<p><u>Personne morale ?</u></p> <p>DCEV : une personne morale n'est pas un consommateur</p>		<p>Certains États membres limitent expressément le domaine de la protection des consommateurs aux personnes physiques : BG, CY, DE, EE, FI, IE, IT, LT, LU, LV, MT ⁽⁶⁶⁾, NL, PL, SI et SE.</p> <p>La HU envisage actuellement de limiter la notion de consommateur aux personnes physiques.</p>	<p>UK : la jurisprudence a énoncé qu'une entreprise peut « agir en tant que consommateur » au sens du UCTA ⁽⁶⁷⁾; mais dans d'autres instruments de protection des consommateurs est réservée aux seules personnes physiques.</p> <p>En RO, la notion de consommateur est parfois étendue aux groupes de personnes physiques regroupées en associations</p> <p>En AT, BE, CZ, DK, SK (avec certaines exceptions), les personnes morales peuvent être des consommateurs à condition que l'achat relève d'un usage privé (ce qui n'est pas toujours facile à établir), ou, en GR, HU et ES, que la personne morale soit le destinataire final.</p> <p>En FR, la Cass. civ., dans un arrêt du 15 mars 2005, a précisé que la notion de « consommateur », au vu de l'arrêt de la CJCE Idealservice, ne pouvait être étendue aux personnes morales alors que la notion de « non-professionnel » (utilisée dans le cadre des</p>

⁶⁶ A MALTE, le Ministre chargé de la consommation, peut parfois, à l'occasion de l'application de la loi sur la consommation, englober dans la catégorie des consommateurs toute catégorie de personnes physiques ou morales : cf compendium de droit de la consommation.

⁶⁷ Unfair Contract Terms Act

			<p>articles relatifs aux clauses contractuelles abusives ; v. art. L. 132-1 du Code de la consommation) peut couvrir aussi les personnes morales en droit français. (Mais très récemment, elle a refusé aux SCI le droit de rétractation de l'article L 271-1 du code de la construction et de l'habitation, au motif que la SCI n'est pas un acquéreur non professionnel (Cass. 3ème civ. 24 octobre 2012 (⁶⁸)).</p> <p>Au PT (⁶⁹), il n'est pas certain que les personnes morales puissent être considérées comme des « consommateurs », mais un avant-projet de Code de la consommation de 2006 (qui n'a pas abouti pour l'instant) pré-cise que les personnes morales pourraient, dans certaines circonstances, bénéficier de la protection conférée aux consommateurs.</p>
<p><u>Professionnel concluant un contrat qui échappe à sa sphère de compétence professionnelle</u></p> <p>DCEV : celui qui conclut un contrat à des fins professionnelles, n'est pas un consommateur, peu important que ce contrat échappe à sa compétence professionnelle</p>		<p><u>1^{er} temps</u> : la Fr considère que le professionnel qui agit hors de sa sphère de compétence professionnelle est un consommateur (Cass.1ère Civ 28 avril 1987 : Un professionnel acquiert un système d'alarme pour ses locaux professionnels, mais il est agent immobilier, et donc les systèmes d'alarme n'entrent pas dans sa sphère de compétence professionnelle ; il a été jugé être un consommateur au sens de la législation sur les clauses abusives) ;</p> <p><u>2nd temps</u> : revirement : la Fr s'est rangée à la définition européenne et exige maintenant que le</p>	<p>La protection des professionnels concluant des contrats en dehors de leur domaine habituel d'activité existe aussi en BG (pour les personnes physiques uniquement), PL et en LT.</p> <p>Au UK, en vertu de la section 12(1) de la Loi relative aux clauses contractuelles abusives (UCTA) de 1977, les professionnels concluant un contrat en-dehors de leur domaine habituel d'activité peuvent prétendre « agir en tant que consommateurs » depuis la décision <i>R & B Customs Brokers Ltd v United Dominions Trust Ltd</i>.2119.</p>

⁶⁸ n° de pourvoi 11-18774

⁶⁹ http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei_busca_area.php?area=Defesa+do+Consumidor

⁷⁰ RTDCiv 2001 p.873 obs. J. Mestre

		contrat n'ait pas de lien direct avec l'activité professionnelle (Civ1, 24 janvier 1995 ; Civ 1 10 juillet 2001 ⁽⁷⁰⁾), ce qui revient au critère de l'absence de finalité professionnelle, du droit européen.	
Usage mixte ? DCEV ne dit rien, mais on peut penser qu'il exclura la qualification de consommateur ⁽⁷¹⁾		La Cour de cassation française avait, précédemment, déjà statué dans le sens de la non-application de l'article 13 de la convention en cas d'usage mixte, privé et professionnel, même si l'usage privé est prépondérant (Cass. 1 ^{re} civ., 18 juill. 2000 ⁽⁷²⁾) Exigent aussi une finalité strictement privée AT, BE Aucune règle claire quant aux contrats « mixtes » BG, CY, CZ, EE, EL, ES, FR, HU, IE, LT, LU, LV, MT, NL, PL, PT, RO, SL, SK, UK	Inclusion des contrats « mixtes », à finalité privée prépondérante DE, FI, SE Inclusion des contrats « mixtes » - sans qu'il soit certain que la finalité privée doit prévaloir IT
<u>Employé ?</u> DCEV : L'employé n'est pas intégré dans la notion de consommateur			Le droit allemand assimile pour certains textes l'employé au consommateur. Particularité de ce droit
<u>Tout destinataire final est-il un consommateur ?</u> DCEV : le destinataire final n'est pas forcément un consommateur; il n'en est pas un s'il utilise le bien dans son activité professionnelle		<u>Le consommateur est une catégorie d'utilisateur final :</u> Certains Etats membres utilisent l'expression de destinataire final (HU, LU) parce que le consommateur, qui utilise le produit à des fins privées, est un destinataire final.	<u>Tous les utilisateurs finaux sont des consommateurs :</u> D'autres Etats comme l'ES et la GR en déduisent une définition large du consommateur, qui pourrait être tout utilisateur final. Mais cela provoque des difficultés avec d'autres textes (par exemple pour l'ES avec les explications de motifs de la loi 7/1998 qui n'ont pas de valeur normative mais qui exigent que le consommateur agisse à des fins étrangères à son activité professionnelle). Ces difficultés sont

⁷¹ Rappr. CJCE 20 janv. 2005, aff. C-464/01, Johann Gruber c/ Bay Wa : Rec. CJCE 2005, I, p. 439 ; Rev. crit. DIP 2005, p. 493, note J.-M. Jude, qui juge que ne peut bénéficier de la protection des articles 13 à 15 de la convention de Bruxelles (articles qui concernent le consommateur) la personne qui a conclu un contrat ayant pour objet un usage pour partie professionnel, même si l'usage privé est prédominant.

⁷² Bull. civ. 2000, I, n° 216 ; Voir aussi Cass. 1^{re} civ., 28 janv. 2009 : Bull. civ. 2009, I, n° 13

			dénoncées en doctrine (les auteurs souhaitant que la notion de consommateur soit limitée à l'utilisateur final à des fins non professionnelles).
<p><u>Activité en vue de la constitution d'une activité</u> professionnelle</p> <p>Pas de règles spécifiques, mais il est probable que le futur professionnel n'est pas un consommateur dans le DCEV, car la CJCE (Benincasa aff.C-269/95) a jugé que l'art. 13 de la Convention Bruxelles I (devenu l'art. 15 du Règlement Bruxelles I n° 44/2001) n'est pas applicable si une partie a conclu un contrat dans pour une activité professionnelle future</p>		En DE, ces mêmes personnes sont considérées comme des professionnels	L'AT est le seul pays à aborder cette question dans un texte législatif. En vertu de l'art. 1(3) de la Loi relative à la protection du consommateur, les transactions effectuées par une personne physique avant le début de son activité professionnelle afin d'obtenir les marchandises ou les services nécessaires à cette activité ne sont pas considérées comme des transactions professionnelles. Les personnes créant une nouvelle activité jouissent donc des règles de protection des consommateurs

Il apparaît au terme de cette première analyse que seule la question de l'inclusion des personnes morales dans la notion de consommateur pourrait poser problème. Il y a certes quelques lois plus protectrices sur des questions particulières (contrats mixtes, contrats hors de la sphère du professionnel par exemple), mais **il n'y a de vrai clivage que sur le premier point concernant l'inclusion ou non des personnes morales dans la catégorie de consommateur.**

Il convient de relativiser ce constat, du fait que le DCEV contient également des dispositions protectrices du professionnel, notamment contre les clauses abusives.

Par ailleurs, il en résulte uniquement que les associations ou les personnes morales qui dans l'Etat de leur siège social pourraient se prévaloir du droit de la consommation (sous la qualification de consommateur ou parfois de non-professionnel) n'auront peut-être pas intérêt à accepter de se soumettre au DCEV.

En tout cas, une question se pose : faut-il faire évoluer le DCEV sur ce point ? Ne faudrait-il pas prévoir pour les personnes morales (non professionnelles : association, SCI familiales ⁽⁷³⁾), il y aurait une double option : option en faveur du DCEV, et option en faveur du statut du consommateur dans le DCEV. Il ne s'agirait pas de dire qu'elles sont des consommateurs, mais qu'elles peuvent opter pour le statut du consommateur dans le DCEV.

⁷³ Il faut cependant noter un recul de la qualification de consommateur ici, même pour certains pays traditionnellement attachés à inclure les SCI familiales dans cette catégorie protégée : La Cour de cassation française vient ainsi de refuser aux SCI (même familiales) le droit de rétractation de l'article L 271-1 du code de la construction et de l'habitation, au motif que la SCI n'est pas un acquéreur non professionnel (Cass. 3^{ème} civ. 24 octobre 2012 n° de pourvoi 11-18774)

2.1.2. La définition du professionnel

Le Règlement instituant le DCEV définit le professionnel en son article 1er :
« *« professionnel » : toute personne physique ou morale qui agit à des fins qui entrent dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale ; »*

Cette définition est le pendant de la définition du consommateur, de sorte que selon la finalité de son action, on est consommateur ou professionnel (Le non professionnel n'a pas sa place entre ces deux définitions).

Les directives européennes existantes se réfèrent à la notion de commerçant (Directive 85/577, Art. 2), d'organisateur (Directive 90/314, Art. 2 (2) et (3)), de vendeur (Directive 94/47, Art. 2 ; Directive 99/44, Art. 1 (2) al. (c)), de fournisseur (Directive 97/7, Art. 2 (3) ; Directive 2002/65, Art. 2 al. (c)), de prêteur (Directive 87/102, Art. 1 (2) al. (b)), ou de prestataire (Directive 2000/31, Art. 2 al. (b)).

Certaines se réfèrent à la notion de professionnel :

- Directive 93/13, Art. 2 al. (c) : La notion de « professionnel » vise toute personne physique ou morale qui, dans les contrats entre consommateurs et professionnels, agit dans le cadre de son activité professionnelle, qu'elle soit publique ou privée.
- Directive 98/6, Art. 2 al. (d) : La notion de « professionnel » vise toute personne physique ou morale qui vend ou offre à la vente des produits relevant de son activité commerciale ou professionnelle.
- Directive 2005/29, Art. 2 al. (b) : La notion de « professionnel » vise toute personne physique ou morale qui, pour les pratiques commerciales déloyales des entreprises vis à vis des consommateurs, agit à des fins qui entrent dans le cadre de son activité, commerciale, industrielle, artisanale ou libérale, et toute personne agissant au nom ou pour le compte d'un professionnel.
- Directive 2011/83, Art 2.2 : La notion de « professionnel » vise toute personne physique ou morale, qu'elle soit publique ou privée, y compris par l'intermédiaire d'une autre personne agissant en son nom ou pour son compte, aux fins qui entrent dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale.

La finalité professionnelle de son activité est donc de nature à définir le professionnel, ce qui n'a finalement rien d'étonnant.

Les Etats membres se sont beaucoup moins intéressés à la notion de professionnel qu'à celle de consommateur. Plusieurs ont introduit une définition uniforme du contractant du consommateur (Autriche, République Tchèque, Finlande, Allemagne, Italie, Slovaquie, Lettonie, Lituanie, Slovaquie, dans sa loi relative à la protection des consommateurs)

La France n'a pas de définition expresse, mais le contrat B2C n'étant pas C2C, il ne met pas en présence deux personnes qui agissent en dehors de l'exercice de leur activité professionnelle. La déduction est logique : le professionnel est celui qui agit à des fins entrant dans le cadre de son activité professionnelle.

⇒ Voir : Annexe 4. La notion de professionnel dans les Etats membres

Tableau comparatif n°2: DCEV-Droit des Etats membres sur la notion de professionnel

DCEV	Loi nationale moins protectrice que DCEV	Loi nationale aussi protectrice que DCEV	Loi nationale plus protectrice que DCEV
<p><u>But lucratif ?</u></p> <p>Rien n'est indiqué dans le DCEV.</p> <p>L'exclusion des personnes morales de la notion de consommateur, implique toutefois que toute personne morale est un professionnel, qu'elle ait ou non un but lucratif. Pour le consommateur qui contracte avec une association, c'est très protecteur.</p>	<p>Certains Etats exigent un but lucratif pour qualifier une personne de professionnel ou de commerçant : SI, ES, FI</p> <p>Mais attention à la définition du but lucratif : est-ce le fait de tirer un revenu de l'activité, ou de le distribuer aux associés ?</p>	<p>De nombreux Etats n'exigent pas un but lucratif pour qualifier une personne de professionnel : AT, DE, BG, GR, NL, SE</p>	
<p><u>Le contrat conclu avec le mandataire du professionnel est-il un contrat B2C ?</u></p> <p>Le DCEV n'en dit mot.</p> <p>Or, le mandataire représentant le professionnel, il n'y a pas de raison que le consommateur ne soit pas protégé.</p>	<p>En GR – à la différence de la Directive 85/577 – toute personne agissant au nom et pour le compte d'un commerçant ne peut pas être vue comme un commerçant (Source compendium de droit de la consommation p.810).</p> <p>Il en va de même en droit PL. Selon l'Art. 43 CC, l'activité du commerçant doit être exercée «en son nom propre ». Il semble qu'il s'agisse là d'une définition plus étroite que celle prévue par l'Art. 2 de la Directive 85/577.</p> <p>Mais attention, ces droits précisent davantage la qualité de commerçant ou de non commerçant de l'intermédiaire.</p> <p>Or, l'existence d'un contrat B2C ne dépend pas de la qualité de commerçant de l'intermédiaire, qui est transparent. Le contrat est conclu entre le consommateur et le mandant de l'intermédiaire. Dès lors, le fait de ne pas qualifier l'intermédiaire de commerçant, n'implique pas que le consommateur ne sera pas protégé dans ses rapports avec le donneur d'ordre de l'intermédiaire. Il n'est donc pas certain que ces droits protègent</p>	<p>De nombreux Etats admettent la protection du consommateur quand le vendeur agit en son nom propre ou au nom d'une autre personne : BE, CY LT, BG, RO</p> <p>Dans tous les pays non visés dans les autres colonnes, la règle se déduit des règles du mandat.</p>	

	vraiment moins le consommateur ici		
<p><u>Le contrat conclu par deux particuliers mais négocié par un professionnel emporte-t-il protection du consommateur comme dans un contrat B2C ?</u></p> <p>Le DCEV n'en dit mot, mais la question se pose pour des contrats particuliers et non pas tellement en fait pour le contrat de vente, sauf pour les ventes immobilières.</p> <p>En tout état de cause, une vente immobilière entre deux particuliers, négociée par un professionnel, est un contrat C2C, en l'absence de précision différente par le DCEV</p>			<p>Au DK, en IT et au PT, pour les contrats de multipropriété en temps partagés, si le vendeur n'est pas un professionnel, mais que le contrat est conclu pour le vendeur par un professionnel, alors ce contrat est également soumis à la loi de protection des consommateurs</p> <p>En FR, il a été admis que le droit de la consommation s'appliquait pour protéger le consommateur contre des clauses abusives dans des modèles de contrats proposés par une association, intermédiaire, alors même que l'association n'était pas partie au contrat avec le consommateur, le dit contrat étant conclu entre deux particuliers⁽⁷⁴⁾.</p>
<p><u>Personnes morales de droit privé et de droit public ?</u></p> <p>Le DCEV semble l'admettre en visant très largement toute personne physique ou morale, sans restriction.</p>		<p>Les personnes morales de droit public sont incluses dans la notion de professionnel : AT, BE, BG, CY, GR, IT, FR, SL, UK, DE</p>	
<p><u>Le consommateur est-il protégé si le vendeur exerce son activité de manière irrégulière ?</u></p> <p>Le DCEV n'en dit mot</p>			<p>En FR, les prêts conclus par le consommateur avec des banques non agréées, ne sont pas nuls pour les consommateurs.</p> <p>L'irrégularité de l'activité du professionnel ne doit pas préjudicier au consommateur.</p>

En définitive, la délimitation de professionnel ne pose pas vraiment de difficultés, et ne nécessite aucun changement des dispositions du DCEV, qui sont très claires. Si l'on voulait être encore plus précis, il serait possible d'ajouter :

- personnes morales de droit privé ou public
- avec ou sans but lucratif

⁷⁴ Cass. 1^{ère} civ. 3 février 2011 n° de pourvoi 08-14402

- agissant elle-même ou par son représentant

Mais il ne nous semble pas que ces précisions soient nécessaires, car elles se déduisent soit de la généralité de la définition du professionnel dans le DCEV, soit de la notion de mandat.

En tout cas, le DCEV est ici un peu plus protecteur que les Etats qui définissent le professionnel comme ayant nécessairement un but lucratif, ce qui laisse sans protection le consommateur qui contracte avec une personne morale sans but lucratif.

2.1.3. La nullité du contrat

Les dispositions du DCEV concernant la nullité ne concernent pas uniquement les consommateurs. Nous les envisagerons cependant, car un consommateur peut se fonder sur elles pour obtenir la nullité du contrat. Nous limiterons nos développements à la nullité pour vice du consentement, pour erreur, dol et abus de faiblesse, qui sont les cas les plus invoqués par les consommateurs.

2.1.3.1. L'erreur

Le DCEV prévoit dans l'article 48 de l'annexe I au Règlement :

« Une partie peut invoquer la nullité d'un contrat pour une erreur de fait ou de droit qui existait lors de sa conclusion lorsque:

(a) cette partie, sans cette erreur, n'aurait pas conclu le contrat ou ne l'aurait fait qu'à des conditions essentiellement différentes et que l'autre partie le savait ou pouvait être présumée le savoir; et

(b) l'autre partie: i) a causé l'erreur; ii) a provoqué la conclusion du contrat par erreur en ne respectant pas les obligations d'information précontractuelle prévues au chapitre 2, sections 1 à 4; iii) avait ou était censée avoir connaissance de l'erreur et a provoqué la conclusion du contrat par erreur en ne mettant pas en avant les informations utiles, à condition qu'une partie ayant eu connaissance de l'erreur eût l'obligation de la signaler conformément au principe de bonne foi et de loyauté; ou iv) a commis la même erreur.

Une partie ne peut invoquer la nullité d'un contrat pour cause d'erreur si le risque d'erreur était supporté ou, eu égard aux circonstances, devrait être supporté par elle.

L'inexactitude dans l'expression ou la transmission d'une déclaration est considérée comme une erreur de son auteur ou de son expéditeur. »

Cet article vise à définir les principes qui établissent un juste équilibre entre le caractère volontaire du contrat et la protection de la confiance raisonnable par l'autre partie.

Tableau comparatif no. 3: DCEV- lois nationales sur la nullité pour erreur

DCEV	Loi nationale moins protectrice que DCEV	Loi nationale aussi protectrice que DCEV	Loi nationale plus protectrice que DCEV
<p>Erreur de droit ou erreur de fait ?</p> <p>Le DCEV admet l'erreur de droit, comme l'erreur de fait ;</p>	<p>L'erreur de droit ne joue pas en PL.</p>	<p>Certains Etats membres (EE, HU, NL, UK (pour autant que la loi de l'Ecosse soit concernée) prévoient un régime similaire à l'article 48 du DCEV.</p> <p>Certains états membres reconnaissent également l'erreur de droit: BE, ES, HU, IT (dans certains cas), NL, PT, RO.</p>	
<p>Erreur déterminante ? Erreur substantielle ?</p> <p>Le DCEV exige que <u>l'erreur soit déterminante</u> mais <u>n'exige pas qu'elle porte sur la substance.</u></p>	<p>ES : la loi limite l'annulation au cas où l'erreur est substantielle et ne peut être évitée avec une diligence ordinaire.</p> <p>En FR, ou BE, l'erreur doit porter sur la substance pour être cause de nullité d'un contrat ⁽⁷⁵⁾.</p>	<p>Dans la plupart des Etats membres, l'erreur doit être d'une certaine importance et de simples erreurs concernant les motifs sont exclues: BE, DE, EE, ES, IT, FR, HU, PL, PT, RO.</p>	<p>Dans un Etat membre (SE), il peut y avoir nullité pour erreur sur les motifs, à condition que la bonne foi et l'honnêteté exigent la nullité du contrat.</p>
<p>Connaissance ou non de l'erreur par l'autre partie ?</p> <p>Dans le DCEV, <u>il faut que l'autre partie sache que son cocontractant commet une erreur ou ait dû le savoir.</u></p>		<p>Dans plusieurs Etats membres, il est nécessaire que l'autre partie ait eu connaissance ou aurait dû avoir connaissance de l'erreur de l'errans : EE, HU, IT, NL, PL, SE, UK (s'agissant de la loi d'Angleterre et du Pays de Galles)</p>	<p>Dans plusieurs Etats membres, un contrat peut être annulé par la victime de l'erreur indépendamment de la connaissance de l'erreur par l'autre partie : BE, DE, FR, PT.</p>
<p>Erreur excusable ou aussi erreur inexcusable ?</p> <p>Le DCEV ne prévoit pas expressément que seule une <u>erreur excusable</u> pourrait entraîner la nullité</p>	<p>Dans certains états membres (BE, FR) l'erreur inexcusable ou fautive ne peut entraîner la nullité du contrat.</p>		
<p>Erreur causée par l'autre partie ?</p> <p>Dans le DCEV, l'erreur permet d'annuler le contrat, notamment quand elle a été <u>causée</u></p>		<p>En BE, un contrat peut également être annulé par la victime de l'erreur indépendamment du fait que l'autre partie a causé l'erreur.</p>	

⁷⁵ La Cour de cassation pose en effet en principe "qu'il appartient à l'acheteur, arguant de son erreur, d'établir le caractère pour lui substantiel des qualités qu'il n'a pas trouvées dans l'objet acheté". Elle estime en conséquence que la nullité a été à bon droit écartée dès lors que l'acquéreur "n'avait pas justifié avoir vu dans l'authenticité de la toile une qualité substantielle" (Cass. 1re civ., 26 janv. 1972 : JCP G 1972, II, 17065 ; D. 1972, p. 517. – Cf. Cass. com., 20 oct. 1970 : JCP G 1971, II, 16916, note J. Ghestin ; Gaz. Pal. 1971, 1, p. 27). Encore faut-il que l'attente de l'errans ne soit pas pour son cocontractant une surprise, c'est-à-dire que la qualité recherchée soit entrée dans le champ contractuel.

<p><u>par l'autre partie</u></p> <p>Mais les 4 conditions de l'article 48 b ne sont pas cumulatives. Dès lors, le contrat peut être annulé pour erreur également indépendamment du fait que l'autre partie a causé l'erreur.</p>			
<p>Erreur partagée par les deux parties?</p> <p>Dans le DCEV, l'erreur permet d'annuler le contrat notamment quand elle a été <u>partagée par les deux parties</u></p>	<p>Au UK, l'erreur ne permet d'annuler le contrat que si elle a été partagée, et ce cas de nullité ne s'applique que lorsque l'erreur porte sur l'objet du contrat, ou rend le contrat impossible. (mais si l'erreur a été causée par des indications erronées par l'autre partie, le contrat sera annulable pour fausse déclaration).</p> <p>Dans certains états membres, il n'existe pas de dispositions explicites sur la nécessité que l'erreur soit partagée : ES, PL.</p>	<p>En DE, il n'existe pas de dispositions explicites prévoyant que l'erreur soit partagée par les deux parties.</p> <p>En FR, il importe peu que l'erreur soit commise unilatéralement par une seule partie ou qu'elle soit commune aux deux contractants.</p>	
<p>Risque d'erreur supporté par une partie ?</p> <p>Le DCEV prévoit qu'une partie ne peut invoquer la nullité d'un contrat pour cause d'erreur <u>si le risque d'erreur était supporté ou, eu égard aux circonstances, devrait être supporté par elle.</u></p>		<p>Plusieurs Etats membres excluent la nullité si le risque de l'erreur devait être supporté par l'errant: DE, EE, ES, FR, NL, RO.</p>	
<p>Inexactitude dans l'expression ou la transmission d'une déclaration ?</p> <p>Dans le DCEV, l'inexactitude dans l'expression ou la transmission d'une déclaration est considérée comme une erreur de son auteur ou de son expéditeur</p>	<p>Une inexactitude de transmission n'est pas prise en compte pour apprécier l'erreur : IT</p>	<p>Dans plusieurs états membres (BE, DE, FR, PT) l'inexactitude dans la communication est traitée comme une erreur. EE exige que l'autre partie ait connaissance de l'inexactitude.</p>	

Il y a des nuances entre le droit de l'erreur du DCEV et celui des Etats membres, mais le DCEV apparaît plus ou également protecteurs que les lois nationales dans la plupart des hypothèses.

2.1.3.2. Le dol

S'agissant du dol, le DCEV prévoit à l'article 49 de l'annexe I :

« Une partie peut invoquer la nullité du contrat lorsque l'autre partie l'a incitée à conclure celui-ci par des manœuvres dolosives, en paroles ou en actes, ou par la non-divulgation dolosive des informations qu'elle devait fournir avant la conclusion du contrat, conformément au principe de bonne foi et loyauté, ou à toute autre obligation d'information précontractuelle.

Une présentation déformée de la réalité est dolosive si elle est faite en sachant ou en croyant que cette présentation est fautive, ou sans se soucier de son caractère exact ou erroné, et qu'elle vise à induire son destinataire à commettre une erreur. Le défaut d'information est dolosif s'il vise à induire la personne à laquelle l'information est dissimulée à commettre une erreur.

Pour établir si la bonne foi commandait à une partie de révéler une information particulière, toutes les circonstances sont prises en considération, notamment:

- (a) des éventuelles connaissances techniques spéciales de la partie;
- (b) des coûts encourus par la partie pour se procurer les informations en cause;
- (c) la facilité avec laquelle l'autre partie aurait pu se procurer les informations par d'autres moyens;
- (d) la nature des informations;
- (e) l'importance que présentaient apparemment les informations pour l'autre partie; et
- (f) dans les contrats entre professionnels, les bonnes pratiques commerciales dans la situation en cause. »

Tableau comparatif n°4:DCEV- lois nationales sur le dol

DCEV	Loi nationale moins protectrice que DCEV	Loi nationale aussi protectrice que DCEV	Loi nationale plus protectrice que DCEV
<p><u>Dol principal/ dol incident ?</u></p> <p>Le DCEV ne semble pas distinguer entre dol principal et dol incident. Tout dol semble devoir être pris en compte, car le texte ne dit pas « l'a déterminée à conclure ». Il dit :</p> <p>« Une partie peut invoquer la nullité du contrat lorsque l'autre partie l'a incitée à conclure celui-ci par des manœuvres dolosives, en paroles ou en actes, ...</p> <p>Une présentation</p>	<p>Il ya un peu moins de protection dans la loi de certains États membres (BE,ES, FR), où une distinction entre le dol principal sans lequel la victime n'aurait jamais signé le contrat, et le dol incident où la victime aurait conclu le contrat à des conditions moins onéreuses (et où elle peut seulement demander des dommages et intérêts à l'autre partie, si elle démontre sa faute précontractuelle).</p> <p>En ES, il semble que la distinction perde de son importance dans la</p>	<p>En cas de dol, de nombreux États membres prévoient la nullité du contrat : DE, EE, ES, HU, IT, NL, PL, PT, RO, SE, UK.</p> <p>Le dol doit être intentionnel dans tous les cas.</p> <p>La victime du dol peut obtenir la nullité, même si le dol n'était pas si important et serait qualifié dans d'autres systèmes de dol incident : DE, EE, NL, UK.</p>	

<p><i>déformée de la réalité est dolosive si elle est faite en sachant ou en croyant que cette présentation est fausse, ou sans se soucier de son caractère exact ou erroné, et qu'elle vise à induire son destinataire à commettre une erreur... »</i></p> <p>Cette formulation montre tout de même que le dol doit être intentionnel.</p>	<p>jurisprudence récente ⁽⁷⁶⁾.</p>		
<p><u>Dol par réticence (par le silence) ?</u></p> <p>Une partie peut invoquer la nullité du contrat lorsque l'autre partie l'a incitée à conclure celui-ci par la non- divulgation dolosive des informations qu'elle devait fournir avant la conclusion du contrat, conformément au principe de bonne foi et loyauté, ou à toute autre obligation d'information précontractuelle.</p> <p>Le défaut d'information est dolosif s'il vise à induire la personne à laquelle l'information est dissimulée à commettre une erreur. ...</p>	<p>Le dol par réticence ou dol par le silence n'est reconnu au UK que s'il existait une obligation de divulgation, qui n'est reconnue que dans un nombre limité de circonstances (par exemple, cas des contrats d'assurance) ou lorsque les parties sont en relation de confiance (rapports B2C).</p>	<p>La plupart des États membres considèrent qu'il y a dol, en cas de défaut d'information de l'autre contractant, à condition que l'auteur du silence dolosif ait eu une obligation d'information, et ait dissimulé délibérément ces renseignements: BE, DE, EE, ES, FR, HU, IT, NL, PL, PT, RO, SE.</p> <p>Parfois cela est explicitement mentionné dans la loi (EE, NL, RO), mais surtout, il a été développée par la jurisprudence.</p>	
<p><u>Dol par l'autre partie et non par un tiers ?</u></p> <p>Le DCEV n'admet le dol que s'il émane de l'autre partie.</p> <p>Il faut en déduire que le dol du tiers ne sera pris en compte, que si le tiers est <u>dépendant d'une partie au contrat</u> (par exemple il est son représentant ou son employé) ou <u>si le contractant est au courant du dol du tiers et devient par conséquent son complice.</u></p> <p>Toute autre hypothèse de dol d'un tiers ne sera pas prise en compte.</p>		<p>De nombreux pays considèrent également que le dol d'un tiers n'entraîne pas la nullité du contrat, <u>si le tiers est indépendant du contractant, et que ce dernier ne connaissait pas et ne devait pas connaître les manœuvres du tiers</u> (BE, DH, UK, EE,FR ⁽⁷⁷⁾),DE, GR, SK, LU).</p> <p>Tous les Etats membres reconnaissent que <u>l'action d'un tiers employé ou représentant du contractant est identique à l'action de l'employeur ou du repré-</u></p>	

⁷⁶ Mais le texte subsiste : article 1270 du code civil espagnol : « - Pour que le dol produise la nullité des contrats, il devra être grave et n'avoir pas été employé par les deux parties contractantes. Le dol *incident* oblige à qui l'a employé, à payer les dommages et préjudices. »

⁷⁷ Même dans un contrat unilatéral comme le cautionnement, le dol d'un tiers (et notamment le dol du débiteur) ne peut être invoqué, contrairement à ce qui semble indiqué dans le DCFR Vol.1 p. 539

		<p>senté. Le dol émanant de ce tiers serait donc pris en considération comme étant un dol du contractant (AT CC § 1313(a); IT, CC art.1390; EE GPCCA §§ 132-133; UK ; BE ⁽⁷⁸⁾ ; DE BGB, § 123 no. 23 (pour les cas de dol). (Le droit CZ admet une exception quand le représenté est de bonne foi. Le droit CZ tient alors compte de son ignorance de certaines circonstances ⁽⁷⁹⁾).</p> <p><u>Si le tiers est indépendant du contractant, la nullité ne peut être demandée pour le dol de ce tiers, que si le contractant le savait</u> (et devient ainsi son complice) (FR, SI, SE,CZ).</p>	
--	--	---	--

Concernant le dol, le DCEV apparaît plus protecteur ou également protecteur que les droits des Etats membres. Il est très important pour les contrats de consommation, où l'obligation d'information est si développée, que le DCEV admette le dol par réticence.

Toutefois, l'inexécution d'une obligation d'information est parfois sanctionnée par elle-même par une nullité (sans même recourir à la notion de dol ou d'ailleurs d'erreur), et le juge doit dans ce cas pouvoir la soulever d'office, même si son droit national ne lui donne pas ce pouvoir ⁽⁸⁰⁾. La nullité pour inexécution d'un devoir d'information (indépendamment d'un vice du consentement) n'est toutefois pas généralisée, car elle n'est pas forcément adaptée. S'agissant par exemple d'un défaut d'information sur le droit de rétractation du consommateur, la sanction était laissée jusqu'à présent aux Etats membres, et certains, comme l'Espagne, avaient choisi la nullité relative ⁽⁸¹⁾.

⁷⁸ Cass. 9 November 1987, Pas. belge 1988, 298;

⁷⁹ cf DCFR Vol.1 p. 539

⁸⁰ Cf CJUE 17 décembre 2009 Eva Martin Martin (EMM contre EDP Editores SL) aff C-227/08 :

En vertu de l'article 4 de la loi espagnole 26/1991, le consommateur devait demander à faire constater la nullité du contrat lors de la conclusion duquel l'exigence que le consommateur soit informé de son droit de rétractation n'a pas été respectée

La Cour de Justice, saisie d'une question préjudicielle va répondre :

« L'article 4 de la directive 85/577/CEE du Conseil, du 20 décembre 1985, concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux, ne s'oppose pas à ce **qu'une juridiction nationale déclare d'office la nullité d'un contrat relevant du champ d'application de cette directive au motif que le consommateur n'a pas été informé de son droit de résiliation**, alors même que cette nullité n'a à aucun moment été invoquée par le consommateur devant les juridictions nationales compétentes. »

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=76983&pageIndex=0&doclang=FR&mode=Ist&dir=&occ=first&part=1&cid=6034615>

⁸¹ Dans ses conclusions sous l'arrêt Eva Martin précité (note précédente), l'avocat général Vérica Trstenjak a relevé que l'Espagne fait partie d'un groupe de pays qui distinguent nullité relative et nullité absolue (comme la Belgique et la France), alors que d'autres distinguent la nullité et l'annulabilité (Autriche, Allemagne, Pays-bas, Slovaquie). Elle retient cependant que les deux distinctions sont conceptuellement comparables. (cf ses conclusions n°55 :

Mais cette sanction n'était peut-être pas adaptée, dans la mesure où elle pouvait conduire le juge à imposer d'office la nullité à un consommateur qui n'aurait eu aucune envie de se rétracter s'il avait été régulièrement informé. La récente directive n° 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs prévoit à présent dans son article 10 une autre sanction : le défaut d'information sur le droit de rétractation a pour conséquence que le dit droit expire au terme d'une période de 12 mois à compter de la fin du délai de rétractation initial dont le consommateur n'a pas été informé.

2.1.3.3. L'abus de faiblesse ou l'exploitation déloyale

Le DCEV prévoit en son article 51 intitulé « Exploitation déloyale »

« Une partie peut invoquer la nullité du contrat si, lors de la conclusion de celui-ci :

a) elle était dans un état de dépendance à l'égard de l'autre partie ou une relation de confiance avec elle, en état de détresse économique ou de besoins urgents, ou était imprévoyante, ignorante ou inexpérimentée; et

b) que l'autre partie le savait ou pouvait être présumée le savoir et que, à la lumière des circonstances et du but du contrat, elle a exploité la situation de la première partie en retirant du contrat un profit excessif ou un avantage déloyal. »

Cet article adopte le principe selon lequel un contrat qui confère à une partie un avantage excessif, parce qu'il résulte de l'injuste exploitation par l'autre partie de la faiblesse de son cocontractant, doit pouvoir être annulé. Beaucoup de systèmes juridiques refusent de donner effet à de tels contrats, mais posent des conditions différentes.

Tableau comparatif n°5: DCEV - lois nationales sur l'abus de faiblesse (exploitation déloyale)

DCEV	Lois nationales moins protectrices que DCEV	Lois nationales aussi protectrices que DCEV	Lois nationales plus protectrices que DCEV
<p>Conditions ?</p> <p>Le DCEV pose en réalité trois conditions :</p> <p><u>-une condition tenant à la faiblesse de la personne</u></p> <p>Cette faiblesse résulte :</p> <p><i>-d'un état de dépendance à l'égard de l'autre partie</i></p> <p><i>- ou une relation de confiance avec elle, -</i></p>	<p><u>Les lois moins protectrices sont d'abord les lois qui quantifient la lésion qui est nécessaire pour que la protection puisse jouer :</u></p> <p>En RO un contrat ne peut être annulé pour « exploitation déloyale » ou abus de faiblesse que s'il y a lésion de plus de la moitié</p> <p>Si la lésion ne dépasse</p>	<p>Dans certains États membres (DE, EE, HU, PL), le contrat est nul s'il a été obtenu par l'exploitation par une partie de la situation, de l'inexpérience, du manque de discernement ou de la faiblesse considérable de la volonté de l'autre partie. C'est clairement le <u>déséquilibre</u> qui est ici sanctionné par la nullité.</p>	<p>En SI, celui qui conclut un contrat sous la pression économique ou sociale, dans des conditions assez désavantageuses, a un <u>droit de rétractation</u>. Ce n'est que si les conditions sont encore plus désavantageuses que le contrat est contraire à la bonne morale et peut être annulé.</p>

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d0f130d5880da00410ba44b1b012eca6af113351.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4Oa3uLe0?text=&docid=72569&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=317108>

⁸² La France punit pénalement l'abus de faiblesse, mais la jurisprudence peut aussi annuler le contrat sur le terrain de la violence économique.

<p><i>d'un état de détresse économique ou de besoins urgents</i></p> <p><i>-de l'imprévoyance, l'ignorance, ou l'inexpérience.</i></p> <p>C'est une conception large, qui ne contient rien sur l'incapacité (qui est exclue du champ d'application du DCEV)</p> <p><u>-une condition tenant à la connaissance par l'autre partie de cette situation</u> (élément subjectif de l'abus de faiblesse)</p> <p><u>-une condition tenant au déséquilibre du contrat conclu</u> (élément objectif de l'abus de faiblesse)</p> <p>Le cocontractant en tire « <i>un profit excessif ou un avantage déloyal.</i> »</p> <p>Ce déséquilibre n'est <u>pas quantifié.</u></p>	<p>pas ce seuil, seuls des dommages et intérêts seront accordés.</p> <p>(Les contrats avec des mineurs ont un régime spécial)</p> <p>Dans certains États membres (BE, ES) il n'y a pas de règle générale selon laquelle un contrat est annulable en cas d'exploitation déloyale.</p> <p>Toutefois, les lois des États membres protègent les parties victimes de cette situation, soit en déduisant une lésion qualifiée ou une « lesio aenormis », dans l'hypothèse où il y a abus de droit et où les conditions du contrat sont totalement disproportionnées (BE, ES dans certains régions et parfois limité aux transactions en matière immobilière, et avec des critères quantitatifs) ou impliquant des mineurs ou des incapables majeurs victimes du déséquilibre (ES)</p> <p><u>Les lois moins protectrices sont ensuite les lois où l'abus de faiblesse ou l'exploitation déloyale n'entraîne pas clairement la nullité du contrat.</u></p> <p>En UK les règles sont moins claires que dans le DCEV</p> <p>Elles s'appliquent selon la doctrine là où il y a une relation de confiance ou si une partie cherche à tirer profit de la faiblesse de l'autre partie (par exemple due au manque d'éducation ou à la pauvreté) pour obtenir un avantage très injuste ("oppressive") du contrat. C'est aussi la doctrine de « l'indue influence » qui peut s'appliquer.</p>	<p>D'autres États membres admettent la nullité pour exploitation déloyale quand une partie a profité de la vulnérabilité de l'autre pour obtenir un contrat inéquitable et recevoir une contrepartie bien plus importante que la valeur de leur prestation (FR ⁽⁸²⁾, IT, NL, PT, SE). Ce qui est ici sanctionné, <u>c'est le fait de profiter de la vulnérabilité</u> pour qu'une partie obtienne un contrat déséquilibré.</p> <p>Donc, l'exploitation de la vulnérabilité de l'autre partie doit avoir été faite, alors que celui qui en profite avait connaissance ou aurait dû avoir connaissance de cette vulnérabilité (FR, NL, PT). On peut supposer que c'est le cas aussi en IT et en SE, mais l'information n'a pu être vérifiée.</p>	
--	---	--	--

C'est peut-être à propos de la manière de traiter l'abus de faiblesse, ou l'exploitation déloyale, qu'il y a le plus de nuances entre les États membres. Le DCEV adopte un haut niveau de protection sur cette question.

2.1.3.4. Mise en œuvre de la nullité

Tableau comparatif n°6: DCEV-Lois nationales sur la mise en oeuvre de la nullité

DCEV	Lois nationales moins protectrices que DCEV	Lois nationales aussi protectrices que DCEV	Lois nationales plus protectrices que DCEV
<p><u>Action en justice ou notification ?</u></p> <p>L'article 52 du DCEV prévoit <u>une annulation par notification</u> :</p> <p>1. « L'annulation est effectuée par notification au cocontractant.</p> <p>L'annulation n'est effective que si elle est notifiée dans le délai, à compter du moment où la partie qui annule le contrat a eu connaissance des circonstances pertinentes ou a pu agir librement, mentionné ci-après: (a) six mois en cas d'erreur; et (b) un an en cas de dol, de menaces ou d'exploitation déloyale</p>	<p>Certains Etats membres prévoient qu'il faut une action en justice (FR, EE⁽⁸³⁾, IT⁽⁸⁴⁾, GR, BE, LU, et probablement aussi SL et SK, même si c'est controversé).</p>	<p>L'annulation par notification existe dans certains pays (DE, NL, PL, EE, SE, UK).</p>	
<p><u>Confirmation</u></p> <p>Article 53 : « <i>Lorsque la partie en droit d'annuler le contrat en vertu du présent chapitre le confirme de façon expresse ou implicite, après avoir eu connaissance des circonstances pertinentes ou avoir pu agir librement, elle ne peut plus annuler le contrat.</i> »</p>	<p>En UK et IE, le droit d'invoquer la nullité peut être perdu, à la suite d'un acte, <u>même fait dans l'ignorance de la cause de nullité</u>, mais qui a pu faire raisonnablement penser à l'autre partie que le contrat ne serait pas annulé. Il y a dans ce cas estoppel.</p> <p>Le droit CZ prévoit que le droit d'annuler le contrat peut être perdu avant l'écoulement du</p>	<p>Cette disposition est à peu près la même que celle de nombreux Etats membres (FR, BE, LU, DE, IT⁽⁸⁵⁾ PT,ES,NL,EE)</p> <p>En HU le droit d'annulation est supprimé si la personne qui pouvait annuler le contrat confirme le contrat par écrit ou renonce à son droit de faire annuler le contrat.</p>	

⁸³ article 1301, 1302 et suivants du code civil espagnol

⁸⁴ Article 1418 du code civil italien (nullité de droit commun) et Art. 67-septies decies (contrat à distance en matière de services financiers) du code de la consommation italien :
La nullité du contrat est prévue dans l'hypothèse où le fournisseur entrave l'exercice du droit de rétractation ou ne rembourse pas les sommes qui lui ont été payées, ou viole les obligations d'information qui lui sont imposées avant la signature du contrat

⁸⁵ mais la confirmation n'est pas reconnue dans les cas de lésion ou de termes iniques acceptés dans les situations de danger

	délaï de prescripton, sur la base de la clause de bonne moralité. De plus la partie dont le consentmeent a été vicié peut ratifier le contrat.		
<p>Effets de l'annulation</p> <p>Rétroactivité (cf restitutions pour le DCEV et les Etats membres: infra)</p> <p><u>Annulation totale/ annulation partielle</u></p> <p>Art.54</p> <p>« 2. Lorsqu'une cause d'annulation n'affecte que certaines clauses du contrat, l'annulation se limite à ces clauses, à moins qu'il ne soit déraisonnable de maintenir le reste du contrat. »</p>	<p>En principe, en Finlande, l'annulation est totale, mais la jurisprudence a permis de dégager des cas d'annulation partielle.</p> <p>En droit PL le principe est l'annulation totale.</p>	<p>L'annulation partielle est admise par certains Etats membres (FR, BE, LU, DE, NL, EE, GR, IT, PT, SI). C'est plus souvent sur le fondement du caractère déterminant ou non des clauses dans la volonté de la victime (aurait-elle conclu le reste du contrat sans les clauses invalides ?), que sur le fondement du caractère raisonnable de leur maintien. Mais il est probable que le plus souvent, ces deux critères appréciés souverainement par les juges, se rejoindront.</p> <p>De la même manière, en SI si la cause de nullité ne concerne qu'une partie de l'acte juridique, seule cette partie est invalide, à moins qu'il ne résulte de la nature de l'acte juridique ou de son contenu ou des circonstances dans lesquelles l'acte a été fait que cette partie ne peut pas être séparée de l'autre contenu (CC § 41)</p> <p>En CZ, la nullité partielle est également possible, si une partie est séparable en tenant compte de la volonté des parties et de l'objet du contrat</p> <p>En HU, l'annulation n'est partielle que si les parties auraient pu conclure le contrat sans la partie invalide.</p>	
<p><u>Dommmages et intérêts suite à l'annulation du contrat ?</u></p> <p>(Article 55)</p> <p>DCEV : Droit de demander des dommages et intérêts :</p>	<p><u>En cas de dol</u>, au UK (Angleterre et Pays de Galles), même quand il y avait une obligation de divulgation et que cette obligation n'a pas été respectée, la victime ne peut obtenir de dommages-intérêts</p> <p>Dans certains Etats, il</p>	<p><u>En cas d'erreur</u>, de nombreux États membres accordent des dommages-intérêts si une partie a causé l'erreur de l'autre partie (BE, DE, EE, ES, FR, HU, PT). Toutefois, les dommages et intérêts peuvent être exclus si l'autre partie ne</p>	<p><u>En cas d'exploitation déloyale</u>, en PL, la loi favorise l'adaptation du contrat, par réduction des engagements de la victime du vice ou par augmentation des engagements de l'autre partie.</p>

<p>*si existence d'une cause de nullité, que le contrat soit ou non annulé</p> <p><u>*à condition que l'autre partie ait connu ou ait été censée connaître les circonstances pertinentes.</u></p>	<p>n'est prévu aucuns dommages et intérêts pour <u>les cas d'exploitation déloyale</u> (UK, ES)</p>	<p>connaissait pas ou n'aurait pas dû connaître l'erreur (EE). Dans certains États membres (BE, FR, IT, PL, RO), les dommages et intérêts ont dans ce cas (erreur) un fondement extracontractuel</p> <p><u>En cas de dol</u>, dans la plupart des États membres, la victime peut demander des dommages et intérêts (BE, DE, EE, ES, IT, FR, HU, NL, PL, PT, UK (pour autant que la loi de l'Ecosse soit concernée). Ces dommages et intérêts peuvent être réclamés en sus de la nullité dans certains États membres (BE, FR, IT, RO). Dans certains États membres, ils ont un fondement extracontractuel.</p> <p>En BE et FR, la victime d'un dol incident peut aussi demander des dommages et intérêts.</p> <p><u>En cas d'exploitation déloyale</u>, les dommages et intérêts sont accordés dans plusieurs États membres (BE, DE, EE, FR, HU, IT, PL, PT, RO, SE). Ils couvrent notamment l'intérêt négatif (BE, DE, EE, HU, IT, PL, PT, RO).</p>	
---	--	---	--

Curieusement, sur la mise en œuvre de la nullité, la mesure qui provoque des controverses, est la nullité par notification, plutôt qu'à la suite d'une action en justice. Il s'agit d'une mesure qui pour le consommateur est beaucoup plus protectrice, puisque plus souple, car elle lui donne la possibilité effective d'invoquer la nullité, sans avoir la crainte de devoir saisir un juge. C'est alors, le professionnel qui se voit en charge de saisir le juge s'il estime que la nullité a été notifiée à mauvais escient.

Cette inversion de la « *charge de l'action en justice* » fait peur à bien des entreprises dans les États membres qui ne connaissent pas la nullité par notification, alors que c'est une mesure très favorable aux consommateurs, qui est de nature à rendre le droit plus effectif.

En outre, dans certains de ces pays comme la France, qui ne connaissait jadis que la résolution judiciaire pour inexécution, on est récemment passé à une résolution qui

peut maintenant être notifiée au cocontractant (86). Or, cela n'a absolument pas bouleversé les équilibres. Il en irait probablement de même de cette nullité par notification.

2.1.4. La protection du consommateur contre les clauses abusives

Si l'on voulait traiter entièrement la question des clauses abusives, elle pourrait faire l'objet d'un « briefing paper » à elle seule. Nous traiterons donc uniquement de quelques points choisis, qui nous paraissent essentiels.

Dans la mesure où la directive 93/13 est d'harmonisation minimale, on tiendra pour acquis le seuil minimal imposé par cette directive, et on s'attachera davantage à ce que les Etats ont prévu en plus de la directive.

Bien que ce soit un élément essentiel, la définition du consommateur ne sera pas reprise ici puisqu'elle a déjà été envisagée ci-dessus.

Tableau comparatif n°7: DCEV - lois nationales sur les clauses abusives

DCEV	Lois nationales moins protectrices	Lois nationales aussi protectrices	Lois nationales plus protectrices
<p><u>Effets des clauses contractuelles abusives</u></p> <p>Article 79</p> <p>« 1. Une clause contractuelle proposée par une partie et qui est abusive en vertu des sections 2 et 3 du présent chapitre <u>ne lie pas l'autre partie.</u></p> <p>2. Lorsque le contrat peut être maintenu sans la clause abusive, les autres clauses du contrat demeurent contraignantes. »</p>	<p>L'art. 6(1) de la directive 93/13 selon lequel les clauses abusives sont réputées non écrites, a été transposé dans l'Art. 6(8) de la Loi LT relative à la protection des droits du consommateur, mais avec une nuance : Le droit LT considère que la clause est réputée non écrite <u>uniquement après un recours du consommateur.</u> Jusqu'à ce que le recours soit introduit, toutes les clauses contractuelles sont valables et légales.</p> <p>En RO, il faut même que le consommateur invoque lui-même le caractère abusif de la clause, ce qui est contraire à la jurisprudence de la Cour de Justice qui retient le pouvoir du juge de déclarer d'office une clause abusive (arrêts Océano Grupo CJCE 27 juin 2000, Cofidis CJCE 21 nov. 2002 et Mostaza Claro CJCE 26 oct. 2006).</p>	<p>En FR, les clauses abusives sont réputées non écrites (art L 132-1 C.conso). La formulation du DCEV est plus explicite (la directive était déjà rédigée ainsi), et évite que l'on ne se pose la question de savoir si le consommateur n'est pas tenu, seulement après un recours au juge (cf l'interprétation de la loi lettone ci-contre)</p> <p>En EE, elles sont nulles de plein droit et réputées non écrites (Art. 83 TRLGDCU)</p>	<p>Une =caractéristique des États scandinaves consiste dans le contrôle administratif des clauses par l'<u>Ombudsman</u> des consommateurs, dont la mission au DK est de vérifier le respect de la Loi DK relative aux pratiques de commerciales, dans l'intérêt des consommateurs (idem FI, SE)</p>

⁸⁶ Le contractant qui résilie unilatéralement le contrat pour faute de l'autre, le fait à ses risques et périls. S'il s'avérait qu'il n'y avait pas de faute de l'autre cocontractant, la résiliation serait aux torts de celui qui l'a notifiée.

<p><u>Cas d'exclusion de l'examen du caractère abusif :</u></p> <p><u>Exclusion de l'objet et de l'adéquation du prix</u> - Article 80</p> <p>« 2. <u>La section 2 ne s'applique pas à la définition de l'objet principal du contrat ni à la justesse du prix à payer dans la mesure où le professionnel s'est conformé à l'obligation de transparence figurant à l'article 82.</u></p> <p>3. <i>La section 3 ne s'applique pas à la définition de l'objet principal du contrat ni à la justesse du prix à payer. »</i></p>		<p>De nombreux Etats membres admettent que les clauses abusives ne concernent ni la définition de l'objet ni le prix (ceux qui ne sont pas dans la liste ci-contre) la CJCE a considéré que plusieurs dispositions n'étaient pas conformes à la Directive 93/13 (Jur. 2001, I-2541). Pour cette raison une précision a été introduite dans le code NL, assurant que l'évaluation de la nature abusive des clauses ne devait pas porter sur l'objet principal du contrat, à condition que ces clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible. Une disposition supplémentaire a été introduite dans le code afin d'assurer qu'en cas de doute sur la signification d'une clause, l'interprétation la plus favorable pour le consommateur devait prévaloir.</p>	<p>Certains Etats membres appliquent la protection des clauses abusives à la définition de l'objet principal et de l'adéquation du prix et de la rémunération (AT, LT, LU, DK, GR, RO, SI, ES, SE)</p>
<p><u>Obligation de transparence des clauses contractuelles qui n'ont pas fait l'objet d'une négociation individuelle</u></p> <p>Article 82</p> <p>« <i>Lorsqu'un professionnel propose des clauses contractuelles qui n'ont pas fait l'objet d'une négociation individuelle avec le consommateur au sens de l'article 7, <u>il a l'obligation de veiller à ce qu'elles soient rédigées et communiquées de façon claire et compréhensible.</u></i> »</p>	<p>Le principe de transparence énoncé à l'Art. 5, al. 1er de la Directive 93/13 n'a pas été explicitement transposé en CZ, ES, GR, HU, LU, SK. Ainsi, il n'est pas certain que la Directive soit complètement respectée⁽⁸⁷⁾</p>	<p>DE : les clauses obscures sont nulles, depuis la réforme de 2002.</p>	<p>Certains États membres au contraire ont prévu un contrôle de l'insertion de clause dans le contrat ce qui, dans certaines circonstances peut rendre la situation du consommateur plus avantageuse (par ex. en mettant en place une obligation de porter les clauses à l'attention du consommateur, ou une obligation de fournir un document écrit mentionnant les clauses)⁽⁸⁸⁾ : AU, IE</p>
<p><u>Définition de la clause abusive</u></p>		<p>Seules les clauses n'ayant pas fait l'objet d'une négociation</p>	<p>Certains Etats membres appliquent la protection du consommateur con-</p>

⁸⁷ Cf compendium de droit de la consommation p. 387

⁸⁸ Compendium p.388

<p><u>Négociation individuelle ou non</u></p> <p>Article 83</p> <p>« 1. Dans un contrat entre un professionnel et un consommateur, une clause contractuelle proposée par le professionnel et <u>n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle</u> au sens de l'article 7 est abusive aux fins de la présente section »</p>		<p>individuelle peuvent être contrôlées (EE, DE ⁽⁸⁹⁾, UK, IE, GR, IT, ES, CY, LV, NL, PL, RO, SK)</p>	<p>tre les clauses abusives même aux clauses qui ont été négociées individuellement (BE ⁽⁹⁰⁾, FR, MT, DK, FI, SE, LU, CZ, SI, BG, LT)</p> <p>Mais certains droits font tout de même une différence entre les deux ; Par exemple, en droit BG, selon l'Art. 146(1) de la Loi relative à la protection des consommateurs, qui transpose l'Art. 6(1) de la Directive 93/13, les clauses n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle sont automatiquement nulles. À l'inverse, les clauses ayant fait l'objet d'une négociation individuelle sont sanctionnées uniquement par le droit commun des contrats (ce qui fait qu'elles ne sont nulles que si le consentement du consommateur a été vicié).</p>
<p><u>Définition de la clause abusive</u></p> <p><u>Rôle de la bonne foi</u></p> <p>Article 8</p> <p>« 1. Dans un contrat entre un professionnel et un consommateur, une clause contractuelle... est abusive aux fins de la présente section lorsqu'elle crée, au détriment du consommateur et <u>en violation du principe de bonne foi</u> et de loyauté, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat... »</p>		<p>De nombreux Etats reprennent le critère de la bonne foi (repris ici par le DCEV) (BG, CY, CZ, HU, IE, IT, ES, UK, PT, RO, SI, DE, LT, MT, PL).</p> <p>En DE, en vertu de § 307(1) du CC, les clauses contractuelles standardisées ne sont pas valables si elles « placent le cocontractant de celui qui les utilise dans une situation excessivement défavorable, en violation des principes de bonne foi ».</p> <p>En LT, « une clause contractuelle ... doit être considérée comme abusive si, à la défaveur du consommateur et contrairement à l'exigence de bonne foi,</p>	<p>Certains États membres renvoient directement au « déséquilibre significatif » sans mentionner le critère additionnel de la « bonne foi ». Ceci contribue à alléger la charge de la preuve pesant sur les consommateurs (BE, DK, GR, LV, LU, SK, NL, SE, AT, FR)</p> <p>En AT, l'exigence de bonne foi n'est pas mentionnée et l'Art. 879 du CC s'attache en revanche à vérifier si la clause désavantage de façon importante l'autre partie contractante, en tenant compte de toutes les circonstances de l'affaire.</p> <p>Bien que le concept de bonne foi constitue un principe général</p>

⁸⁹ En ALLEMAGNE, les « clauses ayant fait l'objet d'une négociation individuelle » sont exclues du contrôle, mais cela est atténué par une définition très stricte de la notion en question. Le BGH a considéré qu'une clause est considérée comme ayant fait l'objet d'une négociation individuelle uniquement lorsque le client a complètement compris le contenu du contrat et ses conséquences juridiques : Arrêt du BGH du 19 mai 2005, NJW 2005, 2543

⁹⁰ La Loi BELGE relative aux professions libérales a choisi une voie médiane. Les clauses contractuelles abusives figurant à l'Annexe n°1 de la directive sont frappées d'une nullité relative, même lorsqu'elles ont fait l'objet d'une négociation individuelle (Art. 7(4) de la LPL).

		<p><i>elle crée une disparité substantielle entre les droits et obligations des parties découlant du contrat ».</i></p> <p>En PL, l'Art. 385/1(1) al. 1er du CC dispose que les clauses contractuelles ne lient pas le consommateur si elles façonnent ses droits et obligations d'une façon</p> <p>contraire à la bonne foi, portant particulièrement atteinte (de façon caractérisée, disproportionnée) à ses intérêts (clauses appelées « clauses contractuelles interdites »).</p> <p>La SK ne mentionne pas la bonne foi, mais se réfère aux bonnes mœurs</p>	<p>d'interprétation en FR (Art. 1134(3) du CC), le droit FR ne pose pas de condition de bonne foi, en matière de contrôle des clauses contractuelles abusives.</p> <p>Pour MT, le système est alternatif Les articles 44-45 de la Loi relative à la consommation contrôlent les clauses, soit s'il y a «déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat au détriment du consommateur » (Art. 45(1) (a)), soit si elle « est incompatible avec l'exigence de bonne foi », Art. 45(1) (d)), soit si « elle est à l'origine d'une exécution indûment défavorable pour le consommateur » (Art. 45(1) (b)) ; ou « rend l'exécution du contrat très différente de celle que le consommateur pouvait raisonnablement attendre » (Art. 45(1) (c)).</p> <p>Certains Etats ont d'autres dispositions pour protéger le consommateur contre les clauses abusives, en plus de la transposition de la directive 93/13 : Par exemple, au DK, une disposition générale, ajoutée à l'Art. 36 de la Loi relative à la formation des contrats en 1975, offre au consommateur la possibilité d'ignorer complètement ou partiellement un accord qui serait « déraisonnable ou contraire aux principes de conduite équitable ». Les « bonnes méthodes de commercialisation », prévues depuis 1975 à l'Art. 1 de la première Loi relative aux pratiques commerciales, constituent un autre instrument de protection et ont été conçues comme des règles de contrôle préventif des clauses abusives.</p>
--	--	--	--

<p><u>Principe d'une liste noire : Clauses contractuelles toujours abusives</u></p> <p>Article 84</p> <p>« Aux fins de la présente section, <u>une clause contractuelle est toujours abusive</u> si elle a pour objet ou pour effet...: »</p> <p><u>Principe d'une liste grise : clauses présumées abusives</u></p> <p>Article 85 :</p> <p>« Aux fins de la présente section, une clause contractuelle est présumée abusive si elle a pour objet ou pour effet... »</p>	<p>Certains Etats qui n'avaient fait que transposer sur ce point la directive 93/13 sans apporter plus de protection au consommateur ne profitaient pas d'une telle liste de clauses.</p> <p>À CZ, IE, PL, SK et UK, il n'existe qu'une liste indicative de clauses. Dans certaines circonstances toutefois, d'autres dispositions (comme la LCCA de 1977 au UK) peuvent rendre certaines clauses abusives en elles-mêmes.</p> <p>En FR, l'Annexe est une liste grise car le juge n'est pas lié par cette liste. Depuis la loi LME du 4 août 2008, c'est au professionnel de prouver le caractère non abusif de la clause figurant dans la liste. Il n'y a pas de liste noire</p>	<p>Certains Etats qui avaient fait une liste de clauses toujours abusives avaient un niveau de protection plus haut que la directive 93/13 qui ne comportait qu'une liste de clauses pouvant être abusives (AT, BE, BG, CZ, GR, LT, LU, MT, ES (plusieurs listes), RO, SI</p> <p>Certains Etats ont fait une liste noire et une liste grise (DE, HU, IT, NL, PT)</p> <p>Mais le DCEV ayant lui aussi une telle liste est plus protecteur que la directive.</p> <p>Ainsi, il a pu être constaté dans certains États membres comme la BE, ES, MT, PT et ES, que la liste noire des clauses systématiquement abusives contenait plus de clauses que l'Annexe de la Directive 93/13 (qui n'est même pas une liste noire)</p>	<p>Certains États membres (particulièrement la PL, le PT et l'ES) sont dotés d'un Registre des Clauses Standardisées, dont la finalité est d'accroître la protection des consommateurs en rendant publiques les clauses et les décisions de justice dans le domaine des clauses abusives. Ce registre a certains effets vis-à-vis des Notaires, des Officiers publics et des juges</p>
<p><u>Clauses choisies de la liste noire du DCEV:</u></p> <p>Clause qui a pour objet ou pour effet</p> <p>« b) <u>d'exclure ou de limiter la responsabilité du professionnel pour tout préjudice ou dommage causé au consommateur du fait d'un acte délibéré ou d'une négligence grave;</u> » (art 84)</p>	<p>(annexe n°1 b de la directive 93/13)</p> <p>Les Etats suivants ont mis cette clause dans une liste grise, moins protectrice du consommateur</p> <p>CY, FR, HU, IE, NL, PL, SK</p> <p>Les Etats suivants n'ont pas transposé l'annexe de la directive, donc cette clause ne figure dans aucune liste, ni noire, ni grise :</p> <p>DK, FI, PT, SE</p>	<p>Les Etats suivants ont mis cette clause dans la liste noire, comme le DCEV :</p> <p>AT, BE, BG, CZ; EE, EL ; DE , IT, LV, LT, LU, MT , NL , RO, ES, SL, UK</p>	
<p><u>Clauses choisies de la liste noire du DCEV</u></p> <p>Clause qui a pour objet ou pour effet :</p> <p>« c) de <u>limiter l'obligation du professionnel d'être lié par les engagements pris par ses agents mandatés ou de subordonner ses engagements au respect d'une condition particulière dont l'exécution dépend exclusivement du professionnel;</u> » (art 84)</p>	<p>(annexe n°1 n de la directive 93/13)</p> <p>Les Etats suivants ont mis cette clause dans une liste grise, moins protectrice du consommateur :</p> <p>CY, FR, IE, IT, NL, PL, PT, SK, UK</p> <p>Les Etats suivants n'ont pas transposé l'annexe de la directive, donc cette clause ne figure dans aucune liste, ni noire, ni grise :</p> <p>DK, FI, RO, SE</p>	<p>Les Etats suivants ont mis cette clause dans la liste noire, comme le DCEV :</p> <p>AT, BE, BG, EE, CZ, DE , EL, HU, LV, LT, LU, MT, ES, SL</p>	

<p><u>Clauses choisies de la liste noire du DCEV</u></p> <p>Clause qui a pour objet ou pour effet :</p> <p>« d) <u>d'exclure ou d'entraver le droit du consommateur à ester en justice</u> ou à exercer toute autre voie de recours, notamment en lui imposant de soumettre les litiges exclusivement à un système d'arbitrage qui n'est généralement pas prévu dans les dispositions juridiques qui s'appliquent aux contrats entre un professionnel et un consommateur; » (art.84)</p>	<p>(annexe n°1 q de la directive 93/13)</p> <p>Les Etats suivants ont mis cette clause dans une liste grise, moins protectrice du consommateur : CY, FR, IE, IT, PL, SK, UK</p> <p>Les Etats suivants n'ont pas transposé l'annexe de la directive, donc cette clause ne figure dans aucune liste, ni noire, ni grise : DK, FI, SE</p>	<p>Les Etats suivants ont mis cette clause dans la liste noire, comme le DCEV : AT , BE , BG, CZ, EE, DE, EL, HU, LV, LT, LU, MT, NL, PT, RO, ES, SL</p>	
<p><u>Clauses choisies de la liste noire du DCEV</u></p> <p>Clause qui a pour objet ou pour effet :</p> <p>« f) <u>d'accorder au professionnel le droit exclusif de déterminer si le bien, le contenu numérique ou le service connexe fourni est conforme aux stipulations contractuelles ou de lui conférer le droit exclusif d'interpréter une quelconque clause du contrat;</u> » (art 84)</p>	<p>(annexe n°1 m de la directive 93/13)</p> <p>Les Etats suivants ont mis cette clause dans une liste grise, moins protectrice du consommateur, et qui ne vise pas expressément les contenus numériques</p> <p>CY, FR, IE, IT, PL , SK, UK</p> <p>Les Etats suivants n'ont pas transposé l'annexe de la directive, donc cette clause ne figure dans aucune liste, ni noire, ni grise : DK, FI, DE, LV, SE</p>	<p>Les Etats suivants ont mis cette clause dans la liste noire, comme le DCEV (sans que soient visés expressément les contenus numériques):</p> <p>AT, BE, BG, CZ, EE, EL,HU, LT, LU, MT , NL, PT, RO, ES, SL</p>	
<p><u>Clauses choisies de la liste grise du DCEV</u></p> <p>Clause qui a pour objet ou pour effet :</p> <p>« d) de <u>permettre au professionnel de conserver les sommes versées par le consommateur</u> lorsque celui-ci décide de ne pas conclure le contrat ou de ne pas exécuter des obligations en résultant, sans prévoir le droit pour le consommateur de percevoir une indemnité d'un montant équivalent de la part du professionnel dans la situation inverse; » (art.85)</p>	<p>Certains Etats n'ont pas transposé l'annexe de la directive, donc cette clause ne figure dans aucune liste, ni noire, ni grise : DK, EL, FI, PT, SL, SE</p>	<p>(annexe n°1 d directive 93/13)</p> <p>Certains Etats ont mis cette clause dans une liste grise, ce qui protège le consommateur comme le DCEV : CY, FR, DE, HU, IE, IT, NL, PL, SK, UK</p>	<p>Certains Etats ont mis cette clause dans une liste noire, ce qui protège un peu plus le consommateur : AT, BE, BG, CZ, EE, DE, LV, LT, LU, MT, RO, ES</p>

<p><u>Clauses choisies de la liste grise du DCEV</u></p> <p>Clause qui a pour objet ou pour effet :</p> <p>« f) d'autoriser le professionnel <u>à se rétracter ou à résoudre le contrat au sens de l'article 8 de façon discrétionnaire</u> sans donner la même faculté au consommateur, ou d'autoriser le professionnel à conserver les sommes versées pour des services connexes non encore fournis dans le cas où le professionnel se rétracte ou résout au contrat; » (art.85)</p>	<p>Certains Etats n'ont pas transposé l'annexe de la directive, donc cette clause ne figure dans aucune liste, ni noire, ni grise : DK, FI, MT, SE</p>	<p>(annexe n°1 f directive 93/13)</p> <p>Certains Etats ont mis cette clause dans une liste grise, ce qui protège le consommateur comme le DCEV : CY, FR, DE, IE, IT, NL, PL, PT, SK, UK</p>	<p>Certains Etats ont mis cette clause dans une liste noire, ce qui protège un peu plus le consommateur :</p> <p>AT, BE, BG, CZ, EE, EL, DE, HU, LV, LT, LU, RO, ES, SL</p>
--	--	--	---

Bien sûr cette conclusion nécessiterait une comparaison de toutes les clauses que l'on trouve dans ces listes, mais qui ne peut être faite dans le cadre limite de ce briefing paper (voir toutefois ci-après la comparaison pour quelques « clauses choisies »).

Finalement, il y a bien des différences entre le DCEV et certaines législations nationales plus protectrices, et d'autres moins protectrices.

Le DCEV apparaît un peu moins protecteur, notamment :

- par rapport aux Etats membres qui appliquent la législation des clauses abusives aux clauses individuellement négociées;
- par rapport aux Etats membres qui appliquent la protection des clauses abusives à la définition de l'objet principal et de l'adéquation du prix et de la rémunération;
- par rapport aux Etats membres qui ont mis dans leur liste noire de clauses abusives des clauses que le DCEV classe dans sa liste grise, (ou éventuellement des clauses non classées par le DCEV, ce que nous n'avons pas constaté, mais ce que nous ne pouvons exclure).

Le DCEV apparaît plus protecteur que certains Etats membres:

- en ce qu'il affirme que la clause abusive ne lie pas le consommateur (ce qui exclut tout recours au juge);
- par rapport aux Etats membres qui ont mis dans leur liste grise de clauses abusives des clauses que le DCEV classe dans sa liste noire, ou par rapport aux Etats membres qui n'ont pas fait de listes, alors que le DCEV comporte une liste noire et une liste grise de clauses abusives.

Il faut toutefois relativiser les cas où le DCEV est un peu moins protecteur :

- D'un côté, dans les rapports B2C, il y a tellement de clauses qui ne sont pas négociées, que l'essentiel de la protection doit porter sur ces clauses. D'un autre côté, ce même argument pourrait impliquer qu'il n'y aurait pas grand effort à faire pour inclure dans le DCEV le contrôle des clauses négociées

individuellement dans les rapports B2C, dans la mesure où cela ne porterait pas sur de nombreuses hypothèses. En d'autres termes, il nous semble que la question des clauses abusives dans les contrats B2C négociés individuellement ne mérite pas de blocage, ni d'un côté, ni de l'autre, car cela ne concernera que des hypothèses marginales, car le consommateur négocie rarement individuellement le contrat avec le professionnel.

- Par ailleurs, il n'est pas sûr qu'au plan pratique, la référence à la bonne foi (comme dans le DCEV et dans certaines lois nationales), ou l'absence de référence à la bonne foi dans d'autres lois nationales, change véritablement quelque chose dans la protection effective du consommateur, même si sur le plan formel, cela fait une condition de plus, ou une condition de moins à prouver pour le consommateur. Les mêmes clauses seront le plus souvent considérées comme abusives dans les Etats, qu'il y ait ou non référence à la bonne foi.
- Reste les différences entre les listes. Si cette différence ne peut pas être dédaignée, il faut tout de même remarquer que des Etats considérés comme très protecteurs du consommateur n'ont pas forcément des listes identiques. On peut donc avoir un haut niveau de protection du consommateur, sans que les listes noires ou grises correspondent exactement. Ensuite, les clauses qui ne figurent pas dans une liste ne sont pas pour autant automatiquement valables. Si elles ne figurent pas dans une liste noire, elles peuvent figurer dans une liste grise. Et si elles ne figurent dans aucune liste, le juge peut toujours les déclarer abusives.

Enfin, il nous semble qu'il faut davantage **concentrer ses efforts, sur les clauses de mise en œuvre des droits des consommateurs.** Aucune entrave ne doit exister à cette mise en œuvre.

Il est remarquable de constater que les entreprises acceptent assez facilement les droits substantiels des consommateurs, mais se mobilisent dès qu'il s'agit de renforcer leur possibilité de mettre en œuvre effectivement le droit de la consommation (action de groupe, nullité par notification pour les pays qui ne la connaissent pas encore). Or, rien ne sert d'avoir toujours plus de droits, s'ils ne sont pas effectifs. C'est pourquoi, il nous semble que les entraves contractuelles à la mise en œuvre des droits des consommateurs (**concernant le droit d'ester en justice ; les modes informels de résolution, de nullité, de rétractation, de compensation au profit du consommateur ; la preuve par le consommateur; la prescription, etc**), doivent figurer dans la liste noire, ou au moins dans une liste grise. Or, c'est ce que fait le DCEV (cf article 84 d) e) h) i) et 85 a) b) c) q)).

2.1.5. Les obligations du vendeur

Les bases de l'acquis en ce qui concerne les obligations et les remèdes des parties dans le cas d'une vente à un consommateur ont été posées par la Directive 99/44 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation. Le DCEV reprend cet acquis et améliore encore la protection des consommateurs. Toutefois, la directive 99/44 étant d'harmonisation minimale, il n'est pas exclu que le DCEV reste, sur certains points, en-dessous du niveau de protection accordé par un ou des Etat(s) membre(s) qui auraient utilisé la faculté de maintenir ou d'adopter des règles plus protectrices des consommateurs que la directive.

Parmi les obligations du vendeur, c'est la garantie de conformité qui est au cœur de la question de la protection des consommateurs.

Tableau comparatif n°8: DCEV- lois nationales sur les obligations du vendeur (garantie de conformité)

DCEV	Loi nationale moins protectrice que DCEV	Loi nationale aussi protectrice que DCEV	Loi nationale plus protectrice que DCEV
<p><u>Quelle connaissance du défaut de conformité le consommateur doit-il avoir (positive ou présumée ?) avec acceptation ?) pour que puisse être exclue l'obligation de conformité ?</u></p> <p>L'art. 99 (3) prévoit que toute convention dérogeant aux exigences de conformité posées par ces articles, lorsqu'elle est tolérée (l'art. 101 est d'ordre public), n'est valable que si, au moment de la conclusion du contrat, le consommateur connaissait l'état particulier du bien ou du contenu numérique et a accepté le bien ou le contenu numérique comme étant conforme au contrat lors de sa conclusion. Sont ainsi posées deux conditions :</p> <p>(1) la connaissance positive par le consommateur du défaut de conformité, et</p> <p>(2) l'acceptation dans le contrat</p>	<p>L'art. 2 (3) directive 99/44 dispose que « (l)e défaut de conformité est réputé ne pas exister au sens du présent article si, au moment de la conclusion du contrat, le consommateur connaissait, ou ne pouvait raisonnablement ignorer, ce défaut (...) ».</p> <p>C'est cette solution que l'on retrouve dans tous les Etats membres sauf un : AT, BE, BG, CY, DE, DK, EE, ES, FI, FR, GR, HU, IE, IT, LT, LU, LV, MT, NL, PL, PT, RO, SE, SI, SK, UK (par l'effet d'une transposition littérale de la directive ou d'un maintien d'une solution déjà consacrée et équipollente).</p> <p>AT, DE, GR posent cet assouplissement que si le défaut a été dissimulé par le vendeur, on ne peut reprocher au consommateur sa négligence consistant à ne pas l'avoir reconnu.</p>	<p>CZ : au moment de la transposition de la directive 99/44, CZ n'a pas repris la mention « ou ne pouvait raisonnablement ignorer », si bien que la loi CZ exige, comme le DCEV, une connaissance positive du défaut.</p>	
<p><u>Charge de la preuve de l'existence de la non-conformité au moment du transfert ?</u></p> <p>L'art. 5 (3) de la directive 99/44 avait posé le principe d'un renversement de la charge de la preuve de la non-conformité</p>	<p>En LV, il n'y a apparemment aucune mention de la présomption, ce qui laisse supposer une transposition de la directive lacunaire.</p>	<p>AT, BE, BG, CY, CZ, DE⁽⁹¹⁾, DK, EE, ES, FR, GR, HU, IE, IT, LT, LU, MT, NL, PL, RO, SE, SI, SK, UK prévoient un renversement de la charge de la preuve dans les 6 mois à compter de la délivrance. C'est la transposition exacte de la directive 99/44 qui faisait démarrer la</p>	<p>Le PT a étendu le bénéfice de la présomption pendant 2 ans au lieu de 6 mois⁽⁹²⁾.</p>

⁹¹ Selon un arrêt de la Cour suprême allemande (BGH, 14 sept. 2005, VIII ZR 363/04), si le défaut est tellement grossier que le consommateur, même sans aucune connaissance particulière, n'aurait pu manquer de le remarquer au moment de la vente, on peut déduire du fait qu'il ne l'a pas contesté à ce moment là que le défaut n'était pas encore là et alors la présomption est renversée ; cette atteinte portée à la présomption, qui n'est pas prévue par la directive, peut amener à considérer le droit allemand comme *moins* protecteur que le DCEV.

⁹² Art. 3(2) du décret-loi n° 67/2003 du 8 avril 2003 : deux ans pour les biens meubles, cinq ans pour les immeubles.

<p>dans les 6 premiers mois au bénéfice du consommateur.</p> <p>C'est cette solution que reprend l' <u>Art. 105 (2) DCEV</u> qui pose une <u>présomption au bénéfice du consommateur</u> selon laquelle la non-conformité découverte dans les 6 mois qui suivent le transfert des risques est présumée être présente depuis le transfert.</p>		<p>présomption au moment de la délivrance et non, comme le prévoit le DCEV, au moment du transfert des risques.</p> <p>En FI la présomption est de 6 mois à compter du transfert des risques, comme dans le DCEV.</p> <p>Le résultat reste le même que l'on pose le point de départ de la présomption la délivrance ou le transfert des risques car l'art. 142 DCEV fixe le moment du transfert des risques dans les contrats de consommation à la délivrance.</p>	
--	--	--	--

Le DCEV va **plus loin que la directive 99/44 en matière de protection du consommateur** en encadrant plus strictement le régime légal instauré par les articles 99, 100, 101 et 102 DCEV.

Concernant l'exclusion de l'obligation de conformité, l'art. 99 (3) DCEV prévoit que le consommateur doit avoir connaissance du défaut de conformité et l'avoir accepté. L'exigence d'une **connaissance positive** du défaut de conformité est une avancée par rapport à l'acquis, car l'art. 2 (3) directive 99/44 prévoyait qu'une connaissance présumée pouvait suffire.

L'art. 99 (3) DCEV est **plus protecteur que tous les droits nationaux à l'exception du droit tchèque**, qui avait, semble-t-il, déjà adopté cette règle et **qui est au même niveau de protection.**

Concernant le renversement de la charge de la preuve de non-conformité, le DCEV reprend l'acquis en instaurant une présomption **de non-conformité dans les six premiers mois**, qu'il fait démarrer au moment du transfert des risques. Le renversement de la charge de la preuve de la non-conformité dans les 6 premiers mois qui suivent le transfert des risques joue au bénéfice du consommateur.

L'art. 105 (2) est ainsi **aussi protecteur que les régimes des Etats membres** ayant correctement transposé la directive (et donc plus protecteur que la Lituanie dont la transposition semble lacunaire sur ce point), **sauf le Portugal** qui a pour sa part étendu la présomption à deux ans.

2.1.6. Les remèdes de l'acheteur

En ce qui concerne l'organisation des remèdes à la disposition de l'acheteur, le DCEV apporte plusieurs innovations par rapport à l'acquis dans le sens d'un renforcement de la protection des consommateurs.

Tableau comparatif n°9: DCEV- lois nationales sur les remèdes de l'acheteur

DCEV	Loi nationale moins protectrice que DCEV	Loi nationale aussi protectrice que DCEV	Loi nationale plus protectrice que DCEV
<p><u>Hiérarchie entre les remèdes ou libre choix du consommateur ?</u></p> <p>Le DCEV abandonne la hiérarchie entre les remèdes qui donnait priorité de la réparation et du remplacement sur la réduction du prix et la résolution en cas de non-conformité et qui avait été introduite par l'art. 3 de la directive 99/44.</p> <p>L'art. 106 (1), qui annonce les remèdes à la disposition de l'acheteur et l'art. 106 (3) (a) qui précise qu'ils ne sont pas soumis au droit de correction du vendeur lorsque l'acheteur est un consommateur, consacrent ainsi un libre choix parmi les remèdes.</p>	<p>AT, BE, BG, CY, CZ, DE, DK, FR, EE, ES, FI, HU, IE, IT, LU, MT, NL, PL, RO, SE, SK, UK : on retrouve la hiérarchie des remèdes qui oblige le consommateur à demander d'abord la réparation ou le remplacement et dans un deuxième temps seulement la réduction du prix ou la résolution.</p> <p>FR⁽⁹³⁾, IE, RO, UK ont toutefois maintenu la possibilité de résilier le contrat en vertu du droit commun, ce qui atténue la priorité du droit de correction.</p> <p>LT connaît un système mixte : libre choix pendant les 6 premiers mois après la vente puis hiérarchie comme dans la directive</p> <p>SI pose le principe d'un libre choix sauf pour la résolution qui n'est possible qu'après avoir laissé un délai pour la réparation ou le remplacement)</p>	<p>GR, LV, PT n'ont pas adopté la hiérarchie des remèdes de la directive mais instauré un libre choix entre les remèdes pour le consommateur, comme le DCEV.</p>	
<p><u>Le consommateur a-t-il une obligation de notifier la non-conformité dans un certain délai ?</u></p> <p>L'art. 106 (3) (b) DCEV précise que « <i>les exigences d'examen et de notification énoncées à la section 7 du [chapitre 11] ne s'appliquent pas</i> » si l'acheteur est un consommateur. Il n'y a donc pas d'exigence de notification du défaut de conformité dans un délai déterminé.</p> <p>Cette règle favorable au consommateur est par ailleurs rendue</p>	<p>17 Etats membres sur 27 imposent au consommateur de notifier le défaut de conformité dans un délai de deux mois ou dans un délai « le plus court » ou « raisonnable » qui est réputé respecté si la notification a lieu dans les deux mois : BG, CY, DK, EE, ES, FI, HU, IT, LV, MT, NL, PL, PT, RO, SE, SI, SK.</p> <p>Ils mettent ainsi en œuvre un pouvoir qui leur a été conféré par l'art. 5 (2) de la directive 99/44 laissant aux Etats membres la possibilité de maintenir ou d'instaurer un délai de notification de deux mois à compter de la date à laquelle le défaut a été constaté.</p>	<p>10 Etats membres n'ont pas fait usage de la faculté laissée par la directive 99/44 de créer une obligation de notification dans un certain délai : AT, BE⁽⁹⁴⁾, CZ, DE, FR, GR, IE, LT, LU, UK.</p> <p>Comme dans le DCEV, dans ces Etats, il n'y a pas de délai de notification.</p>	

⁹³ A travers le régime de la « garantie des vices cachés », qui permet à l'acheteur d'obtenir la résolution (action rédhibitoire) ou encore une réduction du prix (action estimatoire).

⁹⁴ Les parties restent toutefois libres de fixer un délai de notification d'au moins 2 mois, ce qui rend le droit belge moins protecteur que le DCEV à cet égard.

impérative par l'art. 108.			
<p><u>Pour quels types de défauts de conformité (« mineurs » ou seulement « insignifiants ») la résolution est-elle exclue ?</u></p> <p>Alors que l'art. 3 (6) de la directive 99/44 visait le défaut « mineur », l'art. 114 (2) ne ferme la résolution qu'en cas de défaut « insignifiant », ce qui est plus restrictif et donc plus favorable au consommateur.</p>	<p>La plupart des Etats membres ont exclu, comme les y autorisait la directive 99/44, la résolution en cas de défaut mineur : AT, BE, ES⁽⁹⁵⁾, FI, FR, HU, LT, LU, NL⁽⁹⁶⁾, PL, RO, SE, SI⁽⁹⁷⁾.</p> <p>DK⁽⁹⁸⁾, EE⁽⁹⁹⁾, IE⁽¹⁰⁰⁾ pour leur part ne ferment pas complètement la résolution en cas de défaut mineur mais la soumettent à des conditions supplémentaires qui permettent de caractériser une situation suffisamment grave.</p>	<p>La directive, du fait de l'harmonisation minimale qu'elle proposait, laissait toutefois les Etats membres libres d'établir ou de maintenir une limite inférieure au palier du défaut mineur, ce qu'ont fait 2 Etats membres :</p> <p>DE a ainsi choisi, comme le DCEV, de viser le défaut insignifiant ⁽¹⁰¹⁾.</p> <p>Le PT parvient à un résultat similaire, la théorie de l'abus de droit interdisant à l'acheteur d'agir pour un défaut insignifiant ⁽¹⁰²⁾</p>	<p>CZ, IT et UK ne prévoient quant à eux aucune exclusion des défauts mineurs ou insignifiants</p>

En ce qui concerne la hiérarchie entre les remèdes, l'art. 106 (1) et (3) (a) abandonne la hiérarchie des remèdes introduite par l'art. 3 de la directive 99/44 au profit d'un **libre choix du consommateur** que seuls quelques Etats membres (Grèce, Lituanie, Portugal) avaient jusqu'ici consacré.

Le DCEV se montre ainsi **aussi protecteur que la Grèce, la Lituanie et le Portugal et plus protecteur que tous les autres Etats membres.**

En ce qui concerne la notification de la non-conformité, tandis que la directive 99/44 avait laissé aux Etats membres la possibilité de maintenir ou d'instaurer un délai de notification de deux mois à compter de la date à laquelle le défaut avait été constaté, l'art. 106 (3) (b) DCEV **abandonne l'exigence d'une telle notification.**

Le DCEV est ainsi **plus protecteur que les 17 Etats membres** qui ont fait usage de cette faculté et imposent au consommateur un délai de notification. Il sera **au moins aussi protecteur que les 12 Etats membres restants** qui ont choisi de ne pas imposer ce délai au consommateur, et même plus protecteur que ceux d'entre eux qui n'en ont pas fait une règle impérative, comme la Belgique⁽¹⁰³⁾.

⁹⁵ La loi ES vise le défaut « de escasa importancia ».

⁹⁶ Le code NL vise le défaut de « geringe betekenis ».

⁹⁷ La technique législative adoptée par la SI est différente mais aboutit au résultat de l'exclusion des défauts mineurs : un défaut mineur est considéré comme n'étant pas un défaut.

⁹⁸ Au DK, le consommateur peut toutefois demander la résolution pour défaut mineur si le vendeur n'effectue pas la réparation ou le remplacement sans inconvénient ni délai comme il y est tenu.

⁹⁹ En EE, le défaut mineur ne pourra justifier la résolution que s'il rend l'inexécution fondamentale.

¹⁰⁰ En IE, la résolution pour défauts mineurs est possible en se plaçant sur le terrain du droit général de la vente, dont les conditions de mise en œuvre sont différentes.

¹⁰¹ Le code DE vise le défaut qui n'est pas « unerheblich ».

¹⁰² Au PT, la résolution est ouverte même en cas de défaut mineur, mais le consommateur ne doit pas abuser de ce droit, par exemple en demandant la résolution pour un défaut insignifiant.

¹⁰³ Nous ne disposons pas d'information sur le caractère impératif dans les autres Etats membres concernés.

En ce qui concerne l'exclusion de la résolution, le DCEV la réserve **aux défauts « insignifiants »**, ce qui est plus protecteur que le défaut « mineur » visé par la directive 99/44 et par la plupart des Etats membres.

A l'exception de 2 Etats membres déjà aussi protecteurs (DE, PT), et de 3 Etats membres plus protecteurs (CZ, IT, UK) en ce qu'ils ne prévoient aucune restriction, l'art. 114 (2) DCEV offre une règle **plus protectrice que la majorité des Etats membres.**

2.1.7. Les obligations de l'acheteur

Les dispositions du DCEV relatives aux obligations de l'acheteur ne présentent pas d'originalité particulière. Seule la règle relative au moment où le prix est dû appelle quelques observations.

Tableau comparatif n°10: DCEV - lois nationales sur les obligations de l'acheteur

DCEV	Loi nationale moins protectrice que DCEV	Loi nationale aussi protectrice que DCEV	Loi nationale plus protectrice que DCEV
<p><u>Quand le paiement du prix peut-il être exigé du consommateur ?</u></p> <p>L'art. 126 (1) DCEV dispose que « <i>le paiement du prix est exigible au moment de la livraison</i> ».</p> <p>Cette règle, apparemment supplétive et non impérative, ne devrait pas empêcher les professionnels d'accorder aux consommateurs un délai de paiement et vient seulement préciser quand le prix devra être payé à défaut de stipulation expresse.</p>	<p>En GR, le paiement est dû en principe au moment de la conclusion de la vente.</p> <p>En DE, le paiement est dû paiement dû en principe immédiatement après la conclusion.</p>	<p>Dans de nombreux Etats, le paiement est dû, comme dans le DCEV, au moment de la livraison : BE, ES, FR⁽¹⁰⁴⁾, IT, LT, LV, NL, PL, SI, UK.</p>	<p>Dans plusieurs Etats, le paiement sera exigible seulement après une demande expresse adressée au consommateur : AT, CZ, DK, FI, SK, SE.</p>

En ce qui concerne le moment de l'exigibilité du prix, La directive 99/44 n'avait pas tranché cette question et les solutions varient entre les Etats membres. L'art. 126 (1) DCEV fixe le moment du paiement à **la livraison**.

L'art. 126 (1) DCEV **rejoint ainsi la position retenue par la majorité des Etats membres.** La règle est **plus protectrice que quelques Etats membres** qui, à l'instar de la GRECE et de l'ALLEMAGNE, prévoient un paiement du prix au moment ou immédiatement après la conclusion. Elle est en revanche **moins protectrice que**

¹⁰⁴ En droit FR de la vente, le paiement est dû à la délivrance mais une mise en demeure est nécessaire pour mettre en action les remèdes.

quelques autres qui prévoient que le paiement ne sera dû qu'après une demande expresse du type « mise en demeure ».

2.1.8. Les remèdes du vendeur

L'acheteur est tenu à titre principal au paiement du prix. En cas de refus ou de retard de paiement, le vendeur dispose de la possibilité de réclamer des intérêts moratoires. A l'heure actuelle, le principe, le taux et les modalités de mise en œuvre des intérêts de retard est très variable d'un Etat membre à l'autre.

Dans le régime des intérêts de retard prévu par le DCEV, **la protection des consommateurs est articulée autour de trois axes** :

(1) art. 166, 167 (1) : la fixation d'un taux légal d'intérêts moratoires équivalent au taux d'intérêt pratiqué par la BCE majoré de deux points ; actuellement (juillet 2012) ce taux est de 0,75% ce qui porte les intérêts moratoires à 2,75%.

(2) art. 167 (2) : l'exigence d'une notification, les intérêts moratoires ne commençant à courir que 30 jours après notification au consommateur de son obligation de payer des intérêts et leur taux.

(3) art. 167 (3) : l'encadrement des accords conventionnels portant sur les intérêts moratoires moins protecteurs (par leur taux ou leur point de départ), lesquels restent soumis au contrôle des clauses abusives.

Tableau comparatif n°11: DCEV - lois nationales sur les remèdes du vendeur (intérêts de retard)

DCEV	Loi nationale moins protectrice que DCEV	Loi nationale aussi protectrice que DCEV	Loi nationale plus protectrice que DCEV
<p><u>Quel est le taux des intérêts de retard auquel pourra être soumis le consommateur ?</u></p> <p>Les art. 166 et 167 (1) fixent la taux des intérêts de retard au taux d'intérêt pratiqué par la BCE plus deux points, soit actuellement 2,75%.</p>	<p>Nombreux sont les Etats qui prévoient un taux supérieur, allant de 4% à plus de 8% :</p> <p>AT⁽¹⁰⁵⁾, BE⁽¹⁰⁶⁾, DE⁽¹⁰⁷⁾, EE⁽¹⁰⁸⁾, ES⁽¹⁰⁹⁾, HU⁽¹¹⁰⁾, LU⁽¹¹¹⁾, NL⁽¹¹²⁾, PT⁽¹¹³⁾, SE⁽¹¹⁴⁾</p>		<p>D'autres fixent un taux inférieur :</p> <p>IT⁽¹¹⁵⁾, FR⁽¹¹⁶⁾, RO⁽¹¹⁷⁾</p> <p>Au UK, aucun taux n'est fixé, l'indemnisation devant couvrir, en principe le préjudice effectivement souffert.</p>
<p><u>Quand les intérêts de retard</u></p>	<p>HU, PL, RO n'ont pas d'exigence de notification :</p>		<p>Au LU, le professionnel doit envoyer, dans le</p>

¹⁰⁵ AT : 4%

¹⁰⁶ BE : 7%

¹⁰⁷ DE : taux pratiqué par la Deutsche Bank + 5%

¹⁰⁸ EE : taux pratiqué par la BCE + 7% soit actuellement 7,75%

¹⁰⁹ ES : 4%

¹¹⁰ HU : 7%

¹¹¹ LU : 3,5%

¹¹² NL : 4%

¹¹³ PT : 4%

¹¹⁴ SE : taux pratiqué par Riksbanken + 8%

¹¹⁵ IT : 2,5%

¹¹⁶ FR : 0,71%

¹¹⁷ RO : 80% du taux pratiqué par la Banque Nationale Roumaine

<p><u>commencent-ils à courir ?</u></p> <p>L'art. 167 (2) prévoit que les intérêts de retard commenceront à courir 30 jours après la notification au consommateur de son obligation de payer des intérêts et leur taux.</p>	<p>les intérêts courent automatiquement dès que le paiement est dû.</p> <p>En EE il n'y a pas de notification obligatoire non plus, les intérêts courent automatiquement après un délai de 30 jours après réception de la facture ou du bien.</p> <p>Dans plusieurs Etats membres, les intérêts courent immédiatement après la notification : AT, DE, ES, IT, FR, SE⁽¹¹⁸⁾.</p> <p>En BE et NL, les intérêts courent à l'expiration du délai supplémentaire de paiement stipulé dans la notification et dont la durée n'est donc pas prévue par la loi mais par le créancier.</p>		<p>mois qui suit la livraison, une facture dans laquelle il indique vouloir faire jouer les intérêts de retard. S'il ne respecte pas ce délai de réclamation des intérêts de retard, le vendeur perd le droit de réclamer des intérêts de retard.</p> <p>S'il s'y conforme, les intérêts de retard ne courront qu'après l'expiration du 3^{ème} mois qui suit la réception des marchandises.</p>
<p><u>Quelles sont les limites à la fixation conventionnelle de l'intérêt de retard ?</u></p> <p>Selon l'art. 167 (3), l'accord sur les intérêts de retard qui est moins favorable au consommateur (taux supérieur au taux légal ou délai inférieur à 30 jours après notification) est soumis au contrôle des clauses abusives.</p>	<p>En HU, une limite au taux conventionnel est fixée par la loi à un taux maximum qui atteint tout de même 24%.</p>	<p>Dans la plupart des Etats membres, comme dans le DCEV, la fixation conventionnelle de l'intérêt de retard est soumise au contrôle des clauses abusives :</p> <p>BE, DE, EE, ES, FR, IE, IT, LU, NL, PL⁽¹¹⁹⁾, PT⁽¹²⁰⁾, RO⁽¹²¹⁾, SE, UK</p>	

En ce qui concerne le taux par défaut des intérêts de retard, celui fixé par le DCEV est **plus favorable aux consommateurs que la plupart des Etats membres** pour lesquels nous possédons des informations, quoique **quelques Etats membres (IT, FR, RO) proposent un taux encore plus faible.**

En exigeant une notification et un départ différé de 30 jours après celle-ci des intérêts moratoires, le DCEV est **plus favorable aux consommateurs que tous les Etats membres** pour lesquels nous possédons des informations, **à l'exception du LUXEMBOURG**, où le délai peut aller jusqu'à 3 mois révolus après la livraison.

En ce qui concerne la fixation conventionnelle de l'intérêt de retard, enfin, le DCEV instaure un système **aussi protecteur que ce que connaissent la plupart des Etats membres.**

¹¹⁸ En SE, la notification n'est nécessaire que si la date à laquelle le paiement doit intervenir n'a pas été fixée à l'avance.

¹¹⁹ Le PL impose de surcroît un taux maximum qui est actuellement de 25%.

¹²⁰ Le PT impose de surcroît un taux maximum qui est le taux légal plus 3%.

¹²¹ Le RO impose de surcroît que le taux ne peut pas être plus élevé que 150% du taux de référence de la Banque Nationale Roumaine.

2.1.9. Les restitutions

Les articles 172 à 177 du DCEV organisent les restitutions consécutives à une nullité ou à une résolution. Parmi elles, ce sont les règles relatives à la restitution des fruits d'une part, et au paiement pour l'usage du bien d'autre part, qui peuvent soulever des difficultés du point de vue de la protection des consommateurs. Les Etats membres ne sont en effet pas unanimes sur ces deux questions et le DCEV adopte, sur ce point, une position de compromis.

Tableau comparatif n°12: DCEV - lois nationales sur les restitutions

DCEV	Loi nationale moins protectrice que DCEV	Loi nationale aussi protectrice que DCEV	Loi nationale plus protectrice que DCEV
<p><u>Le consommateur peut-il être tenu à la restitution des fruits suite à la nullité ou à la résolution ?</u></p> <p>L'art. 172 (2) inclut dans l'obligation de restitution, en sus de la restitution du bien vendu, celle des fruits naturels et légaux produits par le bien.</p>		<p>La restitution des fruits est également la solution de principe retenue dans plusieurs Etats membres : DE, EE, ES, NL, PT, SE.</p>	<p>Plusieurs Etats membres toutefois réservent la restitution des fruits seulement à l'acheteur de mauvaise foi : BE, FR, PL, RO.</p> <p>D'autres ne prévoient pas la restitution des fruits mais seulement la restitution du bien vendu : HU, UK</p>
<p><u>Le consommateur peut-il être tenu de payer pour l'usage du bien suite à la nullité ou à la résolution ?</u></p> <p>En vertu de l'art. 174 (1), en contrepartie de l'obligation du vendeur de restituer le prix avec les intérêts (prévue au (2) de l'art. 174), l'acheteur est tenu de payer pour l'usage qu'il a fait du bien dans trois cas :</p> <p>(a) lorsqu'il a pris l'initiative de l'annulation ou de la résolution,</p> <p>(b) lorsqu'il avait connaissance du motif d'annulation ou de résolution avant le début de la période d'utilisation</p> <p>(c) lorsque eu égard à la nature du bien, à la nature et l'intensité de l'utilisation et à l'existence de moyens</p>	<p>Dans plusieurs Etats membres, le paiement pour l'usage est le principe, sans considération de la bonne ou mauvaise foi de l'acheteur : BE, DE, EE, PT, IT, SE</p>	<p>En RO, le paiement pour l'usage est le principe, mais il est exclu en cas de bonne foi.</p> <p>Au UK, on note une prise en compte des torts respectifs de chacune des parties pour décider de l'octroi de mesures restitutoires.</p>	<p>Plusieurs Etats membres, au contraire, refusent de faire payer le consommateur pour l'usage en cas de nullité ou de résolution. C'est le cas en particulier de : ES, FR⁽¹²²⁾, HU, NL, PL</p>

¹²² En FR, la perte de valeur du bien peut toutefois exceptionnellement être compensée, sauf en cas de vice.

<p>d'action autres que la résolution, il serait inéquitable de permettre au bénéficiaire de faire librement usage du bien pendant cette période.</p> <p>Le DCEV propose ainsi (outre la marge de manœuvre en équité offerte par le (c)), une distinction entre l'acheteur qui utilise le bien de bonne foi, sans connaissance des menaces pesant sur le contrat, et l'acheteur qui utilise le bien sciemment alors même qu'il sait qu'il ne le gardera pas, et qui agit donc de mauvaise foi. Seul le second sera tenu de payer pour l'usage.</p>			
---	--	--	--

En ce qui concerne la restitution des fruits consécutive à la nullité et à la résolution, l'art. 172 (2) DCEV inclut dans l'obligation de restitution les fruits naturels et légaux produits par le bien vendu.

Le DCEV adopte ainsi **la même solution que plusieurs Etats membres** mais se montre dans le même temps nettement **moins protecteur que plusieurs autres Etats membres** qui réservent cette sanction à l'acheteur de mauvaise foi ou même n'obligent jamais le consommateur à restituer les fruits.

En ce qui concerne le paiement pour l'usage consécutif à la nullité et à la résolution, la solution retenue par l'art. 174 (1) revient à proposer une distinction entre l'acheteur de bonne foi et celui de mauvaise foi, seul le second étant tenu de payer pour l'usage.

Cette solution se montre **plus protectrice que certains Etats membres**, qui imposent l'obligation de payer pour tout usage, sans considération de la bonne ou mauvaise foi de l'acheteur mais **moins protectrice que d'autres Etats membres** dans lesquels, au contraire, l'acheteur n'est jamais tenu de payer pour un tel usage. L'art. 174 (1) propose une **solution de compromis** entre les solutions opposées retenues par les Etats membres.

2.1.10. La prescription

Le DCEV a fait le choix de la combinaison de deux délais de prescription: un délai court au point de départ variable afin de tenir compte de la prise de connaissance par l'acheteur du défaut de conformité et lui laisser un temps de réaction suffisant (art. 179 (1) et 180 (1) DCEV) et un délai butoir dont le point de départ est fixé à la livraison (art. 179 (2) et 179 (2) DCEV) garant de la sécurité juridique.

Tableau comparatif n°13: DCEV - lois nationales sur la prescription

DCEV	Loi nationale moins protectrice que DCEV	Loi nationale aussi protectrice que DCEV	Loi nationale plus protectrice que DCEV
<p><u>Quel est le délai de prescription court ?</u></p> <p>Les art. 179 (1) et 180 (1) prévoient un délai de prescription court de 2 ans 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 le droit », c'est-à-dire à compter de la découverte de la non-conformité ou du moment où la non-conformité aurait dû être découverte, sachant qu'il ne pèse sur le consommateur aucune obligation d'examiner le bien susceptible de faire démarrer de manière anticipée ce délai, v. art. 106 (3) (b).</p>	<p>BE, DE, EE, ES, FR, HU, IT, LU, PL, PT, RO : le défaut doit apparaître dans un délai de 2 ans suivant la livraison du bien. Ce délai est moins favorable au consommateur car il ne court pas à compter de la découverte de la non-conformité mais dès la livraison.</p>		<p>Aux NL, le délai court de prescription de 2 ans commence à courir à compter de la notification par le consommateur du défaut au vendeur, laquelle doit intervenir dans un délai raisonnable réputé respecté si inférieur à 2 mois après la découverte du défaut, ce qui fait 2 ans plus un délai raisonnable (inférieur à 2 mois) après la découverte de la non-conformité, soit un délai très légèrement supérieur à celui du DCEV.</p> <p>Au UK, il n'y a pas de délai court, seul le délai de prescription de droit commun s'applique, qui est de 6 ans à compter du fait générateur.</p>
<p><u>Quel est le délai de prescription long ?</u></p> <p>Les art. 179 (2) et 180 (2) instaurent un délai de prescription long de 10 ans (30 ans en cas de dommage corporel) à compter « du moment où le débiteur doit s'exécuter » c'est-à-dire à compter de la livraison, ou encore « en cas de droit à des dommages et intérêts, à compter de la date du fait générateur du droit », c'est-à-dire vraisemblablement à compter de la survenance du dommage.</p>	<p>En DE⁽¹²³⁾, FR et HU, il existe un seul et unique délai de 2 ans à compter de la livraison, pas de délai d'action supplémentaire.</p> <p>En EE, ES, SE il est prévu un délai d'action de 3 ans à compter de la livraison.</p> <p>En BE et en PL, il est prévu un délai d'action d'un an à compter de la découverte du défaut, ce délai ne pouvant échoir avant la fin du délai de 2 ans dans lequel le défaut doit devenir apparent, ce qui fait au maximum 3 ans après la livraison.</p> <p>Au LU et au PT, le délai d'action est de 2 ans à compter de la notification par le consommateur du défaut au vendeur, laquelle doit intervenir dans les 2 mois après découverte du défaut au PT, pas de tel</p>		<p>En IT, le délai d'action est de 10 ans à compter de la notification du défaut par le consommateur au vendeur (ce qui est donc plus long que les 10 ans à compter de la livraison prévus par le DCEV).</p> <p>Aux NL, le délai long est de 20 ans à compter du moment où le droit d'agir est né (auquel correspond probablement le moment de la livraison des biens non-conformes).</p>

¹²³ En DE, lorsque le vendeur a frauduleusement caché le défaut de conformité, c'est le délai de prescription de 3 ans à compter du moment où l'acheteur a découvert ou aurait dû découvrir le défaut qui s'applique.

	<p>délai pour LU, ce qui fait au maximum 4 ans après la livraison.</p> <p>Le RO connaît un délai d'action de 3 ans à compter de la découverte (avérée ou du moins possible) du défaut de conformité, ce qui fait au maximum 5 ans après la livraison.</p> <p>Au UK, c'est le délai de prescription de droit commun de 6 ans à compter du fait générateur du droit qui s'applique, soit normalement pour le cas de la non-conformité 6 ans à compter de la livraison du bien non-conforme.</p>		
--	--	--	--

En ce qui concerne les délais de prescription, le DCEV se montre ainsi plus protecteur que la majorité des Etats membres pour lesquels nous possédons l'information, aussi bien pour ce qui est du délai court que du délai long.

En outre, la protection du consommateur est renforcée par **l'absence de délai impart pour notifier la non-conformité** qui vient restreindre de manière similaire à une prescription les remèdes à la disposition du consommateur, ce qui le rend **plus protecteur que BG, CY, DK, EE, ES, FI, HU, IT, LV, MT, NL, PL, PT, RO, SE, SI, SK** (délai de deux mois ou délai « le plus court » ou « raisonnable » réputé respecté si la notification a lieu dans les deux mois).

Enfin, l'art. 186 (5) DCEV précise **qu'il ne peut être dérogé** aux règles relatives à la prescription **en la défaveur du consommateur**, ce qui renforce encore la protection du consommateur.

2.2 Bilan de la comparaison

Le DCEV apparaît finalement très protecteur du consommateur.

Ainsi, il n'y a pas de solution du DCEV qui soit moins protectrice que celle retenue dans tous les Etats membres.

Même s'il va rester des points sensibles (2.2.3), il y a lieu de reconnaître le DCEV est bien souvent plus protecteur que la plupart des Etats membres (2.2.1) et que souvent entre deux solutions tranchées entre les Etats membres, il va réussir à trouver une solution intermédiaire la plus protectrice du consommateur (2.2.2).

2.2.1. Le DCEV est très souvent plus protecteur du consommateur que bien des Etats membres

C'est particulièrement vrai pour les obligations des parties au contrat de vente et les remèdes des deux parties en cas d'inexécution de l'autre partie.

- Ainsi, en exigeant une **connaissance positive du défaut de conformité par le consommateur** pour qu'il puisse accepter la marchandise comme conforme malgré ce défaut, ce qui est une avancée par rapport à l'acquis (124) , l'art. 99 (3) DCEV est **plus protecteur que tous les Etats membres à l'exception de la République Tchèque**, qui avait, semble-t-il, déjà adopté cette règle et qui est au même niveau de protection.
- En adoptant **le libre choix des remèdes par l'acheteur**, le DCEV est aussi protecteur que la Grèce, la Lituanie et le Portugal et **plus protecteur que tous les autres Etats membres**.
- **En libérant le consommateur d' « exigences d'examen et de notification »**, l'article 106 (3) b rend le DCEV est **plus protecteur que 17 Etats membres** qui imposent au consommateur un délai de notification (**BG, CY, DK, EE, ES, FI, HU, IT, LV, MT, NL, PL, PT, RO, SE, SI, SK**). Il sera au moins aussi protecteur que les 12 Etats membres restants qui ont choisi de ne pas imposer ce délai au consommateur, et même plus protecteur que ceux d'entre eux qui n'en ont pas fait une règle impérative, comme la Belgique
- **En excluant le droit de résolution du consommateur uniquement en cas de défaut « insignifiant »**, là où l'acquis (125) visait le défaut « mineur », le DCEV renforce la responsabilité du vendeur professionnel en cas de non-conformité. A l'exception de ces 2 Etats membres déjà aussi protecteurs (DE, PT), et de 3 Etats membres plus protecteurs encore (CZ, IT, UK), l'art. 114 (2) DCEV offre une règle **plus protectrice que l'acquis et que 16 Etats membres**.
- Le taux par défaut des intérêts de retard fixé par le DCEV est **plus favorable aux consommateurs que la plupart des Etats membres**, quoique quelques Etats membres proposent un taux encore plus faible
- En faisant le choix de la combinaison de **deux délais de prescription** (un délai court au point de départ variable afin de tenir compte de la prise de connaissance par l'acheteur du défaut de conformité et lui laisser un temps de réaction suffisant (art. 179 (1) et 180 (1) DCEV) et un délai butoir dont le point de départ est fixé à la livraison (art. 179 (2) et 179 (2) DCEV) garant de la sécurité juridique, le DCEV se montre ainsi **globalement plus protecteur que la majorité des Etats Membres** sondés, **aussi bien pour ce qui est du délai court que du délai long**.

¹²⁴ l'art. 2 (3) directive 99/44 dispose que « Le défaut de conformité est réputé ne pas exister au sens du présent article si, au moment de la conclusion du contrat, le consommateur connaissait, *ou ne pouvait raisonnablement ignorer*, ce défaut (...) ».

¹²⁵ art. 3 (6) de la directive 99/44

Le choix du DCEV dans tous ces cas est plus favorable au consommateur.

2.2.2. Face à des solutions tranchées des Etats membres, le DCEV choisit une solution très protectrice, même si elle n'est pas la somme des solutions les plus protectrices de tous les Etats membres

Il y a des thèmes sur lesquels les Etats membres se sont partagés et ont adopté des positions tranchées.

Par exemple, en matière de **clauses abusives**, certains Etats membres ont fait une liste noire de clauses abusives, d'autres ont fait une liste grise, d'autres encore ont fait deux listes, et enfin certains Etats membres n'ont fait aucune liste. Face à une telle dispersion des solutions, le DCEV n'a certes pas retenu toutes les solutions les plus protectrices du consommateur de chaque Etat membre. Mais il a été guidé par le choix d'une solution d'un haut niveau de protection du consommateur. Ainsi, dans cet exemple, le DCEV a fait deux listes, une liste noire consécutive de clauses abusives per se, suivie d'une liste grise également consécutive de clauses simplement présumées abusives. Il se peut que soit dans la liste grise, des clauses qui sont dans un Etat membre déterminées dans sa liste noire, et qui dans un autre Etat membre ne figurent dans aucune liste. Mais retenir les deux listes de manière substantielle revient à établir un niveau de protection du consommateur.

On peut prendre un autre exemple avec **l'obligation** si controversée **de l'acheteur de payer pour l'usage de la chose qu'il a faite**, avant que le contrat ne soit résolu ou annulé. Certains Etats membres imposent l'obligation de payer pour tout usage, sans considération de la bonne ou mauvaise foi de l'acheteur. D'autres Etats membres, au contraire, prévoient que l'acheteur n'est jamais tenu de payer pour un tel usage.

Le DCEV retient la solution, qui dans un esprit de compromis, reste la plus protectrice du consommateur. L'art. 174 (1) du DCEV prévoit en effet, en contrepartie de l'obligation du vendeur de restituer le prix avec les intérêts (prévue au (2) de l'art. 174), l'obligation de l'acheteur, en cas de nullité ou de résolution, de payer pour l'usage qu'il a fait du bien si dans trois cas :

- (a) lorsqu'il a pris l'initiative de l'annulation ou de la résolution,
- (b) lorsqu'il avait connaissance du motif d'annulation ou de résolution avant le début de la période d'utilisation
- (c) lorsque, eu égard à la nature du bien, à la nature et l'intensité de l'utilisation et à l'existence de moyens d'action autres que la résolution, il serait inéquitable de permettre au bénéficiaire de faire librement usage du bien pendant cette période.

Outre la marge de manœuvre en équité offerte par le (c), l'article pose surtout une **distinction entre l'acheteur qui utilise le bien de bonne foi, sans connaissance des menaces pesant sur le contrat, et l'acheteur qui utilise le bien sciemment alors même qu'il sait qu'il ne le gardera pas, et qui agit donc de mauvaise foi.** Seul le second sera tenu de payer pour l'usage.

La solution retenue par l'art. 174 (1), et qui repose sur la distinction entre l'acheteur de bonne foi et celui de mauvaise foi se montre donc **plus protectrice que certains Etats membres**, qui imposent l'obligation de payer pour tout usage, sans

considération de la bonne ou mauvaise foi de l'acheteur mais **moins protectrice que d'autres Etats membres** dans lesquels, au contraire, l'acheteur n'est jamais tenu de payer pour un tel usage. Mais en tout état de cause, l'art. 174 (1) est un texte qui reste très protecteur du consommateur de bonne foi.

Même si le DCEV a établi un haut niveau de protection du consommateur, il reste que certains questions vont demeurer, nous semble-t-il sensibles.

2.2.3. Les questions sensibles subsistantes

Néanmoins, il y a des questions qui vont demeurer sensibles, que la solution du DCEV soit moins ou plus protectrice de celles des Etats membres.

Parmi les solutions du DCEV, moins protectrices que celles de certains Etats membres, certaines questions peuvent demeurer sensibles :

- Certains Etats incluent les **personnes morales** dans la notion de consommateur ou dans celle de non-professionnel, bénéficiant de la protection du consommateur. Cette question a été sensible pour tous les textes européens précédents, les textes d'harmonisation minimale laissant toutefois en principe une marge de manœuvre.

Faut-il en déduire que les associations, syndicats, ou SCI familiales n'ont pas intérêt à opter pour le DCEV, ou ne faudrait-il pas prévoir pour ces personnes morales (non professionnelles) une double option : une option en faveur du DCEV, et une option en faveur du statut du consommateur dans le DCEV. Il ne s'agirait pas de dire qu'elles sont des consommateurs, mais qu'elles peuvent opter d'un commun accord avec le vendeur pour le statut du consommateur dans le DCEV ?

- En matière de **clauses abusives**, malgré un haut niveau de protection du consommateur, le DCEV pourra apparaître un peu moins protecteur, par rapport à certains Etats, notamment :
 - par rapport aux Etats membres qui appliquent la législation des clauses abusives aux clauses individuellement négociées
 - par rapport aux Etats membres qui appliquent la protection des clauses abusives à la définition de l'objet principal et de l'adéquation du prix et de la rémunération
 - par rapport aux Etats membres qui ont mis dans leur liste noire de clauses abusives, des clauses que le DCEV classe dans sa liste grise.

Puisque telle est la différence avec les dispositions les plus protectrices de certains Etats membres (qui d'ailleurs ne cumulent pas nécessairement ces mesures protectrices), il apparaît tout de même que le DCEV est extrêmement protecteur du consommateur. Cela est d'autant plus vrai que la notion de clause individuellement négociée est conçue très strictement dans le DCEV (cf art.7). En outre, il n'est peut-être pas exclu que le contenu des listes noires ou grises puisse être encore amélioré. Il n'y a donc pas de fossé ici entre le DCEV et les mesures les plus protectrices de certains des Etats membres.

- En matière de **restitution des fruits**, l'art. 172 (2) DCEV inclut dans l'obligation de restitution les fruits naturels et légaux produits par le bien vendu. Il adopte ainsi **la même solution que plusieurs Etats membres** mais se montre dans le même temps **moins protecteur que plusieurs autres Etats membres** qui réservent cette

sanction à l'acheteur de mauvaise foi ou même n'obligent jamais le consommateur à restituer les fruits.

Paradoxalement, il est à l'inverse une solution du DCEV, beaucoup plus protectrice du consommateur, qui risque d'être sensible, dans certains Etats.

Il s'agit de la possibilité de nullité par notification, et non par action en justice.

Cette mesure est beaucoup plus souple pour le consommateur, et lui donne la possibilité effective d'invoquer la nullité, sans avoir la crainte de devoir saisir un juge. C'est alors, le professionnel qui se voit en charge de saisir le juge s'il estime que la nullité a été notifiée à mauvais escient. Cette inversion de la « charge de l'action en justice » fait peur à bien des entreprises, dans les Etats membres qui ne connaissent pas encore la nullité par notification.

Quoi qu'il en soit de ces domaines peut-être encore un peu sensibles, l'étude comparative du DCEV et du droit des Etats membres sur les dix points ci-dessus mentionnés conduit au constat que le DCEV a bien établi un haut niveau de protection du consommateur.

CONCLUSION GENERALE

Nous avons commencé cette étude en disant que pour le succès du DCEV, il faut d'abord que son articulation avec le Règlement Rome I soit claire. Il faut ensuite que le DCEV aboutisse à un haut niveau de protection du consommateur, qui sans nécessairement comporter toutes les dispositions les plus protectrices du consommateur, supporte la comparaison avec les droits nationaux.

La qualification du DCEV de second régime permet, comme il a été montré, d'assurer un fonctionnement normal du Règlement Rome I. Le dit Règlement n'est pas évincé, et va permettre de déterminer la loi applicable.

Mais d'une part, le choix que vont faire les parties se décompose en deux phases :

-d'une part il y a le choix de la loi d'un Etat membre comme loi applicable (c'est un choix de loi applicable au sens du droit international privé). A défaut, il y a localisation objective du contrat (article 6 du Règlement Rome 1).

-d'autre part, il y a le choix du DCEV (2nd régime) dans le droit national. Ce choix là est un choix de pur droit interne.

Il faut cependant préciser que le choix du DCEV (sans choix exprès de loi applicable) sera un indice de la volonté implicite de choisir comme loi applicable la loi d'un pays de l'Union européenne.

D'autre part, l'article 6 du règlement Rome I, qui interdit que le choix d'une loi applicable prive le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi du pays où il a sa résidence habituelle n'aura cependant aucune importance pratique si, dans le droit national, les parties ont opté pour le droit commun européen de la vente, puisque les dispositions de ce dernier sont identiques dans le pays dont le droit a été retenu et dans le pays de résidence du consommateur. En conséquence, le niveau des règles de consommation impératives du pays du consommateur n'est pas supérieur et le consommateur n'est pas privé de la protection assurée par la loi du pays où il a sa résidence habituelle. Cette conséquence suppose toutefois que soit réécrit le considérant 27 de la proposition de Règlement en ce qu'il exclut du champ d'application du DCEV les cas d'illégalité et d'immoralité. Dès lors, le juge national pourrait être tenté de dire que toute nullité pour contrariété à une loi de police du 1er régime est une nullité pour illégalité et est donc exclue du champ d'application du DCEV, ce qui permettrait de donner effet à la loi de police du 1er régime. Il conviendrait à notre sens de remplacer l'exclusion de la nullité due à « l'illégalité ou immoralité », par l'exclusion de la « nullité de la vente des choses qui sont hors du commerce juridique ».

Sous cette réserve, le Règlement Rome I fonctionnera normalement, et le consommateur sera alors protégé par les règles impératives du DCEV qui aura été choisi.

Or, le consommateur restera ainsi très bien protégé. En effet, la comparaison du niveau de protection du DCEV et des droits nationaux des pays de l'UE a permis de montrer sur dix questions clés de la protection du consommateur, que le choix du DCEV ne défavorise pas le consommateur, car ce dernier continuera de bénéficier d'un haut niveau de protection. Bien au contraire, très souvent, le choix du DCEV aura pour

effet de renforcer la protection du consommateur par rapport à bon nombre de législations internes des Etats membres (par exemple, en laissant à l'acheteur le libre choix des remèdes, en le libérant d'exigences d'examen des marchandises et de notification, en n'excluant le droit de résolution du consommateur uniquement en cas de défaut insignifiant, en établissant une liste noire et une liste grise de clauses abusives, etc..).

BIBLIOGRAPHIE SELECTIVE

Sur la première partie :

G. RÜHL, The commun european law : 28th Regime, 2nd Regime ? Maastricht European Private Law Insitute, working paper n°2012/5, March 2012, l'article peut être téléchargé sur le réseau suivant: <http://www.ssrn.com>

C. BUSCH, Kollisionsrechtliche Weichenstellungen für ein Optionales Instrument im Europäischen Vertragsrecht', Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW) 2011, p. 655;

G. DANNEMANN, 'Draft for a First Chapter (Subject Matter, Application and Scope) of an Optional European Contract Law', Oxford University Comparative Law Forum (Oxford U. Comp. L. F.) 2 (2011), http://ouclf.iuscomp.org/articles/acquis_group2.shtml

M. GEBAUER, Europäisches Vertragsrecht als Option – der Anwendungsbereich, die Wahl und die Lücken des Optionalen Instrumentes', Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht (GPR) 2011, p. 227;

H. HEISS, 'Party Autonomy', in F. Ferrari and S. Leible, Rome I Regulation (2009), p. 1, 13-16;

H. HEISS, N. DOWNES, 'Non-Optional Elements in an Optional European Contract Law. Reflections from a Private International Law Perspective', 13 European Review of Private Law (ERPL), p. 693;

M. JAGIELSKA, 'Issues of private international law linked with the adoption of an optional EU instrument in the field of contract law' (2010), <http://www.europarl.europa.eu/webnp/webdav/site/myjahiasite/users/emartinezdealosmoner/public/Jagielska%20EN.pdf> (last visited 26 February 2012);

E. LEIN, 'Issues of private international law, jurisdiction and enforcement of judgments linked with the adoption of an optional EU contract law' (2010), <http://www.europarl.europa.eu/webnp/webdav/site/myjahiasite/users/emartinezdealosmoner/public/Lein%20EN.pdf> (last visited 26 February 2012);

P. MANKOWSKI, 'CFR und Rechtswahl', in M. Schmidt-Kessel, Der Gemeinsame Referenzrahmen (2009), p. 390;

Max Planck Institute for Comparative and Private International Law, 'Policy Options for Progress Towards a European Contract Law, Comments on the issues raised in the Green Paper from the Commission of 1 July 2010', COM (2010) 348 final, 75 Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RabelsZ) (2011), p. 371, 400-412;

H. RÖSLER, 'Rechtswahl und Optionales Vertragsrecht in der EU', Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW) 2011, p. 1;

H. SCHULTE-NÖLKE, 'Der Blue Button kommt – Konturen einer neuen rechtlichen Infrastruktur für den Binnenmarkt', 19 Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP) (2011), p.749, 753-754;

M. STÜRNER, 'Kollisionsrecht und Optionales Instrument: Aspekte einer noch ungeklärten Beziehung', Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht (GPR) 2011, p. 236.

Vgl. z.B. Max Planck Institute for Comparative and International Private Law (MPI),

Policy Options for Progress Towards a European Contract Law: *RechtsZ* 75 (2011) p. 371-438;

W. DORALT, Rote Karte oder Grünes Licht für den Blue Button? Zur Frage eines optionalen europäischen Vertragsrechts: *AcP* 211 (2011) p. 1-34;

S. A. E. MARTENS, Ein Knopf für den Binnenmarkt? oder: Vollharmonisierung durch den „Blue Button“?: *GPR* 2010, p. 215-218;

C. HERRESTHAL, Ein europäisches Vertragsrecht als Optionales Instrument: *EuZW* 2011, p. 7-12;

H. SCHULTE-NÖLKE, How to Realise the ‚Blue Button‘ ? - Reflections on an Optional Instrument in the Area of Contract Law, in: *European Private Law –Current Status and Perspectives*, hrsg. von Reiner Schulze/Hans Schulte-Nölke (2011) p. 89-104;

N. REICH, H.-W. MICKLITZ, Wie „optional“ ist ein „optionales“ EU-Vertragsrecht?: *EWS* 2011, p. 113-119;

K. RIESENHUBER, A Competitive Approach to EU Contract Law: *ERCL* 7 (2011) 115-133; Rith Sefton-Green, Choice, Certainty and Diversity: Why More is Less: *ERCL* 7 (2011) p. 134-150;

S. AUGENHOFER, A European Civil Law – for Whom and What Should it Include? Reflections on the Scope of Application of a Future European Legal Instrument: *ERCL* 7 (2011) p. 195-218;

M. MAUGERI, Is the DCFR ready to be adopted as an Optional Instrument?: *ERCL* 7 (2011) p. 219-228;

F. GOMEZ, J. J. GANUZA, An Economic Analysis of Harmonization Regimes: Full Harmonization, Minimum Harmonization or Optional Instrument?: *ERCL* 7 (2011) p. 275-294;

A. CRISTA, Green Paper on Policy Options for Progress Towards a European Contract Law for Consumers and Businesses –What do we want?: *ERCL* 7 (2011) 314-324; John Cartwright, ‚Choice is good.‘ Really?: *ERCL* 7 (2011) p.335-349;

J. W. RUTGERS, An Optional Instrument and Social dumping revisited: *ERCL* 7 (2011) p. 350-359;

K. TONNER, Das Grünbuch der Kommission zum Europäischen Vertragsrecht für Verbraucher und Unternehmer – Zur Rolle des Verbrauchervertragsrechts im europäischen Vertragsrecht, *EuZW* 2010, p. 767-771;

M. TAMM, Die 28. Rechtsordnung der EU: Gedanken zur Einführung eines grenzüberschreitenden B2C-Vertragsrechts: *GPR* 2010, p. 281-291;

H. BEALE, The Future of the Common Frame of Reference: *ERCL* 3 (2007) p. 257-276 (269 ff.);

S. LEIBLE, Was tun mit dem Gemeinsamen Referenzrahmen für das Europäische Vertragsrecht? – Plädoyer für ein optionales Instrument: *BB* 2008, p. 1469-1475.

Sur la seconde partie:

Association Henri Capitant, Journée internationale 2007 : Le consommateur, rapports

accessibles à l'adresse <http://www.henricapitant.org/node/52>.

H. BEALE, B. FAUVARQUE-COSSON, J. RUTGERS, D. TALLON, S. VOGENAUER, *Contract Law. Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe*, Hart Publishing, 2010.

E. CLIVE, H. SCHULTE-NÖLKE, C. VON BAR (dir.) *Draft Common Frame of Reference. Principles, definitions and model rules of European private law*, Sellier, 2009 (six volumes).

O. DESHAYES (dir.), *Le droit commun de la vente. Examen de la proposition de règlement du 11 octobre 2011*, Société de Législation Comparée, 2012.

B. FAUVARQUE-COSSON, D. MAZEAUD (dir.), *Materials for a common frame of reference. Terminology, guiding principles, model rules*, Sellier, 2008.

B. FAUVARQUE-COSSON, D. MAZEAUD (dir.), *Terminologie contractuelle commune. Projet de cadre commun de référence*, Société de Législation Comparée, 2008.

B. FAUVARQUE-COSSON, D. MAZEAUD (dir.), *Principes contractuels communs. Projet de cadre commun de référence*, Société de Législation Comparée, 2008.

H.-W. MICKLITZ, J. STUYCK, E. TERRY (dir.), *Consumer Law. Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe*, Hart Publishing, 2010.

H. SCHULTE-NÖLKE, C. TWIGG-FLESNER, M. EBERS (dir.), *EC consumer law compendium*, Sellier, 2008, accessible également en ligne en anglais (http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/acquis/comp_analysis_en.pdf) et en français (http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/acquis/comp_analysis_fr.pdf).

R. SCHULZE (dir.), *Common frame of reference and existing EC contract law*, Sellier, 2008.

G. H. TREITEL, *Remedies for Breach of Contract. A Comparative Account*, Clarendon Press, 1998.

K. ZWEIGERT, H. KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, (tr. T. WEIR), 3^e éd., Clarendon Press, 1998.

Commission Non-paper on a comparison between 27 mandatory consumer protection provisions in the Common European Sales Law proposal and national laws

ANNEXES

Annexe 1. Références abrégées aux Etats Membres

AT	Autriche
BE	Belgique
BG	Bulgarie
CY	Chypre
CZ	République Tchèque
DE	Allemagne
DK	Danemark
EE	Estonie
ES	Espagne
FI	Finlande
FR	France
GR	Grèce
HU	Hongrie
IE	Irlande
IT	Italie
LT	Lettonie
LU	Luxembourg
LV	Lituanie
MT	Malte
NL	Pays-Bas
PL	Pologne
PT	Portugal
RO	Roumanie
SE	Suède
SI	Slovénie
SK	Slovaquie
UK	Royaume-Uni

Annexe 2. La notion de consommateur dans les directives européennes

(source : compendium p.781 et s. « la notion de consommateur » rédigée par Martin Ebers, au tableau duquel est ajoutée la récente directive 2011/83 UE)

Directive 85/577, Art. 2	Le « consommateur » est toute personne physique qui, pour les transactions couvertes par cette directive, agit pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle
Directive 90/314, Art. 2(4)	Le « consommateur » est toute personne qui achète ou s'engage à acheter le forfait (« le contractant principal »), ou toute personne au nom de laquelle le contractant principal s'engage à acheter le forfait (« les autres bénéficiaires ») ou toute personne à qui le contractant principal ou un des autres bénéficiaires transfère le forfait (« le cessionnaire »).
Directive 93/13, Art. 2 lit. (b)	Le « consommateur » est toute personne physique qui, dans les contrats relevant de cette directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle
Directive 94/47, Art. 2	L'« acquéreur » est toute personne physique qui, agissant dans les transactions couvertes par cette directive, à des fins dont on peut considérer qu'elles n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle, se voit transférer le droit objet du contrat, ou au bénéfice de laquelle est créé le droit objet du contrat
Directive 97/7, Art. 2(2)	Le « consommateur » est toute personne physique qui, dans les contrats relevant de cette directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle
Directive 98/6, Art. 2 lit. (e)	Le consommateur est toute personne physique qui achète un produit à des fins qui ne sont pas du domaine de son activité commerciale ou professionnelle
Directive 99/44, Art. 1(2) lit. (a)	Le consommateur est toute personne physique qui, dans les contrats relevant de cette directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle ou commerciale
Directive 87/102, Art. 1(2) lit. (a)	Le « consommateur » est toute personne physique qui, dans les transactions régies par cette directive, agit dans un but pouvant être considéré comme étranger son activité commerciale ou professionnelle
Directive 2000/31, Art. 2 lit. (e)	Le « consommateur » est toute personne physique agissant à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle ou commerciale
Directive 2002/65, Art. 2 lit. (d)	Le « consommateur » est toute personne physique qui, dans les contrats couverts par cette directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale ou professionnelle

Directive 2005/29, Art. 2 lit. (a)	Le « consommateur » est toute personne physique qui, pour les pratiques commerciales relevant de cette directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale
Directive 2011/83, Art 2 .1	Le consommateur est toute personne physique qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale. _

Annexe 3. La notion de consommateur dans les Etats membres

Pays	Définition ou précisions
Autriche	En vertu de la loi sur la protection des consommateurs, les personnes morales peuvent aussi être protégées comme des consommateurs. Ces extensions intéressent la transposition des Directives 85/577, 90/314, 93/13, 97/7 ainsi que 94/47.
Belgique	L'Art. 1.7° de la LPCI définit le consommateur comme une personne physique ou morale agissant exclusivement (achetant des produits ou des services) dans un but étranger à son activité professionnelle ou commerciale. Ainsi une personne qui achète un produit ou un service pour un usage mixte, privé et professionnel, cesse d'être qualifiée de « consommateur » au sens de la LPCI. Contrairement aux directives, en vertu de la LPCI et de la LPL, les personnes morales peuvent être qualifiées de consommateurs. Cependant, en vertu de la jurisprudence récente de la Cour de cassation, il est difficile de considérer des personnes morales comme des consommateurs dans la mesure où la LPCI exige qu'ils agissent exclusivement dans un but étranger à l'activité professionnelle ou commerciale.
Bulgarie	La BULGARIE définit le consommateur comme toute personne physique qui acquiert des produits ou utilise des services à des fins qui ne sont ni commerciales, ni professionnelles et toute personne physique qui, en qualité de partie au contrat au sens de la Loi, agit en dehors du cadre de son activité commerciale ou professionnelle.
Chypre	Aucune définition transversale de la notion de consommateur n'existe. Le consommateur ne peut toutefois être qu'une personne physique
République Tchèque	En vertu du CC, une personne morale qui n'agit pas dans le cadre de son activité commerciale peut aussi être considérée comme un consommateur.
Danemark	Le DANEMARK a étendu la notion de consommateur afin qu'elle couvre non seulement les personnes physiques, mais aussi les personnes morales, à condition qu'elles agissent en dehors de leur activité professionnelle.
Estonie	Pour ce qui est des Directives 90/314 et 93/13, le champ d'application n'a pas été limité aux consommateurs. Les consommateurs, les personnes morales commerciales et non-commerciales sont couvertes par la loi de transposition des directives.
Finlande	Seule une personne physique peut être consommateur
France	Aucune définition spécifique de la notion de consommateur n'existe. Pourtant les tribunaux ont une conception large de la notion. Une personne morale peut bénéficier de certains textes du droit de la consommation, sous l'appellation de « non professionnel ». Toutefois, la Cour de cassation vient d'avoir une conception un peu restrictive à propos des SCI (même familiales), en affirmant qu'elles

	ne sont pas acheteurs non professionnels et qu'elles ne peuvent donc bénéficier d'un droit de rétractation de 7 jours lors d'une acquisition immobilière (Cass. 3 ^{ème} Civ. 24 octobre 2012).
Allemagne	En vertu de l'art. 13 du BGB, est consommateurs toute personne physique qui conclut une transaction qui n'est liée ni à leur activité professionnelle ni à leur activité indépendante. À la différence du droit européen, la notion de consommateur de l'Art. 13 CC comprend aussi l'employé qui agit dans le cadre de son activité professionnelle.
Grèce	En vertu de l'art. 1(4)(a) de la Loi relative à la protection du consommateur 2251/1994, un consommateur est toute « personne physique ou morale à laquelle des produits ou services sur le marché sont destinés et qui utilise ces produits ou services, pour autant que cette personne en soit le destinataire final. »
Hongrie	Alors que la notion de consommateur dans la Directive 99/44 couvre toutes les personnes physiques, les règles relatives à la garantie dans le CC sont applicables à tout contractant qui a conclu un contrat pour des raisons étrangères à ses activités économiques ou professionnelles. « Toute personne » renvoie aux personnes physiques mais aussi aux personnes morales ou autres institutions. De même, en HONGRIE, la notion de destinataire final est utilisée : en vertu de l'art. 2 lettre (i) de la Loi relative à la protection du consommateur, une « transaction conclue avec des consommateurs » est la fourniture directe de marchandises ou de services ainsi que la fourniture directe d'échantillons gratuits de marchandises au consommateur en tant que destinataire final
Irlande	En règle générale, la législation de transposition se limite au champ d'application des différentes directives.
Italie	Art. 3 c. cons. : a) consommateur ou usager: personne physique agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité industrielle, commerciale, artisanale ou libérale. La Cour constitutionnelle a précisé dans sa décision du 22 novembre 2002 que le droit constitutionnel ITALIEN ne prévoyait pas d'extension de la protection aux personnes morales (<i>Corte Costituzionale</i> 22 novembre 2002, N° 469, Giustizia civile 2003, 290 et s).
Lettonie	Le législateur LETTON utilisait auparavant une notion plus large de consommateur dans l'Art. 1(1) § 3 de la Loi relative à la protection des droits du consommateur. Les personnes morales pouvaient aussi être considérées comme des consommateurs si elles « envisageaient d'acheter, achetaient ou pouvaient acheter des biens ou services dans un but qui n'était pas directement lié à leur activité professionnelle ». Dorénavant, depuis le 11 novembre 2005, les personnes morales sont exclues du champ d'application de la notion de « consommateur » dans la Loi relative à la protection des droits du consommateur.
Lituanie	Le droit LITUANIEN ne s'applique pas au-delà du champ d'application des directives.
Luxembourg	Le Code de la consommation du LUXEMBOURG définit le consommateur comme « toute personne physique qui agit à des

	fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale »
Malte	Le droit MALTAIS englobe dans la catégorie des « consommateurs » toute catégorie de personnes, physiques ou morales
Pays-Bas	Seule une personne physique peut être consommateur
Pologne	Le consommateur est uniquement une personne physique
Portugal	En vertu de l'Art. 2 de la Loi relative à la protection des consommateurs (Loi 24/96, du 31 juillet), un consommateur est une personne à laquelle une autre personne exerçant une activité commerciale en tant que professionnel fournit des produits, des services ou transfère des droits dans la mesure où les biens, services et droits ne sont pas commandés dans un but professionnel. Toutefois, les dispositions spéciales utilisent les termes « client » (voyages à forfait) ou « acheteur » (multipropriété). En dépit des différentes formulations, les définitions de consommateur et de commerçant/fournisseur ne semblent pas différer de façon significative des définitions contenues dans les directives.
Roumanie	En ce qui concerne la transposition de la Directive 99/44, la définition roumaine du consommateur contenue dans la Loi 449/2003 est plus large dans la mesure où elle inclut également les groupes de personnes physiques réunies sous forme d'association.
Slovaquie	Les personnes morales ayant une activité non-commerciale ou commerciale sont considérées comme des consommateurs à condition qu'elles agissent en dehors du domaine de leur commerce ou profession, et achètent des produits ou utilisent des services pour leur usage personnel direct. C'est uniquement à l'égard des Directives 85/577 et 97/7 que ces personnes morales sont exclues du champ d'application de la Loi relative à la protection des consommateurs dans les ventes de porte-à-porte et dans les ventes à distance.
Slovénie	Le consommateur ne peut être qu'une personne physique.
Espagne	La définition du terme « consommateur » englobe aussi les personnes morales ; <p>En ESPAGNE il est nécessaire que le consommateur ou l'utilisateur « fasse l'acquisition, utilise ou profite en tant que destinataire final de certaines marchandises », et sans que cela soit « dans le but de les intégrer dans un processus de production, de transformation ou de commercialisation ».</p> <p>concept général: Artículo 3 TRLGDCU (Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios.) : Aux fins de ladite norme et sous réserve de ce que stipulent expressément ses livres troisième et quatrième, sont consommateurs ou utilisateurs les personnes physiques ou morales qui agissent dans un cadre étranger à une activité entrepreneuriale ou professionnelle.</p>

Suède	<p>Le concept de consommateur en droit SUEDOIS n'est pas uniforme. La Loi relative à la vente de porte-à-porte et la vente à distance définit le consommateur comme une personne physique agissant pour l'essentiel dans un but privé.</p> <p>En vertu de la section 1 de la Loi relative aux conditions générales dans les relations avec un consommateur (1994:1512), un consommateur est une personne physique agissant dans un but qui est pour l'essentiel étranger à sa profession.</p>
Royaume-Uni	<p>Généralement, la législation de transposition est limitée au champ d'application déterminé par les directives. Parfois on trouve des définitions légèrement plus généreuses du terme « consommateur », ce qui a pour effet d'étendre (de façon limitée) le champ d'application. Par exemple, les nouvelles actions dans les ventes aux consommateurs peuvent être exercées par un acheteur professionnel (notamment une personne morale) si les biens en question sont habituellement fournis pour un usage ou une consommation privés.</p>

Annexe 4. La notion de professionnel dans les Etats membres

Pays	Définition ou précisions
Autriche	<p>En AUTRICHE, le professionnel est décrit à l'article 1 (2) de la Loi sur la protection des consommateurs comme « toute organisation, ayant un caractère continu, visant l'exercice d'une activité économique indépendante », même si cette organisation ne vise pas à réaliser des profits.</p> <p>Un contrat conclu entre deux personnes privées n'entre pas dans le champ d'application des dispositions sur la protection du consommateur s'il a été négocié par une personne agissant dans le cadre de son activité professionnelle ou commerciale</p> <p>En AUTRICHE, les personnes morales de droit public sont toujours qualifiées de professionnels</p>
Belgique	<p>La Loi BELGE sur les pratiques du commerce fait référence à la notion de « vendeur » qu'il est défini à l'Art. 1.6 ° comme « toute autre personne, qu'elle agisse en son nom propre ou au nom d'un tiers ».</p> <p>En BELGIQUE, la notion de «vendeur» (utilisée dans la Loi sur les pratiques du commerce pour le démarchage à domicile, la vente à distance et l'indication des prix) fait référence aux institutions publiques qui exercent une activité commerciale, financière ou industrielle et qui vendent ou proposent à la vente des produits ou des services</p>
Bulgarie	<p>En BULGARIE, les définitions des termes « commerçant »²¹⁵⁹, « producteur »²¹⁶⁰, « fournisseur »²¹⁶¹ et « importateur »²¹⁶² ne contiennent aucune règle explicite excluant les associations à but non lucratif du champ de la réglementation. Toutefois, ceci est considéré comme une exception à l'idée générale selon laquelle les associations à but non lucratif ne poursuivent que des objectifs idéalistes. De plus, les définitions de « commerçant » et de « fournisseur » prévoient expressément qu'il importe peu que la personne morale soit de droit public ou privé.</p> <p>En droit BULGARE, la Loi relative à la protection des consommateurs définit le « commerçant » comme toute personne physique ou morale vendant ou offrant à la vente des produits, fournissant des services à un consommateur ou concluant un contrat avec un consommateur dans le cadre de son activité commerciale ou professionnelle, que la société soit publique ou privée – ainsi que toute personne agissant au nom et pour le compte ou pour le bénéfice de cette personne physique ou morale.</p> <p>Le droit BULGARE déclare expressément que les notions de « commerçant » et de « fournisseur » incluent les personnes morales, qu'elles soient de droit public ou privé.</p>
Chypre	<p>La notion CHYPRIOTE de « fournisseur » précise également que le fournisseur agit « soit personnellement soit par le biais de ses représentants».</p> <p>A CHYPRE, selon l'article 2 de la Loi sur la protection des consommateurs, le mot «activité commerciale» inclut «une activité commerciale ou une activité professionnelle et les</p>

	activités de tout département ministériel ou de toute administration locale ou publique », les « tribunaux » et les « dirigeants ».
Danemark	Au DANEMARK, il a été précisé que pour les contrats de multipropriété en temps partagés, si le vendeur n'est pas un professionnel, mais que le contrat est conclu pour le vendeur par un professionnel, alors ce contrat est également soumis à la loi de protection des consommateurs
Finlande	Selon l'article 1:5 de la Loi FINLANDAISE relative à la protection des consommateurs, le commerçant doit agir « en vue d'obtenir un revenu ou poursuivre tout autre intérêt économique »
France	Deux éléments serviraient de critère à la définition du professionnel : <ul style="list-style-type: none"> • – d'une part la qualité de chef d'entreprise. Cette qualité permet de distinguer le professionnel au sens du Code de la consommation de tous ceux qui exercent une activité professionnelle (notamment les salariés). Peu importe la nature ou l'importance de l'entreprise, mais il faut que le contrat soit conclu par le chef d'entreprise ou son représentant au nom de celle-ci ; • – la finalité de l'opération : pourquoi le contrat a-t-il été conclu ? Certains y voient la recherche de bénéfices, ce serait notamment la position de la 1^{re} chambre civile de la Cour de cassation (Cass 1^{re} civ., 9 mai 1996 : Contrats, conc. consom. 1996, comm. 117. – Cass. 1^{re} civ., 26 nov. 2002 : Bull. civ. 2002, I, n° 290 ; • Cela n'empêche pas la Cour de cassation d'appliquer le droit de la consommation dans les rapports entre un consommateur et une association Cass. 1^{ère} civ. 3 février 2011 n° de pourvoi 08-14402
Allemagne	En ALLEMAGNE, le BGH, dans un arrêt du 29 mars 2006, a précisé que s'agissant des ventes de biens de consommation, le seul facteur important pour la notion de professionnel était de savoir si le vendeur proposait, de manière habituelle et pendant une certaine période, des produits sur le marché moyennant paiement. En revanche, le fait que le vendeur poursuive son activité professionnelle dans l'intention de réaliser des profits est sans importance Un contrat conclu entre deux personnes privées n'entre pas dans le champ d'application des dispositions sur la protection du consommateur s'il a été négocié par une personne agissant dans le cadre de son activité professionnelle ou commerciale En ALLEMAGNE, on peut inférer de la définition générale d'une personne morale que les organismes publics sont également inclus.
Grèce	En GRECE, il est également reconnu qu'une organisation ou une institution, ainsi qu'un organisme public ou une collectivité locale à but non lucratif peut agir en qualité de fournisseur. En GRECE – à la différence de la Directive 85/577 – toute

	<p>personne agissant au nom et pour le compte d'un commerçant ne peut pas être vue comme un commerçant.</p> <p>En GRECE, à l'Art. 1 (3) de la Loi relative à la protection des consommateurs que les fournisseurs du secteur public doivent également être considérés comme des commerçants.</p>
Italie	<p>Droit de la consommation :</p> <p>Art. 3 c. cons. : c) personne physique ou morale qui agit, personnellement ou à travers de son intermédiaire, aux fins qui entrent dans le cadre de son activité industrielle, commerciale, artisanale ou libérale</p> <p>En ITALIE, il a été précisé que pour les contrats de multipropriété en temps partagés, si le vendeur n'est pas un professionnel, mais que le contrat est conclu pour le vendeur par un professionnel, alors ce contrat est également soumis à la loi de protection des consommateurs</p> <p>Le droit ITALIEN entend (dans les contrats de vente), sous la notion de « vendeur », toute personne physique ou morale de droit public ou privé</p>
Lettonie	<p>La Loi LETTONE relative à la protection des droits des consommateurs définit le « vendeur » comme toute personne physique ou morale qui vend ou propose des biens à des consommateurs au cours de son activité commerciale, ainsi que toute personne qui agit au nom du vendeur ou sur ses instructions.</p>
Luxembourg	<p>Le Code de la consommation du LUXEMBOURG définit le professionnel comme « toute personne physique ou morale qui agit à des fins qui entrent dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale, et toute personne agissant au nom ou pour le compte d'un professionnel »</p>
Pays-Bas	<p>Aux PAYS-BAS , la notion de commerçants/d'entreprises incluent également les groupements à but non lucratif.</p>
Pologne	<p>En POLOGNE – à la différence de la Directive 85/577 – toute personne agissant au nom et pour le compte d'un commerçant ne peut pas être vue comme un commerçant. Selon l'Art. 43 CC, l'activité du commerçant doit être exercée «en son nom propre »</p>
Portugal	<p>Au PORTUGAL, il a été précisé que pour les contrats de multipropriété en temps partagés, si le vendeur n'est pas un professionnel, mais que le contrat est conclu pour le vendeur par un professionnel, alors ce contrat est également soumis à la loi de protection des consommateurs</p>
Roumanie	<p>L'Ordonnance du Gouvernement ROUMAIN n° 106/1999 relative aux contrats conclus avec des consommateurs et négociés en dehors des établissements commerciaux, transposant la Directive 85/577, fait expressément référence au représentant agissant au nom et pour le compte du commerçant. Les autres textes roumains transposant les directives ne prévoient aucune autre</p>

	règle sur ce point.
Slovénie	<p>Selon l'article 1 (3) de la Loi SLOVENE relative à la protection des consommateurs, un « commerçant » est défini comme une personne physique ou morale, qui « est engagé dans une activité lucrative » quelle que soit sa forme légale ou sa nature juridique.</p> <p>En SLOVENIE, un « professionnel » est défini comme une personne physique ou morale, « quelle que soit sa forme juridique ou sa nature »</p>
Espagne	<p>L'ESPAGNE utilise la notion de « commerce de détail » dans sa transposition de la Directive 97/7, laquelle est définie à l'Art. 1 (2) de la Loi 7/1996 relative au commerce de détail comme étant « l'activité professionnelle exercée à des fins lucratives » (ánimo de lucro).</p> <p>Art. 4 TRLGDCU. Concept d'entrepreneur Aux fins de ce qui est stipulé dans cette norme, est considéré comme entrepreneur toute personne physique ou morale agissant dans le cadre de son activité entrepreneuriale ou professionnelle, qu'elle soit publique ou privée.</p> <p>Art. 5. Concept de producteur Sans préjudice de ce que stipule l'article 138 et aux fins de ce qui est stipulé dans ladite norme on considère comme producteur le fabricant du bien ou le prêteur de services ou son intermédiaire, ou l'importateur du bien ou service sur le territoire de l'Union européenne, ainsi que toute personne qui se présenterait en tant que telle, en indiquant sur le bien, que ce soit sur l'emballage, le conditionnement ou tout autre élément de protection ou de présentation, ou service, son nom, sa marque ou tout autre signe distinctif.</p> <p>Art. 7. Concept de fournisseur Aux fins de ladite norme, est considéré comme fournisseur l'entrepreneur qui fournit ou distribue des produits sur le marché, quel que soit le titre ou le contrat en vertu duquel il réalise cette distribution. Toute personne physique ou morale qui fournit ou distribue produits dans le marché, indépendamment du titre ou contrat auquel il fait cette distribution.</p>
Suède	En SUEDE, la notion de commerçants/d'entreprises incluent également les groupements à but non lucratif.
Royaume Uni	Au ROYAUME-UNI, pendant la transposition de la Directive sur la vente de biens, il a été précisé qu'« activité commerciale » incluait les activités professionnelles et les activités de tous départements ministériels (incluant le ministère d'Irlande du Nord) ou de toute administration locale ou publique.

DIRECTION GÉNÉRALE DES POLITIQUES INTERNES

DÉPARTEMENT THÉMATIQUE

DROITS DES CITOYENS ET AFFAIRES CONSTITUTIONNELLES

Rôle

Les départements thématiques sont des unités de recherche qui fournissent des conseils spécialisés aux commissions, délégations interparlementaires et autres organes parlementaires.

Domaines

-  Affaires constitutionnelles
-  Liberté, sécurité et justice
-  Égalité des genres
-  Affaires juridiques et parlementaires
-  Pétitions

Documents

Visitez le site web du Parlement européen: <http://www.europarl.europa.eu/studies>

SOURCE PHOTO: iStock International Inc.

