

La proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente

Benoît Kohl

Professeur à l'Université de Liège

Professeur invité à l'Université de Paris 2

Avocat au Barreau de Bruxelles

Patrick Wéry

Professeur ordinaire à l'Université Catholique de Louvain

Président du Centre de droit privé

SECTION I	
Introduction	9
SECTION II	
La proposition de Règlement optionnel relatif à un droit commun européen de la vente : présentation générale	10
SECTION III	
Bref aperçu des moyens d'action applicables à l'inexécution des obligations	40

I. INTRODUCTION

1. Le droit européen de la vente – La « Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente », publiée le 11 octobre 2011 par la Commission européenne¹, vise à améliorer l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur en facilitant le développement du commerce transfrontière pour les entreprises, d'une part, et des achats transfrontières pour les consommateurs, d'autre part. Elle est le résultat des travaux lancés depuis la Communication de la Commission concernant le droit européen des contrats de 2001, et notamment de ceux ayant abouti à la publication en 2009 d'un projet académique de Cadre Commun de Référence².

Cette proposition, à caractère facultatif, concerne à la fois les contrats conclus entre entreprises (B2B)³ et les contrats conclus entre une entreprise et un consommateur (B2C), dans leurs relations transfrontalières uniquement et couvre tout le cycle de vie du contrat de vente. Cette proposition constituerait un droit autonome et uniforme en matière contractuelle, applicable à la condition que les parties au contrat y consentent. En effet, elle vise à créer un second régime de droit contractuel au sein du droit national de chacun des États membres, régi par des règles d'interprétation autonomes et soustrait à l'emprise des lois nationales impératives ou d'ordre public.

Cet instrument optionnel constitue un important facteur de réalisation du marché intérieur. Il constitue une première étape vers l'égalisation des conditions de la concurrence contractuelle. Il est également de nature à permettre une meilleure ouverture des marchés de la vente de biens meubles (et des services annexes) dans l'Union Européenne. L'existence d'un régime européen, basé sur les principes qui gouvernent nos systèmes juridiques, permet par ailleurs de dépasser les obstacles auxquels la recherche du droit applicable (actuellement différent dans les vingt-sept États membres) mène inévitablement en droit international privé, nonobstant l'uniformisation des règles de conflits de lois par l'adoption en 2008 du règlement « Rome I »⁴.

1. COM(2011) 635 final.

2. Voy. *infra*, n° 4-7.

3. À condition que l'une des parties au moins soit une PME (voy. *infra*, n° 12 et 19).

4. Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), *J.O.*, 4 juillet 2008, L.177/6.

2. La proposition de Règlement et ses annexes – La proposition de Règlement publiée le 11 octobre 2011 se présente sous la forme d'une proposition, accompagnée de deux annexes. La proposition elle-même, composée de 16 articles, renferme certaines définitions, ainsi que les principes applicables au champ d'application, au mode de fonctionnement et à l'entrée en vigueur du droit commun européen de la vente.

L'annexe I constitue le droit commun européen de la vente proprement dit (ci-après le « DCEV »). Il se compose de 186 articles, répartis en 7 parties et 18 chapitres ; tant sous l'angle de sa forme que – sous certaines réserves – de son contenu, il s'apparente à un véritable « Code européen de la vente ». Le DCEV est accompagné de deux appendices, qui concernent chacun le droit de rétractation dont bénéficie parfois l'acheteur : l'appendice 1 renferme un « modèle d'instructions concernant la rétractation » ; l'appendice 2 constitue un « modèle de formulaire de rétractation ».

Enfin, l'annexe II de la proposition constitue l'avis d'information type, visé à l'article 9 de la proposition de Règlement. En effet, en vertu de cette disposition, le professionnel est tenu, préalablement à la conclusion du contrat, d'avertir le consommateur de son intention d'appliquer à celui-ci le DCEV, en lui remettant « de façon bien visible » l'avis d'information figurant dans cette annexe II⁵.

3. Plan – Le point II de cette contribution présente de manière générale la proposition de Règlement optionnel⁶. Après avoir rappelé le contexte de l'harmonisation européenne du droit de la vente (II.1.), l'on présentera les principaux objectifs de celle-ci, en s'attendant à apprécier si ces derniers sont efficacement rencontrés par la proposition de Règlement (II.2.). La « mécanique » liée au caractère optionnel du règlement (II.3.) ainsi que son champ d'application (II.4.) seront ensuite analysés, avant d'exposer brièvement le contenu des différentes parties du DCEV (II.5.).

Dans le point III, les moyens d'action applicables à l'inexécution du contrat de vente seront étudiés, par comparaison aux solutions qui leur sont actuellement réservées en application du droit belge de la vente⁷. Après avoir formulé quelques observations générales relatives, entre autres, à l'articulation des moyens d'action, à la déjudiciarisation de ceux-ci ainsi qu'aux particularités des contrats de consommation (III.1.), les moyens d'action à la disposition de l'acheteur (droit à l'exécution, suspension, résolution par notification, droit de réduire le prix et droit à des dommages et intérêts) seront

5. Certaines matières ne sont en effet pas traitées par le DCEV (voy. *infra*, n° 25).

6. Voy. sur ce point *infra*, n° 16.

7. Le point II a été rédigé par Benoît Kohl. L'auteur participe, en qualité d'expert désigné par l'O.B.F.G., au groupe de travail « Droit européen des contrats » du C.C.B.E. Les opinions exprimées n'engagent que l'auteur.

8. Le point III a été rédigé par Patrick Wéry.

analysés (III.2.). L'examen se clôturera par le régime des clauses abusives tel qu'il est organisé par le DCEV, avec une attention plus particulière aux clauses abusives relatives à l'exécution contractuelle (III.3.).

II. La proposition de Règlement européen de la vente : présentation générale

II.1. Contexte

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

En effet, suite à sa communication de 2001 sur « le Droit européen des contrats »⁹, la Commission européenne avait ouvert une consultation publique sur la manière dont les problèmes résultant des divergences entre les droits nationaux des contrats dans l'Union européenne devraient être traités à l'échelon européen. Sur la base des réponses reçues, la Commission avait publié, en 2003, un programme d'action en matière de droit des contrats¹⁰.

Le plan d'action suggérait notamment d'accroître la cohérence de l'acquis communautaire dans le domaine du droit des contrats, de promouvoir l'élaboration de clauses contractuelles standards sur une base communautaire, et d'examiner plus avant si les problèmes que pose le droit européen des contrats sont susceptibles de requérir des solutions qui ne soient pas spécifiquement sectorielles, telles qu'un « instrument optionnel » dans le domaine du droit des contrats. Afin d'améliorer la qualité et la cohérence du droit européen des contrats, la Commission suggérait d'établir un « Cadre Commun de Référence » (CCR), contenant des principes, une terminologie et des règles communs qui seraient appliqués par le législateur de l'Union lors de l'adoption ou de la modification de textes législatifs¹¹.

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

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

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

5. Le projet « académique » de Cadre Commun de Référence et le Livre vert de 2010 – Parallèlement aux initiatives des institutions européennes, plusieurs groupes de chercheurs ont mené des projets de recherche sur le droit européen des contrats. Ces travaux ont notamment mené à la publication, en 2008, d'un projet académique de Cadre Commun de Référence (*Draft Common Frame of Reference ou DCFR*) comprenant des principes, des définitions et des règles types de droit civil, notamment en matière de droit des contrats (principes généraux, contrats spéciaux et droit de la consommation) et de la responsabilité délictuelle¹². Sur le plan formel, ce projet académique se présentait comme une énumération ordonnée de principes européens du droit des contrats et de la responsabilité, accompagnés de commentaires comparatifs des droits des États membres et d'une motivation de la solution retenue au plan européen.

À la suite de la publication du DCFR, la Commission a constitué un groupe d'experts « [...] chargé d'étudier la faisabilité d'un instrument de droit européen des contrats, facile à consulter, pouvant bénéficier aux consommateurs et aux entreprises tout en leur apportant la sécurité juridique escomptée »¹³. Elle a, dans la foulée, publié le 1^{er} juillet 2010 un Livre vert¹⁴, dans lequel sept options étaient imaginées pour consolider le marché intérieur en accomplissant des progrès dans le domaine du droit européen des contrats : (1) la seule

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

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

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

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

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

Ensuite, dans un exposé donné le 3 juin 2011, la Vice-Présidente de la Commission européenne, V. Reding, en charge de la justice, avait manifesté son intention de présenter dès l'automne 2011 au Parlement européen un projet de règlement européen contenant un instrument optionnel en droit des contrats¹⁸. Enfin, la Commission européenne avait d'ores et déjà reçu un large soutien du Parlement européen, qui, à une confortable majorité, s'était

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

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

17. Comité économique et social, *Avis sur le Livre vert de la Commission relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises*, 19 janvier 2011, n° INT/524-CESE 00-2011.

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

prononcé le 8 juin 2011 en faveur du principe d'un instrument optionnel en droit européen des contrats¹⁹.

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

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

Lors de sa réunion des 7 et 8 juin 2012²⁰, le Conseil européen a approuvé le principe de l'examen de l'annexe à la proposition de Règlement (qui renferme le corps de règles relatives au DCEV), et ce nonobstant les divergences de vue subsistant quant à la question de la base juridique retenue pour justifier l'élaboration et l'adoption de cette proposition²¹. Le Parlement européen a également entrepris l'étude de la proposition.

En date du 18 février 2013, un projet de rapport a ainsi été déposé par la Commission des affaires juridiques du Parlement, contenant différentes suggestions d'amendements au texte initial de la proposition de Règlement et de son annexe²². La principale d'entre elles vise à restreindre de manière considérable le champ d'application du projet d'instrument optionnel : dans

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

19. Parlement européen, *Résolution relative aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises*, *REL. INT/2011/2013*.

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

20. Conseil de l'Union européenne (Justice et Affaires intérieures), Réunion du Conseil des 7 et 8 juin 2012, *Communiqué de Presse* (n° 10760/12 – PR CO 54), p. 20.

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

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

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

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

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

II.2. Objectifs poursuivis par la proposition de Règlement

II.2.1. Présentation des principaux objectifs

8. L'argument du « *Transaction Costs* » – Selon le préambule de la proposition de Règlement, la difficulté de trouver les textes d'un droit des contrats étranger constituerait, avec les réglementations fiscales, les exigences administratives, les difficultés de livraison et les aspects linguistiques et culturels, l'une des principales entraves aux transactions transfrontalières, tant entre professionnels et consommateurs qu'entre professionnels²³; « [...] il en résulte également des désavantages pour les consommateurs, puisque l'offre de biens est ainsi limitée. On peut en conclure que les divergences entre les droits nationaux des contrats découragent consommateurs et professionnels d'exercer des libertés fondamentales, telles que la libre fourniture de biens et de services, et constituent un obstacle au fonctionnement et au développement ininterrompu du marché intérieur. Elles ont également pour effet de

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

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

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

Plus particulièrement, la diversité des règles légales à travers l'Europe engendre des coûts pour l'ensemble des acteurs économiques, mais également une perte de temps indéniable pour ceux-ci²⁵. Cet argument se décline, comme l'explique notamment G. Wagner²⁶, en plusieurs branches : la diversité des règles juridiques, par les coûts qu'elle engendre (connaissance des normes légales, multiplicité des contrats, longueur des procédures judiciaires devant répondre, sur le fond, à des règles de droit différentes...) constitue d'abord une sorte de « taxe sur le commerce transfrontalier », quelle que soit la taille de l'entreprise considérée ; ensuite, de cette diversité résulte, spécifiquement pour les petites et moyennes entreprises, un frein à l'exportation et à l'investissement au-delà des frontières nationales (les multinationales intégrant plus facilement les *transaction costs*, notamment par la création de filiales dans les différents États membres).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

11.2.2. Adéquation de la proposition de Règlement aux objectifs poursuivis ?

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

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

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

28. Préambule, point 4.

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

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

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

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

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

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

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

13. La nécessité de l'accord de chaque partenaire individuellement – Comme l'expliquent M. Dechamps et M. Fallon, « [...] il est douteux que le système optionnel suffice à permettre à l'entreprise européenne de soumettre l'ensemble de ses contrats de vente à un régime unique »³². En effet, même si l'entreprise cherche à soumettre au droit européen de la vente l'ensemble de ses contrats, elle devra pour ce faire s'assurer (i) que le contrat comporte une clause de droit applicable renvoyant au droit d'un État membre et (ii) que l'acquéreur accepte d'opter pour le règlement optionnel. À la différence du système établi par la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises³³, le seul renvoi au droit d'un État membre de l'Union européenne ne suffira pas, nonobstant le caractère transfrontière du contrat, à rendre le DCEV applicable à ce dernier : la proposition de Règlement exige

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

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

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

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

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

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

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

Certes, le DCEV comporte, aux articles 56 à 65, les principes applicables en matière d'interprétation des conventions qu'il serait amené à gouverner. Certes, également, l'article 4 de la proposition de Règlement énonce une régie d'interprétation autonome : « le DCEV doit être interprété de façon autonome, conformément à ses objectifs et aux principes sous-jacents à celui-ci »³⁴.

Ce principe de l'interprétation autonome présente toutefois des limites. Ainsi, puisque, dans une relation entre professionnels, les parties peuvent choisir de déroger le DCEV et de ne rendre applicables à leur convention que certaines des dispositions de celui-ci³⁵, la régie d'interprétation autonome perd en efficacité, spécialement lorsque les dispositions retenues par les parties se réduisent à une portion congrue du DCEV dans son ensemble. De surcroît, certaines matières importantes sont laissées en dehors du champ d'application du DCEV³⁶ ; l'ambition d'une interprétation autonome se trouve

34. Sur cette disposition, voy. entre autres M. HEDERMANN, « European Private Law at the Crossroads : The Proposed European Sales Law », *E.R.L.*, 2012, pp. 1126-1130 ; J. SÁNCHEZ, « Le contenu des contrats », in O. DESMARES (dir.), *Le droit commun européen de la vente. Examen de la proposition de Règlement du 11 octobre 2011*, coll. *Travaux Europe Experts*, vol. 6, Paris, éd. Société de Législation Comparée, 2012, pp. 159-163. Voy. également l'article 7, alinéa 1^{er} de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises : « Pour l'interprétation de la présente Convention, il sera tenu compte de son caractère international et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application ainsi que d'assurer le respect de la bonne foi dans le commerce international ».

35. Voy. *infra*, n° 17.

36. Voy. *infra*, n° 25.

donc modérée : nombre de questions exigent toujours de recourir au droit national³⁷.

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

L'article 14 de la proposition prévoit toutefois que « les États membres veillent à ce que les décisions définitives de leurs juridictions appliquant les dispositions du présent règlement soient communiquées sans retard excessif à la Commission », et que « la Commission européenne met en place un dispositif permettant de consulter des informations sur les décisions judiciaires visées au paragraphe 1 ainsi que sur la jurisprudence en la matière de la Cour de justice de l'Union européenne. Ce dispositif est accessible au public ». Sur le long terme, pareille mesure pourrait être de nature à contribuer à l'uniformité dans l'interprétation de la proposition de Règlement optionnel. À court terme, l'adoption du DCEV risque toutefois d'accroître sensiblement la charge de travail de la Cour de Justice de l'Union européenne. Afin de permettre à celle-ci d'assumer pleinement et efficacement son rôle d'interprète du droit privé européen, des changements structurels ou procéduraux dans le fonctionnement de la Cour s'avèreraient sans doute nécessaires⁴⁰.

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

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

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

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

40. Voy. en ce sens D. Hiez, *op. cit.*, p. 50.

de marchandises, la proposition de Règlement comble certaines lacunes⁴¹, quelques questions importantes demeurent exclues du domaine d'application de la proposition de Règlement.

Il en est ainsi, par exemple, de la personnalité juridique, des règles de capacité et du régime de la nullité du contrat consécutive à l'incapacité, de la pluralité de débiteurs ou de créanciers, de la représentation, de la cession de créances, de la compensation et de la novation, du droit de propriété et des principes régissant son transfert, de la propriété intellectuelle, de la responsabilité extra-contractuelle ou encore du concours des responsabilités contractuelle et extra-contractuelle⁴².

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

11.3. Caractère optionnel du DCEV

16. Principe du caractère optionnel. Mécanisme de l'« opt in » – Selon l'article 8(1) de la proposition de Règlement, « l'application du DCEV requiert une convention des parties à cet effet. Les conditions d'existence et de validité d'une telle convention sont déterminées sur la base des paragraphes 2 et 3 du présent article, de l'article 9, ainsi que des dispositions pertinentes du DCEV ». Est donc posé le principe du caractère optionnel du règlement. À cet égard, la Commission européenne a préféré retenir le mécanisme dit « opt in », au détriment de l'« opt out », dans lequel le DCEV aurait été déclaré applicable à défaut de manifestation de volonté contraire des parties⁴³.

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

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

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

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

Entre professionnels, l'adhésion des parties au DCEV n'est cependant soumise à aucune exigence formelle particulière. Le DCEV se caractérisera donc par la simplicité de sa mise en œuvre : selon l'image dont la paternité revient à H. Schulte-Nölke⁴⁴, il suffira à l'acquéreur, en cas de vente en ligne, de cliquer sur le « *blue button* » au moment de passer sa commande, pour rendre le DCEV applicable à la convention.

En présence d'un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur, la proposition de Règlement énonce deux exigences formelles complémentaires⁴⁵.

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

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

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

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

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

au consommateur une confirmation de cette convention sur un support durable ». Cette déclaration formelle ne peut donc simplement résulter de la signature par le consommateur du contrat dont les conditions générales mentionneraient le choix du DCEV comme droit applicable au contrat⁴⁷.

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

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

En revanche, dans les relations entre professionnels et consommateurs, les parties sont privées de la liberté de choisir une application partielle du DCEV : aux termes de l'article 8(3) de la proposition de Règlement, « dans les relations entre professionnels et consommateurs, le DCEV ne peut être appliqué partiellement, mais uniquement dans son intégralité »⁴⁸. Ce refus du « panachage »⁴⁹ est justifié par le souci d'éviter le risque d'une protection amoindrie, si les vendeurs professionnels avaient pu librement déterminer celles des dispositions du DCEV applicables à la relation contractuelle⁵⁰. Par tant, une fois que le consommateur a opté pour le DCEV, celui-ci s'imposera en totalité aux parties, sans qu'elles aient la liberté d'y déroger⁵¹.

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

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

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

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

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

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

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

11.4. Champ d'application du DCEV

19. Champ d'application personnel et territorial — Le DCEV ne pourra être appliqué que si le vendeur du bien est un professionnel. Lorsque toutes les parties contractantes sont des professionnels, le DCEV ne peut être appliqué que si au moins l'une d'elles est une PME (article 7(1) de la proposition de Règlement). En d'autres termes, sont exclus du champ d'application personnel du DCEV les contrats conclus entre « grandes entreprises », ainsi que les contrats conclus entre particuliers et les ventes faites à des professionnels par des consommateurs⁵². L'article 13 de la proposition permet toutefois aux États membres d'étendre l'application de l'instrument optionnel aux relations *B to B* dans lesquelles « toutes les parties sont des professionnels mais aucune d'elles n'est une PME au sens de l'article 7, paragraphe 2 ».

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

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

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

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

Les contrats qui présentent un caractère interne, c'est-à-dire ceux où toutes les parties résident dans un seul et unique État membre, ainsi que les contrats conclus par des parties dont aucune ne réside sur le territoire de l'Union européenne, sont exclus du champ d'application de la proposition de Règlement. Un vendeur professionnel actif aussi bien sur le territoire national qu'à l'exportation intra-communautaire, ne pourra donc *a priori* voir son contrat de vente soumis à un seul et unique corps de règles ; ceci relativise donc quelque peu le bénéfice que le vendeur peut retirer de l'usage du DCEV⁵⁴.

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

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

54. Voy. *supra* n° 12.

55. Considérant n° 15.

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

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

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

Le choix de la Commission de limiter l'instrument optionnel au seul contrat de vente (au sens de l'article 5) s'explique par la volonté de cibler les contrats qui sont le plus fréquemment conclus dans le commerce transfrontière⁵⁸. Par comparaison au projet académique de Cadre commun de référence, qui énonçait des principes communs relatifs au droit des contrats en général et qui contenait par ailleurs une réglementation complète de la plupart des contrats spéciaux et du droit de la responsabilité extra-contractuelle⁵⁹, le DCEV présente donc, quant à son champ d'application matériel, une ambition bien plus mesurée.

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

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

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

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

59. Voy. *supra*, n° 5.

nous paraît regrettable⁶⁰. En effet, dans leur configuration actuelle, les différents chapitres de la partie IV du DCEV, qui renferme les « obligations et moyens d'action des parties à un contrat de vente ou à un contrat de fourniture de contenu numérique », ne sont applicables qu'à ces seuls contrats. De même, la partie V du DCEV décrit-elle les obligations et moyens d'action des parties à un contrat de services connexes. Il eut sans doute été préférable d'énoncer, au préalable – et à l'image de la structure du projet de Cadre commun de référence –, les règles générales relatives à l'inexécution des obligations. Dans le DCEV, les conséquences de l'inexécution contractuelle sont ainsi traitées de manière séparée pour chaque type de contrat (vente ou service) et, au sein de ceux-ci, pour chacune des parties (vendeur ou acheteur ; fournisseur du service ou client). À titre d'exemple, la résolution du contrat n'est prévue que pour la sanction de certains manquements (en ce qui concerne la vente, voy. les articles 114 à 119 [résolution par l'acheteur] et 134 à 139 [résolution par le vendeur]), mais non de manière générale⁶¹.

Bref, le travail considérable accompli à propos de la théorie générale des contrats et des différents contrats spéciaux par les rédacteurs du projet académique de Cadre commun de référence (DCFR) aurait sans doute mérité d'être repris par la Commission européenne au même titre que le travail accompli à propos du contrat de vente. Au minimum, dans un premier temps, le DCFR n'aurait-il pu, avec les aménagements nécessaires, être transformé en véritable boîte à outils à l'attention des législateurs nationaux et européen ? Tel était l'un des principaux résultats attendus de l'action de la Commission européenne dans le domaine du droit des contrats, annoncé dès la Communication de la Commission du 11 juillet 2001 et renouvelé à plusieurs reprises depuis lors⁶². Il constituait également l'une des options énoncées dans le Livre vert du 1^{er} juillet 2010. Force est de reconnaître que cette option semble avoir été quelque peu mise de côté, l'attention ayant été consacrée à l'élaboration de la proposition de Règlement relatif à un droit commun européen de la vente. À nos yeux, cette dernière option n'exclut pourtant nullement les mécanismes de *soft law*, spécialement l'élaboration d'une boîte à outils en matière de droit européen des contrats, et en particulier des contrats spéciaux de service.

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

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

61. Voy. également en ce sens M. STOSKIE, « Europees contractenrecht dichterbij ? », *Juristen-Tijdschrift*, 2011, n° 230, p. 16.

62. Voy. *supra*, n° 4-6.

propriété des biens à une autre personne (« l'acheteur »), et l'acheteur paie ou s'engage à en payer le prix ; il comprend les contrats portant sur la fourniture de biens à fabriquer ou à produire, et exclut les contrats de vente sur saisie ou impliquant l'exercice de la puissance publique ».

Au sens de l'instrument optionnel, un bien est « tout objet mobilier corporel », à l'exclusion de l'électricité et du gaz naturel, ainsi que de l'eau et d'autres types de gaz, à moins, pour ceux-ci, d'être conditionnés dans un volume délimité ou en quantité déterminée (article 2(2)). En d'autres termes, les biens immobiliers sont exclus du champ d'application du DCEV⁶³.

L'instrument optionnel ignore par ailleurs la distinction habituellement effectuée en droit belge entre le contrat de vente et le contrat d'entreprise⁶⁴. Le DCEV a en effet vocation à s'appliquer autant aux contrats portant sur la vente de biens existants qu'à ceux « portant sur la fourniture de biens à fabriquer ou à produire ». En droit belge, de tels contrats peuvent recevoir la qualification de vente ou d'entreprise, selon l'intention des parties contractantes. A cet égard, en matière mobilière, le critère dit « de spécificité » trouve toujours un large écho dans la doctrine⁶⁵ et la jurisprudence⁶⁶ ; selon cette théorie, le contrat doit être qualifié de contrat d'entreprise dès lors que

63. Néanmoins, certaines activités du secteur de l'immobilier, en particulier, certaines activités de rénovation, d'installation, d'amélioration d'un immeuble préexistant, telles que plombier, couverture, électricité ... pourraient entrer dans le champ du projet d'instrument puisqu'elles entraînent à la fois la vente de matériaux, d'éléments de construction et l'installation de ceux-ci ou l'incorporation de ceux-ci dans un immeuble préexistant. En l'état actuel du texte, l'éventualité que ces activités du secteur immobilier puissent être régies par un instrument optionnel peut également s'avérer problématique à plusieurs égards, tant et si bien qu'il serait préférable d'exclure clairement et explicitement du champ d'application du futur instrument les hypothèses d'incorporation d'un meuble dans un immeuble préexistant (voy. en ce sens B. KOHL, B. MAJLET-BRICOUR, H. PÉRIER-MARQUET et J. SÉNÉCHAL, « Le droit européen des contrats et le secteur de l'immobilier », *J.D.E.*, 2011, p. 225).

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

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

66. Voy. p. ex. Cass., 19 juin 1980, *J.T.*, 1980, p. 610 (vente d'un preuit isolant) ; Cass., 25 février 1985, *Pas.*, I, p. 613 (pierres de façades travaillées sur mesure) ; Mons, 13 juin 1986, *Rec. gén. enc. not.*, 1986, p. 193 (meubles de cuisine fabriqués sur mesure) ; Comm. Bruxelles, 13 janvier 1988, *J.T.*, 1988, p. 587 (accenseur spécifique pour un dancing) ; Civ. Bruxelles, 22 juin 1993, *R.D.C.*, 1994, p. 422 (fourniture et installation de meubles de cuisine réalisés sur mesure) ; Mons, 11 janvier 1994, *Rev. rég. dr.*, 1994, p. 515 (installation d'une porte de garage fabriquée sur mesure et mise en place par le menuisier) ; Liège, 14 octobre 1997, *J.L.M.A.B.*, 1996, p. 41 (livraison d'un hangar clé sur porte mais adapté à un ouvrage bien spécifique) ; Comm. Verviers, 10 novembre 1997, *R.D.C.*, 1998, p. 462 (fabrication et installation de garnitures de cartes spécifiques pour machines à travailler la laine et les fibres synthétiques) ; Liège, 29 janvier 1999, *R.G.D.C.*, 2000, p. 313 (modification d'une installation de ventilateurs industriels) ; Liège (3^e ch.), 26 janvier 2009, *Ent. et dr.*, 2009, p. 366 (livraison d'une citerne ayant dû faire l'objet de travaux d'adaptation spécifiques, de telle sorte que cette citerne ne pouvait être considérée comme un bien standard).

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

Vu sous l'angle du DCEV, de telles opérations seront toutes de nature à pouvoir être qualifiées de « contrat de vente » au sens de l'article 2(k). La question n'est pas sans incidence en droit interne : la détermination de la qualification emporte des conséquences importantes sur le plan de la formation, de l'(in)exécution et de l'extinction du contrat⁶⁷ ; or certaines de ces conséquences (par exemple, la détermination du moment du transfert de propriété) concernent des questions qui ne sont pas régies par le DCEV. Faudra-t-il dès lors, face à un contrat de vente d'un bien à fabriquer – pouvant être qualifié en droit belge de contrat d'entreprise –, soumis au DCEV par la volonté des parties, appliquer pour ces questions non visées par le DCEV le régime de droit belge du contrat de vente, au motif que le DCEV, rendu applicable à cette convention, qualifierait celle-ci de contrat de vente ?

Enfin, le DCEV est susceptible de s'appliquer aux contrats dits d'« abonnement ». L'article 6(2) *in fine* de la proposition de Règlement énonce en effet que « le DCEV peut être appliqué aux contrats entre un professionnel et un consommateur qui prévoient la fourniture continue de biens, de contenus numériques ou de services connexes de même nature, le consommateur réglant le coût des biens, contenus numériques ou services connexes aussi longtemps qu'ils sont fournis, par des paiements échelonnés ». La précision mérite d'être soulignée. En effet, sous l'angle du droit belge, de tels contrats ne sont pas, en tant que tels, qualifiés de contrats de vente⁶⁸. Dès lors, *stricto*

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

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

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

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

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

La notion de « service » n'est pas, en tant que telle, définie dans la proposition de Règlement européen. L'on peut toutefois s'appuyer, à cet effet, sur le projet académique de Cadre de commun de référence, dans le prolongement duquel la proposition de Règlement s'inscrit ; même si les « services » du DCEV trouvent leur lointaine origine dans le *locatio conductio* du droit romain, l'on devrait logiquement exclure du DCEV les contrats de travail ainsi que les contrats de bail, qui ne constituent pas des contrats de services au sens strict ; les dispositions du DCEV (en particulier sa partie V — « Obligations et moyens d'action des parties à un contrat de services connexes ») ne se prêtent d'ailleurs guère à ces types de contrats⁹⁹.

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

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

⁹⁹ Voy. en ce sens M. ILLMER, « Related Services in the Commission Proposal for a Common European Sales Law », *Er.R.Z.L.*, 2013, pp. 142-143.

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

En revanche, lorsque le service est fourni sur la base d'un contrat distinct du contrat de vente lui-même, l'article 2(m) exige que le contrat de service soit conclu simultanément au contrat de vente. Cette exigence temporelle n'est guère justifiable, et risque de mener à des solutions différentes dans des situations qui mériteraient d'être traitées de manière identique. Ainsi, pour reprendre l'exemple fourni par M. Illmer⁹⁹, l'acquéreur qui achète un meuble Ikea avec la ferme intention de l'assembler par lui-même et qui se rend compte, une fois rentré chez lui, qu'il n'y parviendra pas, ne pourra, se rendant chez Ikea le jour même en vue d'y commander un service de montage à domicile, choisir de soumettre ce contrat de service au DCEV. Au contraire, s'il avait décidé, en même temps que son achat, de commander chez Ikea le service de montage, les dispositions du DCEV relatives aux contrats de services auraient pu être rendues applicables à la convention.

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

⁹⁹ M. ILLMER, *op. cit.*, p. 1-5.

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

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

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

Quelques différences apparaissent néanmoins entre le système mis en place par le DCEV et celui harmonisé au travers de la directive 2011/83 du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs⁷¹. Ainsi, dans le DCEV, le vendeur ne se voit pas interdire le droit de recevoir un paiement pendant l'écoulement du délai de rétractation, lorsque le contrat a été conclu en dehors de ses établissements (article 44), alors que l'article 9 de la directive 2011/83 permet aux États membres d'établir une telle interdiction ; de même, l'article 13(5)(c) et l'article 40(1)(a) du DCEV suppriment respectivement l'obligation d'information précontractuelle du professionnel, ainsi que le droit de rétractation du consommateur, dans les contrats hors établissement, lorsque le prix n'excède pas 50 EUR, alors que cette exclusion constitue, dans le cadre de la directive 2011/83, une option laissée aux États membres.

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

Un contrat à « objet mixte » est exclu du champ d'application du DCEV lorsqu'il comprend des éléments autres que la vente de biens, la fourniture de contenu numérique et la prestation de services connexes⁷². Bien entendu, un contrat comportant à la fois la vente d'un bien et la fourniture d'un service connexe, s'il constitue également un contrat « mixte » au sens de l'instrument optionnel, entre néanmoins dans le champ d'application du DCEV. L'article 6 vise donc les contrats à objet mixte, à l'exception des contrats mixtes « vente et services connexes ».

71. Voy. sur ce point C. DAUFORT, *op. cit.*, p. 701.
72. Voy. *supra*, n° 22.

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

L'exclusion nous paraît toutefois rédigée de manière trop large – visant notamment tous les contrats pour lesquels les consommateurs se voient consentir un délai de paiement –, risquant ainsi de priver bon nombre de consommateurs du bénéfice du DCEV. En d'autres termes, les professionnels n'auraient le choix, dans ce cas, que de refuser de signer le contrat, d'exiger un paiement, ou de soumettre le contrat au droit national de l'État dans lequel le consommateur a sa résidence⁷⁴.

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

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

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

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

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

A *contrario*, certaines questions juridiques importantes, en lien étroit avec le droit de la vente, demeurent exclues du champ d'application du DCEV. Le considérant n° 27 du préambule de la proposition de Règlement en dresse une liste non exhaustive : n'est ainsi pas visé par le DCEV tout ce qui ressort de la personnalité juridique, des règles de capacité et du régime de la nullité du contrat consécutive à l'incapacité, de la pluralité de débiteurs ou de créanciers, de la représentation, de la cession de créances, de la compensation et de la novation, du droit de propriété et des principes régissant son transfert⁷⁶, de la propriété intellectuelle, de la responsabilité extra-contractuelle⁷⁷ ou encore du concours des responsabilités contractuelle et extra-contractuelle.

26. *Conséquence de l'application du DCEV sur les normes nationales impératives ou d'ordre public* – L'article 11 de la proposition de Règlement pose le principe d'autonomie du droit uniforme⁷⁸ : « lorsque les parties sont

75. Considérant n° 26.

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

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

78. Voy. entre autres sur ce point C. AUGERT DE VINCIGALLIS, *op. cit.*, pp. 25-34 ; J. SENECHAL, *op. cit.*, pp. 166-171.

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

Cette disposition vise d'abord, bien entendu, le droit national de la consommation. Alors que l'article 6 du Règlement « Rome I » contraint le vendeur professionnel à se conformer à la législation de l'État membre dans lequel le consommateur a sa résidence ou, au minimum, aux dispositions impératives de cet État accordant un niveau de protection plus élevé, lorsque les parties optent pour un autre droit, le choix des parties pour l'instrument optionnel écartera ces dispositions nationales impératives, fussent-elles même plus protectrices⁷⁹.

Toutefois, cette disposition emporte d'autres conséquences : toutes les lois de police du for et étrangères peuvent, en effet, être écartées par l'effet du choix de l'instrument optionnel. Or, dans les législations nationales, la position contractuelle de certaines catégories de professionnels est parfois renforcée, au travers de dispositions impératives. Pour ne citer qu'un exemple, en ce qui concerne le contrat de prestation de services, les droits français et belge édictent un certain nombre de protections impératives au profit des maîtres de l'ouvrage, des entrepreneurs ou des sous-traitants de ces derniers⁸⁰. En d'autres termes, le choix de l'instrument optionnel permet d'écartier l'application de certaines contraintes nationales plus protectrices ; « une telle alternative pourrait faire réfléchir. Certains professionnels souhaitent s'abstraire de contrats de service qu'ils estiment étouffants. Ils pourraient donc être tentés de plébisciter un instrument optionnel conçu

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

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

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

II.5. Contenu du DCEV

27. Plan du DCEV – Le DCEV se présente sous la forme d'une annexe I à la proposition de Règlement. S'appuyant sur l'étude de faisabilité réalisée par le groupe d'expert et, avant elle, sur le projet académique de Cadre commun de références⁸², la Commission s'est efforcée de suivre la séquence chronologique de la vie d'un contrat de vente.

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

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

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

81. B. KOHL, B. MALLET-BRICOUT, H. PÉREZ-MARQUET et J. SENECHAL, *op. cit.*, p. 239.
82. *Voy. supra*, n° 5.

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

D'autre part, les solutions qui y sont apportées correspondent en grande partie à celles que donnent, (i) le droit belge de la vente tel qu'il est interprété par la jurisprudence – y compris de la vente au consommateur, le DCEV s'appuyant en ce domaine sur l'acquis communautaire, dont les directives ont été intégrées en Belgique, par exemple dans le Code civil (à propos de la garantie des biens de consommation) ou dans la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur (à propos, entre autres, de la réglementation des clauses abusives ainsi que de certaines ventes aux consommateurs)⁸³, et (ii) la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises.

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

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

En ce qui concerne la formation du contrat (partie II)⁸⁴, l'on relève ainsi : le caractère révocable de l'offre jusqu'à la date à laquelle le destinataire de l'offre expédie son acceptation (art. 32) ; le choix clair effectué en faveur de la « *knockout rule* », en présence de conditions générales de vente et d'achat incompatibles auxquelles renvoient tant l'offre que l'acceptation (art. 39) ; les conditions de l'erreur, vice de consentement, plus strictes qu'en droit belge (art. 48)⁸⁵ ; la possibilité donnée aux parties d'annuler le contrat par notification au cocontractant et les délais dans lesquels la notification de la décision d'annuler le contrat doit être effectuée (six mois à dater de la connaissance des circonstances donnant lieu à l'annulation, en cas d'erreur ; un an en cas de dol, de menaces ou d'exploitation déloyale – cette dernière étant assimilable peu ou prou à la lésion qualifiée de droit belge) (art. 52). Différentes informations précontractuelles doivent par ailleurs être fournies

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

84. Voy. également en ce sens A. CHONÉ-GRAMALDI, « La proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente », *Concr. Concur. Consumm.*, Avril 2012, p. 7.

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

S'agissant du contenu du contrat (partie III), l'on peut signaler les règles originales en matière de détermination du prix (art. 73 à 75) ; l'article 73 énonce ainsi que : « lorsque le prix à payer en vertu d'un contrat ne peut être déterminé selon d'autres modalités, le prix est, sauf indication contraire, celui normalement facturé dans des circonstances comparables au moment de la conclusion du contrat ou, à défaut d'un tel prix, un prix raisonnable » ; le régime de la tierce décision obligatoire (fixation du prix de vente par un tiers) est également différent, l'article 75 permettant au tribunal, non seulement de désigner une autre personne chargée de fixer le prix, lorsque le tiers initialement désigné à cet effet « ne peut ou ne veut pas le faire », mais également de substituer sa propre appréciation du prix au prix fixé par le tiers, lorsque celui-ci est « manifestement déraisonnable ». Quant au régime des clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs (art. 82 à 85), il est moins protecteur que celui établi en droit belge aux articles 73 à 78 de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection de consommateurs⁸⁵ ; à titre d'exemple, seules les clauses n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle pourront être qualifiées d'abusives.

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

85. Voy. à ce sujet *infra*, n° 67.

l'article 116 (« résolution pour inexécution anticipée ») énonce ainsi : « dès lors que l'inexécution serait de nature à justifier la résolution, l'acheteur est fondé à résoudre le contrat avant l'échéance prévue pour l'exécution si le vendeur a déclaré qu'il ne s'exécuterait pas ou s'il est par ailleurs manifeste qu'il ne s'exécutera pas » ; l'article 136 contient une disposition similaire en ce qui concerne le vendeur⁸⁶. Ensuite, l'article 120 consacre le droit de réduire le prix comme sanction autonome à part entière, au bénéfice de l'acheteur. Comme la nullité, la résolution du contrat s'exerce par ailleurs par voie de notification faite à l'autre partie (art. 118 et 138). Enfin, le transfert des risques n'est pas lié à la propriété du bien : il s'effectue, en règle, lors de la livraison du bien (art. 142 à 146).

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

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

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

l'abréviation ou à l'allongement du délai est fixée, tant pour le délai court que pour le délai long⁸⁷ ; d'autre part, bien entendu, les conventions ne peuvent déroger aux délais de prescription au détriment du consommateur.

III. Bref aperçu des moyens d'action applicables à l'inexécution des obligations

III.1. Introduction

30. Un regroupement des moyens d'action – Bien des questions pourraient être abordées dans ce second chapitre, tant le contenu de la proposition de Règlement et du DCEV est riche. Notre attention se portera exclusivement sur les moyens d'action que ces textes offrent au créancier qui est victime d'une inexécution. D'intéressants rapprochements peuvent être opérés avec le droit belge.

Le Code civil adopte une « approche éciatée »⁸⁸ des remèdes de l'inexécution. Il faut parcourir de nombreuses dispositions dans la partie générale consacrée aux obligations conventionnelles, mais aussi dans le titre que le législateur consacre au contrat de vente, pour avoir une idée des moyens dont dispose le créancier victime d'une inexécution.

La Convention de Vienne des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises est, en revanche, à l'abri de cette critique. Dans la section 3 du chapitre II « Obligations du vendeur », sont regroupés les « moyens dont dispose l'acheteur en cas de contrevention au contrat par le vendeur » (art. 45 à 52). Le chapitre III comporte une section réservée aux « moyens dont dispose le vendeur en cas de contrevention au contrat par l'acheteur » (art. 61 à 65). Le chapitre V contient une série de « dispositions communes aux obligations du vendeur et de l'acheteur (art. 71 et s.) ; il y est question de la contrevention anticipée au contrat (art. 71 à 73), des dommages et intérêts (art. 74 à 77), des intérêts (art. 78), de l'exonération (art. 79 et 80), des effets de la résolution (art. 81 à 84) et de la conservation des marchandises (art. 85 à 88).

Le DCEV n'encourt pas davantage ce reproche de dispersion. Sa partie IV est, en effet, intitulée « Obligations et moyens d'action des parties à un contrat de vente ou à un contrat de fourniture de contenu numérique ». Elle

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

88. À ce propos, voy. D. TALON, « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1994, p. 224 ; P. WERY, *Droit des obligations*. Vol. 1, *Théorie générale du contrat*, Bruxelles, Larcier, 2011, 2^e éd., pp. 420 et s.

contient, en son chapitre 9, quelques dispositions générales qui définissent plusieurs notions de base, telles que celles d'« inexécution » ou d'« inexécution essentielle ». Son chapitre 11 est consacré aux « moyens d'action à disposition de l'acheteur » ; le chapitre 13 porte sur les « moyens d'action à la disposition du vendeur ».

L'amélioration est sensible par rapport à ce que nous offre le Code civil. La Commission n'est toutefois pas allée jusqu'au bout de sa logique de regroupement. Bien d'autres textes du DCEV ont trait aux conséquences de l'inexécution.

Ainsi la cinquième partie, qui s'intitule « Obligations et moyens d'action des parties à un contrat de services connexes », contient-elle un chapitre 15 relatif aux « obligations et moyens d'action des parties ». Dans la sixième partie figure un titre « Dommages et intérêts ; intérêts de retard ». Quant à la septième partie, elle traite, entre autres, de la restitution consécutive à la résolution du contrat. Pour être aussi complet que possible, on relèvera, dans le chapitre 8 de la partie IV, qui concerne les clauses contractuelles abusives, la présence de plusieurs dispositions qui touchent au domaine de l'inexécution.

31. Plan – Les textes du DCEV relatifs au contentieux de l'inexécution sont complexes. Leur rédaction, souvent laborieuse, soulève de nombreuses questions d'interprétation. Les dispositions font, en outre, référence à des notions originales et consacrent diverses solutions qui n'ont toujours pas cours en droit belge. L'avenir même de la proposition de Règlement est, au demeurant, incertain⁸⁹.

Dans de telles conditions, le lecteur comprendra que nous ne pouvons nourrir l'ambition d'examiner, dans ses moindres détails, le régime de l'inexécution et des moyens qui lui sont applicables⁹⁰. On se contentera donc de for-

89. Voy. *supra*, n° 7.

90. À ce sujet, voy. TAM DANG YU, « Remedies in the European harmonization projects : enforced performance, termination and damages », in A.L.M. KEISS et M.B.M. LOOS (éd.), *Alternative Ways to Jus Commune. The Europeanisation of Private Law*, Cambridge-Anvers-Portland, Intersentia, 2012, pp. 125 et s. Dans le même ouvrage, voy. aussi S.A. KAUSINGA, « The seller's right to cure in the CISG and the Common European Sales Law », pp. 157 et s. ; S. JANSSEN, « Price reduction as a remedy in European Contract Law and the Consumer Acquis », pp. 169 et s. ; S. JANSSEN, « Suspension as a temporary defence in European Contract law », pp. 219 et s. Voy. aussi M.B.M. LOOS et H. SCHULHAS, « Commercial Sales : The Common European Sales Law Compared to the Vienna Sales Convention », *European Review of Private Law*, 2013, pp. 105 et s. ; C. AUBERT DE VINCENNES, « Premier regard sur la proposition d'un droit commun européen de la vente », *Sém. jur.*, éd. gén., 2011, pp. 2450 et s. ; R. FEUTKAMP et F. VANROSSELE, « The Optional Common European Law for European Contract Law : Better Buyer's Remedies for Seller's Non Performance in Sales of Goods ? », *Rev. eur. droit privé*, 2011, op. 873 et s. ; R. FEUTKAMP (éd.), *Common European Sales Law (CESL). Commentary*, Baden-Baden, C.H. Beck-Hart-Nomos, 2012, pp. 396 et s. ; R. FEUTKAMP et F. VANROSSELE, « Un droit de vente européen pour une meilleure protection du consommateur ? Les moyens d'action du consommateur en cas

muler quelques observations générales à propos des moyens d'action (III.2.). On présentera ensuite, de manière plus détaillée, les différentes mesures que le DCEV met à la disposition de l'acheteur (III.2.). On présentera enfin les grandes lignes du régime des clauses abusives, en relevant, en particulier, celles qui sont relatives à l'inexécution (III.3.). Autant que faire se pourra, on examinera ces diverses questions en comparant les solutions retenues par le DCEV à celles que leur donne le droit positif belge.

III.2. Les moyens d'action en cas d'inexécution : observations générales

32. Introduction – Les moyens d'action sont ouverts en cas d' « inexécution d'une obligation ». Aussi faut-il, avant toutes choses, préciser la signification de cette expression (III.2.1.).

Le régime des moyens d'action a une portée générale : il s'applique autant aux contrats conclus entre professionnels⁹¹ qu'à ceux conclus entre un vendeur professionnel ou un prestataire de services et un consommateur. À certains égards, le DCEV se veut toutefois plus protecteur des intérêts des consommateurs : on relèvera quelques dispositions qui leur sont favorables (III.2.2.).

On insistera aussi sur un des traits marquants du DCEV au regard du droit belge : la tendance à la déjudiciarisation des moyens, qui relègue le juge à un contre-juré éventuel et *a posteriori* (III.2.3.).

Nous clôturerons cette section en mettant en évidence quelques solutions nouvelles que le DCEV consacre (III.2.4.).

III.2.1. Quelques définitions extraites du chapitre 9

33. L'inexécution – L'article 67 définit, en son premier paragraphe, l' « inexécution d'une obligation » et, en son second, l'inexécution « essentielle » de celle-ci.

La définition de l' « inexécution » revêt une grande importance, puisqu'elle est l' « élément déclencheur des moyens d'actions »⁹². Elle « consiste en tout défaut d'exécution, qu'il bénéficie ou non d'une exonération ; elle recouvre notamment :

d'inexécution du vendeur », *European Journal of Consumer Law. Revue européenne de droit de la consommation*, 2013, pp. 3 et s.

91. Le DCEV a en effet vocation à s'appliquer aux contrats conclus entre professionnels, lorsque l'une des parties au moins est une PME au sens de l'article 7(2) de la proposition de Règlement (voy. *supra*, n° 19).

92. R. FEYKAMP et F. VANROSSELE, *op. cit.*, *European Journal of Consumer Law. Revue européenne de droit de la consommation*, 2013, p. 12.

- (a) la non-livraison ou le retard dans la livraison du bien ;
- (b) la non-fourniture ou le retard dans la fourniture du contenu numérique ;
- (c) la livraison d'un bien qui n'est pas conforme au contrat ;
- (d) la fourniture d'un contenu numérique qui n'est pas conforme au contrat ;
- (e) le défaut de paiement ou le paiement tardif du prix ; et
- (f) toute autre prétendue exécution qui n'est pas en conformité avec le contrat ».

Cette définition est particulièrement compréhensive. Plusieurs termes et expressions l'attestent. L'inexécution inclut « tout » défaut d'inexécution. L'énumération des cas d'inexécution revêt un caractère simplement exemplaire, comme le confirment l'adverbe « notamment » et la formulation du *littera* (f). En outre, l'article 67, § 1^{er}, ne distingue pas selon que l'inexécution est ou non exonérée.

On notera que certaines dispositions du DCEV se réfèrent, non pas à la définition générique de l' « inexécution », mais à celles plus étroites de « défaut de conformité du bien » ou encore de « défaut de conformité du bien au contrat » (voy. not. art. 114, paragraphe 2)⁹³.

34. L'inexécution essentielle – Le deuxième paragraphe de l'article 67 définit l'inexécution essentielle.

L'inexécution répond à cette caractéristique lorsqu' « elle prive substantiellement l'autre partie de ce qu'elle était en droit d'attendre du contrat, à moins que la partie défaillante n'ait pas prévu ou n'ait pas été censée prévoir ce résultat au moment de la conclusion du contrat » (*littera* a) ou lorsqu' « elle est de nature à indiquer clairement que l'on ne peut pas compter dans l'avenir sur une exécution par la partie défaillante » (*littera* b).

On verra toute l'importance que revêt la distinction entre les inexécutions essentielles et celles qui ne le sont pas, lorsque sera traitée la résolution par voie de notification (voy. *infra*, n° 54). L'article 68, § 2, y fait aussi allusion, lorsqu'il traite des conséquences qui s'attachent à l'empêchement temporaire.

35. L'origine de l'inexécution – Dans le prolongement de travaux d'harmonisation antérieurs⁹⁴, le DCEV distingue l'inexécution qui est due au débiteur et celle qui est due à un empêchement.

93. R. FEYKAMP et F. VANROSSELE, *op. cit.*, *European Journal of Consumer Law. Revue européenne de droit de la consommation*, 2013, p. 15.

94. On songe notamment au D.C.E.R.

Aux termes de l'article 88, §1^{er}, « Une partie est exonérée des conséquences de l'inexécution de son obligation lorsque l'inexécution est due à un empêchement qui lui échappe et que l'on ne pouvait attendre de cette partie qu'elle le prenne en considération au moment de la conclusion du contrat, ou qu'elle le prévienne ou le surmonte ou qu'elle en prévienne ou en surmonte les conséquences ».

Il existe ainsi, d'une part, l'inexécution pour laquelle le débiteur bénéficie d'une exonération et, d'autre part, celle pour laquelle il ne peut s'en prévaloir. Cette distinction revêt une importance toute particulière, lorsque l'on s'enquiert des moyens dont dispose le créancier.

Lorsque l'inexécution est due au débiteur, le créancier dispose de toute la palette des mesures prévues par le DCEV : droit d'exiger l'exécution, droit à la suspension de l'exécution ou à la résolution du contrat, droit à la refaçon et droit aux dommages et intérêts.

Le choix est plus restreint, lorsque l'inexécution bénéficie d'une exonération. Aux termes de l'article 106, paragraphe 4, en effet, « Si l'inexécution du vendeur bénéficie d'une exonération, l'acheteur est fondé à recourir à l'un quelconque des moyens d'action énumérés au paragraphe 1 sans pouvoir exiger l'exécution en nature et des dommages et intérêts ». En d'autres termes, le droit de suspendre le paiement du prix, la résolution par voie de notification ou encore le droit de réduire le prix sont accessibles à l'acheteur, même lorsque l'inexécution bénéficie d'une exonération. L'article 131, paragraphe 2, qui est consacré aux moyens d'action du vendeur est rédigé dans la même logique : « Si l'inexécution de l'acheteur bénéficie d'une exonération, le vendeur est fondé à recourir à l'un quelconque des moyens d'action énumérés au paragraphe 1, sans toutefois pouvoir exiger l'exécution en nature ni réclamer des dommages et intérêts ». Ainsi le vendeur doit-il se satisfaire, en ce cas, des possibilités suivantes : suspendre sa propre exécution, résoudre le contrat et réclamer des intérêts sur le prix.

Le DCEV traite d'une troisième hypothèse d'inexécution : celle dans laquelle le créancier a « provoqué » cette inexécution. L'exonération du débiteur est alors totale. Le créancier est, en effet, privé de tout moyen, dans la mesure où il « a provoqué » l'inexécution (art. 106, paragraphe 5 et art. 131, paragraphe 3). Comme on l'a justement relevé, « Le DCEV ne semble pas avoir pris en considération l'hypothèse de la cause partagée. La partie en question ne pourrait dès lors recourir à un moyen d'action, indépendamment de l'importance de sa contribution dans l'inexécution de l'autre partie »⁹⁵.

95. R. FELICAMP et F. VANROSSELLE, *op. cit.*, *European Journal of Consumer Law. Revue européenne de droit de la consommation*, 2013, p. 19.

III.2.2. La distinction des contrats entre professionnels et des contrats entre un professionnel et un consommateur

36. Un droit commun – La proposition de Règlement et le DCEV organisent un droit commun des ventes transfrontières, sans distinguer selon la qualité des parties contractantes. Les ventes conclues avec un consommateur sont donc, en principe, soumises au même régime que celles qui sont conclues entre deux professionnels.

37. Une série de particularités des contrats conclus avec des consommateurs – La proposition de Règlement et le DCEV ne perdent pas de vue les rapports de force inégalitaires qui existent entre les professionnels et les consommateurs.

Aussi certains textes s'affranchissent-ils du droit commun des ventes transfrontières en prévoyant des dispositifs plus protecteurs des intérêts des consommateurs.

Pour nous en tenir à la problématique de l'inexécution, on doit, tout d'abord, citer l'important article 108 qui confère au chapitre 11, consacré aux moyens d'action à la disposition de l'acheteur, un caractère impératif lorsqu'ils ont trait à un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur : dans un tel contrat, « les parties ne peuvent, au détriment de ce dernier, exclure l'application du présent chapitre ni déroger à ses effets ou les modifier avant que le consommateur n'ait porté le défaut de conformité à l'attention du professionnel ». Les clauses contraires sont, en revanche, autorisées dans les contrats entre professionnels.

D'autres dispositions de ce chapitre réservent un sort plus favorable aux consommateurs. Ainsi l'article 106, paragraphe 3, qui ne soumet pas les droits de l'acheteur consommateur au droit de correction du vendeur et le dispense aussi des exigences d'examen et de notification ou encore l'article 111 qui traite du choix reconnu au consommateur entre la réparation et le remplacement.

Cette faveur s'observe dans d'autres chapitres. L'article 155, qui traite des moyens d'action du client en cas d'inexécution d'une obligation du prestataire de services, prévoit ainsi en son paragraphe 4 : « Si le client a la qualité de consommateur, il a le droit de résoudre le contrat quel que soit le défaut de conformité que présente le service connexe fourni, à moins que ce défaut de conformité ne soit mineur ».

Relevons enfin que le régime des clauses abusives est beaucoup plus protecteur des intérêts du consommateur que de ceux d'un professionnel qui traiterait avec un autre professionnel (voy. *in fine*, n° 62 et s.).

III.2.3. La tendance à la déjudiciarisation des moyens d'action du créancier

38. Le droit belge – La Cour de cassation a dégagé un principe général de droit selon lequel nul ne peut se faire justice à soi-même⁹⁶. Les conséquences en sont importantes dans le contentieux contractuel : les sanctions sont, en principe, judiciaires.

Ainsi les conventions et les clauses contractuelles ne peuvent-elles être annulées que par voie d'une décision de justice. La résolution des contrats synallagmatiques est, conformément à l'article 1184, alinéa 3, du Code civil, judiciaire. Il en va de même du remplacement du débiteur défaillant aux dépens de celui-ci, qui, aux termes des articles 1143 et 1144 du Code civil, nécessite une autorisation judiciaire préalable. Enfin, la réduction du prix consécutive à une exécution partielle ou défectueuse doit, en principe, faire l'objet d'une décision de justice (voy. not. art. 1722, 1044, 1637, C. civ.).

Si tel est le principe, il souffre – il est vrai – diverses exceptions. Ainsi l'exception d'inexécution, qui confère à l'*exécipiens* le droit de suspendre l'exécution de son obligation jusqu'à ce que son cocontractant se soit exécuté ou ait offert de le faire, n'est-elle pas subordonnée à une décision judiciaire préalable⁹⁷. Le législateur peut également admettre certaines hypothèses de résolution unilatérale du contrat (voy. par ex. l'art. 1657, C. civ.)⁹⁸. Ces dérogations peuvent aussi tenir à l'insertion, par les parties, de clauses particulières, telles que le pacte commissaire exprès ou la clause de remplacement du débiteur défaillant.

On connaît la réponse que la Cour de cassation de Belgique a donnée à la question de savoir si un créancier peut, en l'absence de clause résolutoire expresse ou de disposition légale particulière l'y autorisant, faire l'économie de ce recours judiciaire préalable. Dans ses arrêts du 2 mai 2002, la Cour déclare : « cette règle (i.e. art. 1184 C.C.) ne fait pas obstacle à ce qu'une partie à un contrat synallagmatique décide, de sa propre autorité et à ses propres risques, de ne plus exécuter ses obligations et de notifier à son cocontractant qu'elle considère le contrat résolu ; que [...] l'appréciation de la régularité de cette décision unilatérale est soumise au contrôle du juge par l'introduction ultérieure d'une demande tendant à la résolution judiciaire ; que, lors de l'appréciation des conséquences de la résolution et des droits que les parties peuvent invoquer, le juge appelé à statuer sur la résolution judiciaire peut décider, comme c'est le cas en l'espèce, qu'en égard au manquement de son

96. Cass., 24 mai 1970, *Pas.*, 1970, I, p. 1014.

97. Voy. not. Cass., 2 novembre 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 977 ; Cass., 24 septembre 2009, *R.W.*, 2010-2011, p. 1346, note J. DE WEGHELIERE.

98. Pour d'autres hypothèses, voy. not. P. WÉRY, *op. cit.*, 2011, pp. 762-763.

adversaire, la partie cocontractante n'a pas commis de faute en considérant unilatéralement le contrat comme résolu ». L'interprétation à donner à ces arrêts divise la doctrine. Certains y voient un rappel par la Cour de cassation de la nécessité pour le créancier, en l'absence de disposition légale particulière ou d'un pacte commissaire exprès, de s'adresser au juge pour obtenir la résolution de la convention. D'autres y voient une consécration, fût-ce en termes maladroits, de la résolution unilatérale en droit belge⁹⁹.

39. La résolution et l'annulation par voie de notification – Dans la ligne des récents travaux d'harmonisation internationale¹⁰⁰, le DCEV privilégie la « déjudiciarisation »¹⁰¹ des remèdes.

Ainsi le droit, pour le créancier, de réduire le prix en cas d'inexécution tout comme celui de suspendre l'exécution de son obligation ne sont-ils pas subordonnés à une décision judiciaire préalable (voy. *infra* n°s 52 et 57).

Plus remarquable encore au regard du Code civil belge, le DCEV consacre la résolution par décision unilatérale du créancier. Celui-ci est habilité à résoudre la vente, sans intervention judiciaire préalable, par notification à l'autre partie (voir art. 114, 115 et 118 en faveur de l'acheteur ; art. 134, 135 et 138 en faveur du vendeur ; art. 155 et 157 pour les contrats de services connexes).

La résolution devrait ainsi gagner en efficacité. Mais, alors qu'en droit belge, la résolution se prescrit, en principe, par dix ans (art. 2262bis, § 1^{er}, C. civ.), l'article 119 (« Perte du droit de résolution ») prévoit, en son paragraphe 1^{er}, que « l'acheteur perd le droit de résolution prévu par la présente section s'il n'a pas notifié la résolution dans un délai raisonnable après la naissance de ce droit ou à compter de la date à laquelle il a eu ou est censé avoir eu connaissance de l'inexécution, la date la plus tardive étant retenue ». Il faut y voir une manifestation du principe de la *favor contractus*. Le texte ajoute toutefois que « ce paragraphe ne s'applique pas si l'acheteur est un consommateur ou si aucune exécution n'a été offerte ou tentée ».

Même si, avec cet exemple, nous sortions du contentieux de l'inexécution¹⁰², il est intéressant de relever que le DCEV déjudiciarise aussi la nullité

99. Pour une présentation de la controverse, voy. P. WÉRY, *op. cit.*, 2011, pp. 765 et s.

100. La Convention de Vienne, les Principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international, les Principes européens du droit des contrats et le D.C.F.R. retiennent, par exemple, tous, la résolution par voie de notification.

101. S. BROS, « La place de l'unilatéralisme : progrès ou danger ? », *Revue des Contrats*, 2012, pp. 1456 et s.

102. La nullité peut toutefois intéresser aussi le créancier qui se dit victime d'une inexécution, puisque l'article 57 du DCEV précise qu'une partie qui dispose d'un moyen d'action fondé sur le chapitre relatif aux vices de consentement « dans des circonstances qui ouvrent un moyen d'action fondé sur l'inexécution, peut introduire l'un ou l'autre de ces moyens ».

du contrat ou de l'une de ses clauses¹⁰³. Aux termes de son article 52, « L'annulation est effectuée par notification au cocontractant ». La nullité y gagne en efficacité, avec – il est vrai – le risque de voir certaines parties chercher à se déguer trop facilement d'une convention qu'elles viendraient à regretter. Aux termes de l'alinéa 2 de l'article 52, « 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, menaces ou d'exploitation vicieuse ». La différence est notable par rapport au droit belge : aux termes de l'article 1304 du Code civil, l'action en nullité du chef de dol, d'erreur ou de violence se prescrit, en règle, par dix ans, ce délai ne courant, dans le cas de violence, que du jour où elle a cessé et dans le cas d'erreur ou de dol, du jour où ils ont été découverts.

III.2.4. Des solutions nouvelles

40. Quelques exemples – Le DCEV innove à maints égards par rapport au droit belge de la vente. Nous n'avons que l'embaras du choix pour élayer notre propos. La résolution et l'annulation par voie de notification, qui viennent d'être évoquées, ne sont que deux exemples parmi d'autres. Notre attention se portera sur trois autres innovations.

41. La conception moniste de l'obligation de délivrance – Le Code civil distingue, au chapitre consacré aux obligations du vendeur, l'obligation de délivrance (art. 1604 à 1624) et celle de garantie, laquelle inclut la garantie des vices cachés (art. 1641 à 1649).

De ce fait, les vices de la chose sont soumis à des régimes différents selon qu'ils sont apparents ou cachés. Ainsi l'action en garantie des vices cachés doit-elle être introduite à bref délai (art. 1648 C. civ.). Par ailleurs, l'acheteur ne peut, selon la thèse dominante¹⁰⁴, réclamer la réparation ou le remplacement de la chose affectée d'un vice caché (argument tiré des termes de l'article 1644 C. civ.).

Ce système dualiste, source de bien des difficultés, est abandonné par la Convention de Vienne pour les ventes internationales de marchandises. Il est délaissé aussi pour la vente de biens de consommation par un vendeur professionnel à un consommateur (art. 1649 bis et suivants, C. civ.).

C'est dans une conception moniste que s'engage aussi le DCEV. Les articles 99 et suivants prévoient, en effet, une obligation générique de

103. Voy. R. SCHULZE (éd.), *Common European Sales Law (CESL)*, A Commentary, Oxford, Hart Publ., 2012, pp. 204 et s.

104. Voy. not. Cass., 21 novembre 1974, *Fab.*, 1975, I, p. 322 ; Mons, 26 septembre 2006, *J.T.*, 2006, p. 812, note.

conformité du bien ou du contenu numérique au contrat, laquelle inclut notamment l'absence de défauts apparents et de défauts cachés. La palette des moyens d'action, ouverts à l'acheteur ne diffère ainsi plus selon le caractère du défaut.

42. La contrevention anticipée – Le créancier dispose-t-il de certains moyens, lorsque l'exécution de l'obligation étant différée par la présence d'un terme ou d'une condition, il nourrit légitimement des craintes quant aux capacités ou à la volonté de son cocontractant d'honorer ses engagements dans le futur ?

À ce jour, la réponse du droit belge est largement négative¹⁰⁵. Comme l'énonce l'article 1186 du Code civil, en sa première partie, « ce qui n'est dû qu'à terme ne peut être exigé avant l'échéance du terme ». Quelques rares dispositions légales viennent toutefois au secours du créancier confronté à risque d'inexécution. On peut notamment citer, dans le Code civil, l'article 1613, aux termes duquel le vendeur « ne sera pas non plus obligé à la délivrance, quand même il aurait accordé un délai pour le paiement, si, depuis la vente, l'acheteur est tombé en faillite ou en état de déconfiture, en sorte que le vendeur se trouve en danger imminent de perdre le prix ; à moins que l'acheteur ne lui donne caution de payer au terme » (déchéance légale du terme suspensif affectant l'obligation de payer le prix de vente) ainsi que l'article 1653 (exception *timoris* en faveur de l'acheteur craignant un risque d'éviction). Ces textes ont une portée exceptionnelle et sont loin de couvrir toutes les hypothèses de contrevention anticipée.

La Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises consacre le régime de la contrevention anticipée en termes plus larges en ses articles 71 à 73.

Le DCEV s'engage aussi dans cette voie.

Au chapitre relatif aux moyens d'action à la disposition de l'acheteur :

– article 113 (« Droit de suspendre l'exécution »), alinéa 2 : « L'acheteur qui doit s'exécuter avant le vendeur et croit raisonnablement que ce dernier ne s'exécutera pas à l'échéance peut suspendre l'exécution de ses obligations aussi longtemps qu'il peut raisonnablement persister dans sa croyance » ;

– article 116 (« Résolution pour inexécution anticipée ») : « Dès lors que l'inexécution serait de nature à justifier la résolution, l'acheteur

105. Pour un état de la question, voy. P. WÉRY, *op. cit.*, 2011, pp. 779 et s. Pour une étude approfondie, voy. M. VANWYCK-ALEXANDRE, *Aspects nouveaux de la protection du créancier à terme*, Faculté de droit de Liège, 1982, 535 p. ; M. VANWYCK-ALEXANDRE, « Les clauses relatives à la prévision de l'inexécution. Les clauses d'anticipatory breach » ou d'« inexécution anticipée » », in P. WÉRY (dir.), *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, Bruxelles, La Chartre, Die Keurs, 2001, pp. 187 et s.

est fondé à résoudre le contrat avant l'échéance prévue pour l'exécution si le vendeur a déclaré qu'il ne s'exécuterait pas ou s'il est par ailleurs manifeste qu'il ne s'exécutera pas ».

Au chapitre 13 relatif aux moyens d'action à la disposition du vendeur :

- article 133 (« Droit de suspendre l'exécution »), alinéa 2 : « Le vendeur qui doit s'exécuter avant l'acheteur et croit raisonnablement que ce dernier ne s'exécutera pas à l'échéance peut suspendre l'exécution de ses obligations aussi longtemps qu'il peut raisonnablement persister dans sa croyance. Toutefois, le vendeur perd son droit de suspendre l'exécution si l'acheteur donne des assurances suffisantes d'exécution correcte ou fournit une garantie suffisante ».
- article 136 (« Résolution pour inexécution anticipée ») : « Dès lors que l'inexécution serait essentielle, le vendeur est fondé à résoudre le contrat avant l'échéance d'exécution si l'acheteur a déclaré qu'il ne s'exécuterait pas ou s'il est manifeste par ailleurs qu'il ne s'exécutera pas ».

43. Le changement imprévisible de circonstances - Si l'on excepte le domaine des ventes internationales des marchandises soumises à la Convention de Vienne¹⁰⁶, la Cour de cassation belge ne confère toujours pas droit de cité à la théorie de l'imprévision. Cette dernière autoriserait le juge à dissoudre le contrat ou à le réviser, lorsque des circonstances imprévisibles viennent bouleverser l'économie contractuelle, rendant ainsi l'exécution des obligations pour une partie beaucoup plus onéreuse ou difficile¹⁰⁷.

Une partie importante de la doctrine regrette cette intransigeance, qui isole la Belgique par rapport à de nombreux droits nationaux et aux instruments d'harmonisation internationale des contrats. La partie qui est confrontée à un bouleversement imprévisible de l'économie contractuelle se voit ainsi réduite à recourir à des succédanés de la théorie de l'imprévision, notamment la fonction modératrice de la bonne foi (art. 1134, al. 3, C. civ.)¹⁰⁸.

Le DCEV consacre, pour les ventes transfrontières, le « changement de circonstances » dans l'article 89. En effet, « Lorsque l'exécution devient excessivement onéreuse en raison d'un changement exceptionnel de circonstances, les parties ont l'obligation d'engager des négociations en vue d'adapter le contrat ou d'y mettre fin ». « Si les parties ne parviennent pas à un accord dans un délai raisonnable, un tribunal peut, à la demande de

106. Cass. 19 juin 2009, *R.D.C.*, 2009, p. 734 et p. 983, *D.A.O.R.*, 2010, p. 149, note D. PHILIPPE ; K. COX, « Gewijzigde omstandigheden in internationale koopcontracten : het Hof van Cassatie als pionier », *R.W.*, 2009-2010, pp. 730 et s.

107. D. PHILIPPE, *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, Bruxelles, Bruylant, 1986.

108. Sur ces succédanés, voy. P. WERY, *Droit des obligations*, 2011, pp. 557 et s.

l'une ou l'autre partie : (a) adapter le contrat afin de le mettre en conformité avec ce que les parties auraient raisonnablement convenu au moment de la conclusion du contrat si elles avaient tenu compte du changement de circonstances ; ou (b) mettre fin au contrat à une date et selon les modalités que le tribunal fixera »¹⁰⁹.

III.3. Les différents moyens d'action

III.3.1. Aperçu Général

44. Aperçu des droits du créancier victime d'une inexécution - Quatre articles du D.E.C.V. donnent ce qu'il appelle un « aperçu » des moyens qui sont à la disposition de la victime d'une inexécution.

L'article 106 énonce les moyens dont dispose l'acheteur. L'article 131 énumère ceux qui s'offrent au vendeur. Les articles 155 et 157 en font de même pour les parties à des contrats de services connexes ; ces textes sont toutefois nettement moins précis et, pour tout dire, assez abscons. Pour s'en convaincre, il suffit de reproduire la rédaction de l'article 155, paragraphe 5 : « Le chapitre 11 s'applique, assorti des adaptations nécessaires, notamment : (a) en ce qui concerne le droit de correction du prestataire de services, dans les contrats entre un professionnel et un consommateur, le délai raisonnable prévu à l'article 109, paragraphe 5 ne doit pas excéder 30 jours ; (b) en ce qui concerne l'action de remédier à une exécution non conforme, les articles 111 et 112 ne s'appliquent pas ; et (c) l'article 156 s'applique en lieu et place de l'article 122 ».

Le point suivant (III.3.2.) étant focalisé sur les moyens d'action de l'acheteur, on se bornera à reproduire ici l'article 106, qui les énonce :

- « 1. En cas d'inexécution d'une obligation par le vendeur, l'acheteur peut prendre une ou plusieurs des mesures suivantes :
- (a) exiger l'exécution, qui recouvre l'exécution en nature, la réparation ou le remplacement du bien ou du contenu numérique, en vertu de la section 3 du présent chapitre ;
 - (b) suspendre sa propre exécution en vertu de la section 4 du présent chapitre ;
 - (c) résoudre le contrat en vertu de la section 5 du présent chapitre et réclamer le remboursement de tout prix déjà payé, en vertu du chapitre 17 ;
 - (d) réduire le prix en vertu de la section 6 du présent chapitre ; et
 - (e) réclamer des dommages et intérêts en vertu du chapitre 16.

109. Pour un commentaire, voy. R. SCHULZE (éd.), *op. cit.*, pp. 415 et s.

2. Si l'acheteur est un professionnel :
- (f) les droits de l'acheteur d'exercer tout moyen d'action, à l'exception du droit de suspendre l'exécution de sa propre obligation, sont subordonnés au droit de correction du vendeur prévu à la section 2 du présent chapitre ; et
- (g) les droits de l'acheteur d'invoquer le défaut de conformité sont soumis aux exigences d'examen et de notification énoncées à la section 7 du présent chapitre.
3. Si l'acheteur est un consommateur :
- (h) les droits de l'acheteur ne sont pas soumis au droit de correction du vendeur ; et
- (i) les exigences d'examen et de notification énoncées à la section 7 du présent chapitre ne s'appliquent pas.
4. Si l'inexécution du vendeur bénéficie d'une exonération, l'acheteur est fondé à recourir à l'un quelconque des moyens d'action énumérés au paragraphe 1 sans pouvoir exiger l'exécution en nature et des dommages et intérêts.
5. L'acheteur ne peut recourir à aucun des moyens d'action énumérés au paragraphe 1 dans la mesure où il a provoqué l'inexécution du vendeur.
6. Les moyens d'action qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulés ».

Avant d'entrer dans le commentaire — nécessairement succinct — de ces différents moyens mis à la disposition de l'acheteur¹¹⁰, il échet de formuler une série d'observations générales, qui valent aussi pour les avertissements des articles 131, 155 et 157.

45. Un terme neutre : « moyens d'action » — La Commission n'emploie pas le terme de « sanction », mais les expressions, plus neutres, de « moyens d'action » et de « mesures ».

Ce choix terminologique est délinéé. La plupart des moyens sont, en effet, applicables à toute inexécution, que celle-ci soit ou non exonérée par un empêchement. Seuls l'exécution en nature et les dommages et intérêts sont exclusivement réservés à l'inexécution pour laquelle le débiteur ne peut faire état d'un empêchement (voy. *infra* n° 50 et 60).

46. L'ordonnement des moyens — Comment s'agencent les différentes mesures applicables à une inexécution ? L'une prend-elle le pas sur l'autre (a) ? Est-il, par ailleurs, permis au créancier de les cumuler (b) ?

110. Pour une étude d'ensemble, voy. R. SCHULZE (éd.), *op. cit.*, spéc. pp. 490 et s.

(a) Le DCEV énonce les différents moyens disponibles sans établir de hiérarchie entre eux¹¹¹. Sur ce point, il diffère profondément de la directive relative à la garantie des biens de consommation, qui donne clairement la priorité à l'exécution en nature — sous la forme d'une réparation ou du remplacement du bien — par rapport à la résolution du contrat ou à la réduction du prix — auxquels le consommateur ne peut recourir qu'en un second temps —.

Cela étant, l'exercice de certaines mesures est subordonné dans le DCEV à des conditions telles qu'un remède doit nécessairement céder le pas à d'autres¹¹².

Ainsi la résolution du contrat ne peut-elle être notifiée que si l'inexécution est essentielle (voy. *infra* n° 54). Force sera, dès lors, pour le créancier de se rabattre sur d'autres moyens si l'inexécution ne peut être qualifiée de telle.

Par ailleurs, l'article 106, paragraphe 2, confère à l'exécution en nature une certaine primauté, du moins lorsque l'acheteur est un professionnel. En effet, « les droits de l'acheteur d'exercer tout moyen d'action, à l'exception du droit de suspendre l'exécution de sa propre obligation, sont subordonnés au droit de correction du vendeur prévu à la section 2 du présent chapitre ».

L'article 111, paragraphe 2, reconnaît aussi une certaine priorité à l'exécution en nature : « Si le consommateur a exigé la correction du défaut de conformité par la réparation ou le remplacement conformément au paragraphe 1, il ne peut recourir à d'autres moyens d'action que si le professionnel n'a pas effectué la réparation ni procédé au remplacement dans un délai raisonnable, inférieur ou égal à 30 jours. Le consommateur peut toutefois suspendre son exécution pendant ce délai ».

(b) Le DCEV énonce une évidence : les moyens qui ne sont pas incompatibles peuvent se cumuler (art. 106, paragraphe 2)¹¹³.

Ainsi les dommages et intérêts peuvent-ils se cumuler à la résolution du contrat. Aux termes de l'article 8, paragraphe 2, de la proposition de Règlement, « Les paiements dus et les dommages-intérêts réclamés pour inexécution du contrat avant sa résolution demeurent exigibles. Lorsque la résolution résulte de l'inexécution ou de l'inexécution anticipée, la partie qui procède à la résolution a également droit à des dommages-intérêts en lieu et place de l'exécution à venir par l'autre partie ». L'article 164 du DCEV, qui a trait à la « convention de rempla-

111. Voy. R. FLETCHAMP et F. VAN BOSSELE, *op. cit.*, p. 22.

112. *Id.*

113. Voy. R. SCHULZE (éd.), *op. cit.*, p. 492.

ment », envisage un autre exemple de cumul de la résolution et des dommages et intérêts : « Le créancier qui a résolu le contrat en tout ou en partie et a passé une convention de remplacement, dans un délai et d'une manière raisonnables, est fondé, dans la mesure où il a droit à des dommages et intérêts, à obtenir la différence entre le prix fixé dans le contrat résolu et celui prévu par la convention de remplacement, ainsi que des dommages et intérêts pour tout autre préjudice ».

Certains cumuls sont, en revanche, inconcevables, compte tenu de la finalité respective des moyens : poursuivre l'exécution de l'obligation, par exemple la réparation ou le remplacement de la chose non conforme, et notifier, dans le même temps, au vendeur la résolution du contrat.

P parfois, le D.C.E.V admet un cumul partiel. Ainsi l'article 120, qui autorise l'acheteur à procéder à la réfaction, prévoit-il, en son paragraphe 3, que « L'acheteur qui réduit le prix ne peut de surcroît obtenir des dommages et intérêts pour le préjudice ainsi réparé ; mais il conserve son droit à dommages et intérêts pour tout autre préjudice subi.

47. Pas de préalable de la mise en demeure – Selon une jurisprudence et une doctrine constantes, la mise en œuvre des sanctions de l'inexécution est subordonnée, en droit belge, à la mise en demeure préalable du débiteur¹¹⁴.

Sur ce point aussi, le DCEV diffère nettement du droit positif. Aucune de ces dispositions n'impose au créancier une telle démarche.

Sans doute certains de ses textes lui imposent-ils d'impartir au cocontractant défaillant un délai raisonnable. Ainsi l'article 115, paragraphe 1^{er}, porte-t-il qu'« En cas de retard dans la livraison qui n'est pas en lui-même essentiel, l'acheteur est fondé à résoudre le contrat s'il a, par notification, impartir un délai d'exécution supplémentaire d'une durée raisonnable et que le vendeur ne s'est pas exécuté dans ce délai ». La finalité de ce délai supplémentaire est toutefois particulière : permettre à l'acheteur de qualifier d'essentielle l'inexécution qui perdurerait au terme de ce délai et lui ouvrir ainsi la voie à la résolution par voie de notification.

48. Respect de la bonne foi et de la loyauté – Il est désormais bien acquis en droit belge que la mise en œuvre des différentes sanctions de l'inexécution doit avoir lieu de bonne foi. Ce principe gouverne autant le recours aux sanctions judiciaires (exécution en nature, résolution du contrat...) que

114. P. VAN OMMESVAEGHE, *Droit des obligations*, t. 3, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 2079 et s.; P. WIÉRY, *op. cit.*, pp. 444 et s.

l'application des remèdes extrajudiciaires (clauses pénales, clauses résolutoires expresse, exception d'inexécution...)¹¹⁵.

La fonction modératrice de la bonne foi interdit au créancier de faire appel à ces diverses sanctions d'une manière qui excède manifestement l'usage normal, qu'en eût fait un homme diligent et prudent placé dans les mêmes circonstances. Si la décision du créancier s'écarte à l'évidence de ce comportement, il verra son droit réduit à son exercice normal ou sera tenu de réparer le dommage causé par son abus. La sanction de l'abus peut notamment consister à priver le créancier de l'usage de son droit dans le cas d'espèce¹¹⁶.

La même exigence figure dans le DCEV l'article 2, intitulé « Bonne foi et loyauté », prévoit, en son premier paragraphe, qu'« Il incombe à chaque partie d'agir conformément au principe de bonne foi et de loyauté ». Le deuxième paragraphe expose les sanctions qu'encourt la partie qui transgresse ce devoir : « La violation de la présente obligation peut empêcher la partie défaillante d'exercer ou d'invoquer un droit, un moyen d'action ou de défense dont elle disposerait autrement, ou peut engager sa responsabilité pour tout préjudice causé de ce fait à l'autre partie ». « Les parties ne peuvent exclure l'application du présent article ni déroger à ses effets ou les modifier » (art. 2, § 3).

III.3.2. Les moyens d'action de l'acheteur

A. Le droit d'exiger l'exécution

49. Un droit – L'article 110.1 reconnaît à l'acheteur le « droit d'exiger l'exécution des obligations du vendeur ».

Cette exécution est entendue largement, puisqu'elle comprend « la correction, sans frais, d'une exécution non conforme au contrat » (art. 110, §2). L'acheteur peut ainsi exiger la livraison de l'objet vendu (exécution en nature au sens strict), mais aussi la réparation ou le remplacement de la chose non conforme. Cette solution est aussi celle que retient la directive 1999/44 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation¹¹⁷. Elle s'écarte, fort heureusement, des recours qui, dans le droit commun belge de la vente, sont reconnus à l'acheteur d'une chose affectée d'un vice caché. Selon l'opinion doctrinale et jurisprudentielle dominante, mais à notre avis critiquable¹¹⁸, le choix de l'acheteur se réduirait à l'option entre l'action

115. P. WIÉRY, *op. cit.*, pp. 462 et s.

116. P. BAZIER, « Abus de droit, *rechtsverwending* et sanctions de l'abus de droit », note sous Cass., 1^{er} octobre 2010 et Cass., 6 janvier 2011, R.G.D.C., 2012, pp. 393 et s.

117. Voy. l'art. 1049*quater*bis C. civ.

118. Sur ce point, voy. F. CLANSONOFF, « Garantie des vices cachés : *quid* de la réparation et du remplacement ? », in *Liber Amicorum Lucien Simon*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 417 et s. ;

réductoire et l'action *quantum minoris* : tel qu'il est rédigé, l'article 1044 du Code civil le priverait de la possibilité de réclamer la réparation ou le remplacement de la chose vicieuse.

L'article 112 énonce une règle particulière, propre au remplacement de la chose. Il concerne le retour de l'article remplacé : « 1. Lorsque le vendeur a remédié au défaut de conformité en procédant au remplacement, il a le droit et l'obligation de récupérer, à ses frais, l'article remplacé. 2. L'acheteur n'est pas tenu de payer l'usage qui a été fait de l'article remplacé pendant la période antérieure au remplacement ».

50. Un droit limité – Ce droit n'est ouvert qu'à l'encontre du vendeur dont l'inexécution n'est pas exonérée.

Le droit à l'exécution n'est pas absolu. Il souffre plusieurs exceptions qu'énonce l'article 110, paragraphe 3 : « L'exécution ne peut être exigée lorsque : (a) l'exécution est impossible ou devenue illicite ; ou (b) la charge ou les dépenses induites par l'exécution seraient disproportionnées par rapport au bénéfice que l'acheteur en retirerait ».

Ces exceptions correspondent largement à celles auxquelles le droit belge subordonne la primauté de l'exécution en nature. L'exécution directe ne peut y être ordonnée, lorsqu'elle se heurte à une impossibilité ou qu'elle est abusive¹¹⁹. Encore faut-il évidemment que l'impossibilité soit appréciée dans le DCEV dans les mêmes termes qu'en jurisprudence belge¹²⁰. Quant à l'hypothèse de l'exécution qui est « devenue illicite »¹²¹, elle peut, sans doute, être rapprochée de l'article 1502, alinéa 1^{er}, du Code civil qui vise notamment le cas de la chose qui a été mise hors commerce.

51. Choix du consommateur entre la réparation et le remplacement – L'article 111 énonce une règle particulière, propre aux contrats conclus avec un consommateur, lorsque la chose est affectée d'un défaut de conformité.

« 1. Lorsque, dans un contrat de vente avec un consommateur, le professionnel est tenu de corriger un défaut de conformité en vertu de l'article 110, paragraphe 2, le consommateur peut choisir entre la réparation et le remplacement à moins que l'option retenue ne soit illicite ou impossible ou que, par rapport à l'autre option, elle impose au vendeur des coûts qui seraient disproportionnés compte tenu : (a) de la valeur qu'aurait le bien en l'absence

P. WERY, « Réflexions comparatives sur la réparation et le remplacement de la chose vendue affectée d'un défaut de conformité ou d'un vice caché », in *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, Bruxelles, Larcier, 2003, pp. 569 et s.

119. Sur ce point, voy. not. P. VAN OMMESLACHT, *Droit des obligations*, t. 1, op. cit., pp. 817 et s. ; P. WERY, *Droit des obligations*, op. cit., pp. 494 et s.

120. En droit belge, de simples difficultés, fussent-elles grandes, ne peuvent suffire à écarter l'exécution en nature.

121. Voy. R. SCHULZE (éd.), op. cit., p. 506.

de non-conformité ; (b) de l'importance du défaut de conformité ; et (c) de l'éventuelle possibilité de mettre en œuvre l'autre moyen d'action sans inconvénients significatifs pour le consommateur.

2. Si le consommateur a exigé la correction du défaut de conformité par la réparation ou le remplacement conformément au paragraphe 1, il ne peut recourir à d'autres moyens d'action que si le professionnel n'a pas effectué la réparation ni procédé au remplacement dans un délai raisonnable, inférieur ou égal à 30 jours. Le consommateur peut toutefois suspendre son exécution pendant ce délai ».

B. Le droit de suspendre l'exécution de ses propres obligations

52. La suspension de l'exécution de l'obligation – En droit belge, l'exécution de l'obligation d'une partie à un contrat synallagmatique peut être suspendue soit par application de l'exception d'inexécution, soit en vertu de la théorie des risques.

Lorsque l'inexécution est imputable au débiteur, le créancier peut différer l'exécution de son obligation jusqu'à ce que son cocontractant se soit exécuté ou ait, à tout le moins, offert de le faire. L'exception *non adimpleti contractus*, dont on trouve une application à l'article 1612 du Code civil, est un principe général de droit applicable à tout contrat synallagmatique. Son invocation est soumise à diverses conditions d'application, entre autres à une exigence de bonne foi¹²².

Lorsque l'inexécution résulte d'une cause étrangère libératoire qui constitue un obstacle, non pas définitif mais temporaire, à la réalisation de l'obligation, c'est alors la théorie des risques qui trouve à s'appliquer : l'interdépendance des obligations réciproques, caractéristique des contrats synallagmatiques, a pour conséquence que leur exécution se trouve suspendue de plein droit aussi longtemps que l'empêchement persiste¹²³.

Le DCEV aborde aussi la question. Le droit de suspendre l'exécution y est reconnu largement, sans qu'il faille distinguer selon que l'inexécution est ou non exonérée par un empêchement.

Aux termes de l'article 113, paragraphe 1^{er}, « L'acheteur tenu de s'exécuter en même temps que le vendeur ou après l'exécution par ce dernier de son obligation, a le droit de suspendre l'exécution de ses obligations tant que

122. Sur ce point, voy. not. H. DE PACE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. 2, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1964, pp. 823-829 ; P. VAN OMMESLACHT, *Droit des obligations*, t. 1, op. cit., pp. 865 et s. ; P. WERY, *Droit des obligations*, op. cit., pp. 755-756.

123. P. WERY, *Droit des obligations*, op. cit., pp. 549-550.

le vendeur n'a pas offert de s'exécuter ou ne s'est pas exécuté »¹²⁴. Cette suspension peut être décidée unilatéralement par l'acheteur, sans autorisation judiciaire préalable.

L'article 113, paragraphe 2, prévoit, par ailleurs, l'*exceptio timorís* pour contrevention anticipée (voy. *supra* n° 42).

La suspension de l'exécution sera totale ou partielle selon les cas, ainsi que le porte le paragraphe 3 : « L'éventuelle suspension de l'exécution en application du présent article est totale ou partielle, dans la mesure justifiée par l'inexécution. Lorsque les obligations du vendeur doivent être exécutées par tranches ou sont autrement divisibles, l'acheteur n'est fondé à suspendre l'exécution de ses obligations que quant à la tranche qui n'a pas été exécutée, à moins que l'inexécution du vendeur soit de nature à justifier la suspension par l'acheteur de l'exécution de l'ensemble de ses obligations ».

C. Le droit de notifier la résiliation du contrat

53. La définition – L'article 8, paragraphe 1^{er}, de la proposition de Règlement définit la résiliation du contrat dans les termes suivants : « On entend par "résiliation d'un contrat" la cessation des droits et obligations contractuels des parties, à l'exception de ceux découlant de toute clause contractuelle prévoyant le règlement de différends ou de toute autre clause contractuelle ayant vocation à s'appliquer même après la résiliation ».

Il y aurait beaucoup à dire sur ce moyen d'action, dont les effets sont radicaux puisqu'il met fin au contrat et qu'il implique des restitutions (chapitre 17). On s'en tiendra ici aussi à l'essentiel.

Comme nous l'avons déjà indiqué (voy. *supra* n° 39), ce droit de notifier la résiliation est exercé par notification au vendeur (art. 118). Nous ne revenons pas non plus sur le fait que ce droit est ouvert pour toute inexécution, sans distinction entre celle qui est exonérée par un empêchement et celle qui ne l'est pas (voy. *supra* n° 35). On rappellera enfin que l'article 119 invite l'acheteur à faire montre d'une certaine diligence : sous peine de perdre son droit, il doit, en principe, notifier la résiliation dans un délai raisonnable (voy. *supra* n° 39).

54. La résiliation, mesure exceptionnelle applicable à certaines inexécutions – La *favor contractus*, qui guide la Commission, l'a poussée à limiter la résiliation aux hypothèses d'inexécution essentielle, telle que celle-ci est définie à l'article 87, paragraphe 2 (art. 114, paragraphe 1^{er}).

124. À ce sujet, voy. S. JANSSEN, « Suspension as a temporary defence in European Contract Law », in A.-L.M. KENNEDY et M.B.M. LOOS (éd.), *Alternative Ways to the Contract. The Europeanisation of Private Law*, Cambridge-Anvers-Portland, Intersentia, 2012, pp. 219 et s.

Le paragraphe second élargit toutefois ce droit lorsque l'inexécution est due au défaut de conformité du bien avec le contrat et qu'il s'agit d'un contrat de vente avec un consommateur ou d'un contrat portant sur la fourniture d'un contenu numérique entre un professionnel et un consommateur. En ce cas, précise le texte, « le consommateur peut résoudre le contrat à moins que le défaut de conformité soit mineur ». On peut s'interroger sur la différence qui existe entre une inexécution essentielle et un défaut de conformité qui n'est pas mineur¹²⁵...

Le DCEV reconnaît un droit de résiliation dans deux autres hypothèses.

L'article 115 prévoit ainsi la résiliation du contrat pour cause de retard de livraison après notification d'un délai d'exécution supplémentaire. Aux termes de son premier paragraphe, « En cas de retard dans la livraison qui n'est pas en lui-même essentiel, l'acheteur est fondé à résoudre le contrat s'il a, par notification, imparti un délai d'exécution supplémentaire d'une durée raisonnable et que le vendeur ne s'est pas exécuté dans ce délai ». Une fois ce délai expiré, l'acheteur pourra notifier à son cocontractant la résiliation du contrat. La notification de résiliation est même inutile, lorsque la notification du délai d'exécution supplémentaire prévoit une résolution de plein droit en cas d'inexécution du vendeur dans le délai qu'elle fixe : en ce cas, « la résolution prend effet à l'expiration de ce délai sans autre notification » (art. 115, paragraphe 3).

Quant à l'article 116, il admet la résiliation pour inexécution anticipée. Nous n'y reviendrons pas (voy. *supra* n° 42).

55. Portée du droit de résiliation – L'idée selon laquelle la résiliation du contrat n'est pas toujours totale gagne du terrain en droit belge. Dans certaines hypothèses, un contrat peut, en effet, être résolu en partie. Le critère de divisibilité peut servir à cet égard de fil conducteur¹²⁶.

L'article 117 du DCEV, qui traite de la portée du droit de résiliation, confirme la pertinence de ces développements récents :

« 1. Lorsque les obligations contractuelles du vendeur doivent être exécutées par tranches ou sont autrement divisibles, l'acheteur peut mettre fin à la relation contractuelle quant à cette seule tranche s'il existe un motif de résiliation, en vertu de la présente section, d'une tranche à laquelle peut être assignée une fraction du prix.

125. Voy. en ce sens R. FERRAMP et F. VAN BOSSHE, *op. cit.*, p. 29.

126. Sur cette question, voy. not. P.A. FORIENS, « Les effets de la résiliation des contrats pour inexécution partielle » in B. DUBISSON et P. WÉRY (dir.), *La mise en vente d'un immeuble. Hommage au professeur Nicole Verheyden-Janmart*, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 223 et s.

2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas si l'on ne peut pas attendre de l'acheteur qu'il accepte l'exécution des autres tranches ou si l'inexécution est de nature à justifier la résolution du contrat dans son intégralité.

3. Lorsque les obligations contractuelles du vendeur ne sont pas divisibles ou qu'une fraction du prix ne peut pas être assignée, l'acheteur ne peut procéder à la résolution que si l'inexécution est de nature à justifier la résolution du contrat dans son intégralité ».

L'article 8, paragraphe 1²⁷, de la proposition de Règlement prévoit aussi le maintien des clauses et obligations postcontractuelles : la résolution laisse subsister les droits et obligations « découlant de toute clause contractuelle prévoyant le règlement de différends ou de toute autre clause contractuelle ayant vocation à s'appliquer même après la résolution »²⁷.

D. Le droit de réduire le prix

56. Droit de réduire le prix en droit belge — Pour l'heure, la réduction du prix consécutive à l'exécution partielle ou défectueuse du débiteur n'est pas reconnue en droit belge comme remède autonome à part entière²⁸. Le Code civil ne contient aucune allusion à ce remède dans les textes généraux relatifs aux obligations conventionnelles. On ne trouve pas avantage de texte général admettant la réduction du prix dans le titre VI « De la vente » du Code civil.

Quelques textes admettent toutefois une réduction de prix. On peut notamment citer, pour ce qui est du Code civil, les articles 1617 et suivants (pour une erreur de contenance de l'immeuble vendu), 1644 (l'action estimatoire en présence d'un vice caché grave), 1637 (en cas d'éviction partielle de l'acheteur) et 1649quinquies, § 3 (pour la garantie légale des biens de consommation en cas de vente entre un vendeur professionnel et un consommateur). Par ailleurs, une coutume propre aux ventes commerciales reconnaît un droit de réfaction à l'acheteur, en présence d'un manquement minime à l'obligation de délivrer les marchandises dans les quantités et qualités convenues²⁹.

¹²⁷. Sur cette question, voy. l'étude de M. FONTAINE, *D.P.C.F.*, 1984, pp. 7 et s.

¹²⁸. P. WÉRY, *Droit des obligations*, op. cit., pp. 643 et s.

¹²⁹. L. FRÉBÉRICQ, *Traité de droit commercial belge*, Gand, Feschey, 1947, pp. 89 et s. ; P.A. FORBES, « Les contrats spéciaux — Chronique de jurisprudence », *R.D.C.*, 1987, pp. 26-39 ; C. ALTER et N. THUNGENS, « Les obligations du vendeur », in *Vente — Commentaire pratique*, Waterloo, Kinwer, 1.6-15 (1^{er} octobre 2007) ; M. ALPER, *L'obligation de délivrance dans la vente de meubles corporels*, préface P. CANTALA, Paris, L.G.D.J., 1972, pp. 321 et s.

Force est toutefois de constater que ces différentes règles n'englobent pas tous les cas d'inexécution partielle ou défectueuse et que ces hypothèses de réduction ne font pas l'objet d'un régime uniforme³⁰.

57. L'article 120 du DCEV — Le DCEV a le mérite de contenir une disposition générale consacrée à la réfaction : l'article 120 (« Droit de réduire le prix »).

Aux termes de son premier paragraphe, « L'acheteur qui accepte une exécution non conforme au contrat peut réduire le prix. La réduction doit être proportionnelle à la différence entre la valeur de ce qui a été reçu au titre de l'exécution au moment où elle a eu lieu, et la valeur de ce qui aurait été reçu si l'exécution avait été conforme ». Le paragraphe 2 énonce une évidence : « L'acheteur qui est en droit de réduire le prix en vertu du paragraphe 1 et qui a déjà payé une somme qui excède le prix réduit, peut obtenir du vendeur le remboursement du surplus ».

On se bornera aux trois observations suivantes³¹.

Le droit de réduire le prix est considéré comme un moyen d'action à part entière : il ne se confond pas avec les autres remèdes, notamment le droit pour l'acheteur d'obtenir des dommages et intérêts. Leurs finalités sont distinctes : rétablir l'équilibre des prestations, pour la réfaction ; réparer le préjudice de l'acheteur consécutif à l'inexécution, pour ce qui est des dommages et intérêts. Cela étant, certains recoupements existent, qui n'ont pas échappé à la Commission : « L'acheteur qui réduit le prix ne peut de surcroît obtenir des dommages et intérêts pour le préjudice ainsi réparé ; mais il conserve son droit à dommages et intérêts pour tout autre préjudice subi » (art. 120, paragraphe 3).

Par ailleurs, la réfaction n'est pas subordonnée à une décision judiciaire préalable : l'acheteur peut appliquer cette réduction de son propre chef.

Enfin, cette mesure est ouverte à l'acheteur pour toute exécution non conforme au contrat, même si elle est exonérée par un empêchement (art. 88).

E. Le droit à des dommages et intérêts

58. Vue d'ensemble du chapitre 16 — C'est dans un chapitre distinct que le DCEV développe le régime juridique des dommages et intérêts. Le chapitre 16 est consacré, d'une part, aux dommages et intérêts (section 1) et, d'autre part, aux intérêts de retard (section 2). Il comporte aussi une troisième section, relative au retard de paiement de la part des professionnels.

¹³⁰. Sur ce point, voy. P. WÉRY, *Droit des obligations*, op. cit., pp. 637 et s.

¹³¹. À ce sujet, voy. S. JENSEN, « Price reduction as a remedy in European Contract Law and the Consumer Acquis », in A.L.M. KEIRSE et M.S.M. LOOS (éd.), *Alternative Ways to Jus Commune. The Europeanisation of Private Law*, Cambridge-Anvers-Portland, Intersentia, 2012, pp. 109 et s.

contrats entre professionnels et consommateurs (art. 82 à 85) et celui, moins élaboré, qui est applicable aux clauses abusives dans les contrats entre professionnels (art. 86). À ces dispositions, il convient d'ajouter l'article 170 qui concerne les clauses contractuelles abusives relatives aux intérêts de retard.

Ces dispositions, qui sont destinées à protéger la partie faible au contrat, revêtent un caractère impératif. Aussi les parties ne peuvent-elles « écarter l'application du présent chapitre ni déroger à ses effets ou les modifier » (art. 81).

Certaines clauses échappent au contrôle de leur caractère éventuellement abusif. L'article 80 écarte, en son premier alinéa, « les clauses contractuelles qui reflètent les dispositions du droit commun européen de la vente qui s'appliqueraient si les clauses ne régissaient pas la question ». Les dispositions relatives aux clauses abusives ne s'appliquent pas davantage « à la définition de l'objet principal du contrat ni à la justesse du prix à payer » (art. 80, paragraphes 2 et 3). Sur ce dernier point, le DCEV distingue toutefois le régime applicable aux contrats conclus entre professionnels et consommateurs de celui qui gouverne les contrats entre professionnels : le régime des clauses abusives peut toucher à la définition de l'objet principal du contrat ou à la justesse du prix à payer, s'il s'avère que le professionnel ne s'est pas conformé à l'obligation de transparence prescrite par l'article 82 (art. 80, paragraphe 2, *in fine*).

III.4.1. Les clauses abusives dans les contrats entre professionnels et consommateurs

63. Structure de la section du DCEV consacrée au sujet – La section consacrée aux clauses abusives dans les contrats entre professionnels et consommateurs comporte quatre dispositions.

L'article 82 prescrit une « obligation de transparence des clauses contractuelles qui n'ont pas fait l'objet d'une négociation individuelle » : le professionnel qui propose de telles clauses doit « veiller à ce qu'elles soient rédigées et communiquées de façon claire et compréhensible ». Le professionnel ne doit pas prendre cette « obligation »¹³⁷ de transparence à la légère : sa violation ouvre, en effet, la voie à une appréciation du caractère éventuellement abusif de la clause qui pourra porter sur la définition de l'objet principal du contrat ou sur la justesse du prix à payer (art. 80, § 2).

137. Ne s'agit-il pas plutôt d'une incombance ? Sur le sujet, voy. not. M. FONTAINE, « Obligation, incombance ? », in *Liber Amicorum Hubert Claessens, Anvers-Louvain-la-Neuve*, Maklu-Academia Bruylant, 1998, p. 154 ; M. FONTAINE, « Le droit des contrats à l'écoute du droit comparé », in *Liber Amicorum Michel Copel, Waterloo, Kluwer*, pp. 305 et s. ; M. HOUWEN, « La déclaration de sinistre au sens de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre : nature juridique et sanctions », note sous *Mozs*, 17 janvier 2007, *R.G.D.C.*, 2010, pp. 124 et s.

L'article 83 donne la définition générale de la clause abusive dans les contrats entre professionnels et consommateurs.

L'article 84 est le siège de la liste noire de clauses abusives, c'est-à-dire des « clauses contractuelles toujours abusives ».

Quant à l'article 85, il présente la liste grise des clauses abusives, à savoir celles qui sont « présumées abusives » jusqu'à preuve du contraire.

Il est exclu de présenter par le menu ces différentes dispositions. On s'en tiendra à l'essentiel. On relèvera aussi la présence dans les listes de clauses ayant trait à l'inexécution des obligations.

64. La définition générique de la clause abusive – Aux termes de l'article 83, premier paragraphe, « Dans un contrat entre un professionnel et un consommateur, une clause contractuelle proposée par le professionnel et n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle au sens de l'article 7 est abusive aux fins de la présente section lorsqu'elle crée, au détriment du consommateur et en violation du principe de bonne foi et de loyauté, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat ».

Le second alinéa énonce les éléments à prendre en considération lors de l'appréciation du caractère abusif d'une clause : (a) l'éventuel respect par le professionnel de l'obligation de transparence figurant à l'article 82 ; (b) la nature de la prestation contractuelle à fournir ; (c) les circonstances qui ont entouré la conclusion du contrat ; (d) les autres clauses du contrat ; et (e) les clauses de tout autre contrat dont dépend le contrat ».

Cette définition générale de la clause abusive peut venir au secours du consommateur, lorsque la clause qu'il conteste ne figure ni dans la liste noire, ni dans la liste grise des clauses abusives. S'il parvient à établir la présence de ses conditions d'application, il pourra ainsi être délié de la clause, qui n'aura pas de caractère contraignant à son égard.

65. Les clauses contractuelles toujours abusives – L'article 84 énumère onze hypothèses de clauses qui sont nécessairement abusives. On y relèvera la présence de plusieurs clauses qui restreignent ou suppriment des moyens ouverts au consommateur en cas d'inexécution de la part du professionnel. On y trouve notamment certaines clauses exonératoires ou limitatives de responsabilité.

Ainsi est toujours abusive la clause qui a pour objet ou pour effet :

- « d'exclure ou de limiter la responsabilité du professionnel en cas de décès ou de préjudice corporel subi par le consommateur du fait d'un acte ou d'une omission dudit professionnel ou de quiconque agissant pour le compte de ce dernier » (a) ;

- « d'exclure ou de limiter la responsabilité du professionnel pour tout préjudice ou dommage causé au consommateur du fait d'un acte délictueux ou d'une négligence grave » (b) ;
- « d'exclure ou d'entraver le droit du consommateur à ester en justice 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 » (c) ;
- « d'exiger du consommateur qu'il recoure à des modalités plus favorables pour résoudre le contrat au sens de l'article 8, que celles ayant régi la conclusion du contrat » (h) ;
- « d'accorder au professionnel un délai de notification plus court pour résoudre le contrat que celui imposé au consommateur » (e) ;

66. Les clauses contractuelles présumées abusives - L'article 85 énumère une très longue liste de clauses qui sont présumées abusives jusqu'à preuve du contraire. Il comporte pas moins de 23 *litterae* différents, dont certains contiennent plusieurs hypothèses.

Ici aussi, on relève la présence de diverses clauses qui touchent au contenu de l'inexécution des obligations contractuelles.

Est ainsi présumée abusive la clause qui a pour effet « d'exiger du consommateur qui n'exécute pas ses obligations qu'il paie un montant disproportionnellement élevé à titre de dommages et intérêts ou qu'il effectue un paiement stipulé en cas d'inexécution » (e).

D'autres *litterae* concernent des clauses qui restreignent ou suppriment des moyens offerts au consommateur confronté à une inexécution du professionnel. Sans prétendre à l'exhaustivité, on peut relever que sont présumées abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet :

- « d'exclure ou de limiter de façon inappropriée les moyens d'action ou de recours que le consommateur peut exercer à l'encontre du professionnel ou d'un tiers en cas d'inexécution par le professionnel d'obligations nées du contrat » (b) ;
- « d'exclure ou de limiter, de façon inappropriée, le droit de compenser des créances que le consommateur détiendrait sur le professionnel par des sommes que le consommateur devrait à ce dernier » (c) ;
- « d'obliger le consommateur à exécuter toutes ses obligations contractuelles alors que le professionnel n'exécute pas les siennes » (l) ;
- « de permettre au professionnel, lorsque l'objet de la commande est indisponible, de fournir un objet équivalent sans avoir expressément informé le consommateur de cette possibilité et de l'obligation pour

le professionnel de supporter les frais de réexpédition de ce que le consommateur aura reçu en vertu du contrat si le consommateur exerce le droit de refuser l'exécution » (n) ;

- « d'exclure ou de limiter de façon inappropriée les moyens d'action dont le consommateur dispose à l'encontre du professionnel ou les moyens de défense offerts au consommateur contre les prétentions du professionnel » (q).

67. Une protection du consommateur moins poussée qu'en droit belge - Selon l'exposé des motifs, « Conformément à l'article 114, paragraphe 3, TFUE, le droit commun européen de la vente garantirait un niveau élevé de protection des consommateurs en instituant son propre corps de règles impératives qui maintiendraient ou amélioreraient le degré de protection dont jouissent les consommateurs grâce au droit de la consommation en vigueur au niveau de l'Union ».

Il est permis de douter de l'exhaustivité de cette assertion au regard du droit positif belge.

La loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection des consommateurs contient plusieurs articles portant sur l'interdiction et la nullité des clauses abusives dans les contrats entre une entreprise - laquelle inclut notamment le vendeur professionnel tel qu'entendu dans la proposition - et un consommateur.

Comme l'y autorise la directive 93/13, le droit belge est allé au-delà de ce qu'imposait le législateur européen.

La liste de clauses abusives figurant à l'article 74 de la loi est ainsi plus étendue que ce qu'impose le prescrit européen. Un seul exemple parmi d'autres : l'exigence de réciprocité des clauses pénales. La clause pénale qu'une entreprise prévoit en sa faveur pour sanctionner un manquement du consommateur est nécessairement nulle si le contrat ne comporte pas aussi une clause pénale destinée à sanctionner les manquements contractuels de l'entrepreneur envers le consommateur (art. 74, 1^{er}). Le DCEV ne mentionne pas cette exigence de réciprocité dans ces listes de clauses abusives ; pour que la clause pénale unilatérale ne lie pas le consommateur, celui-ci doit se rabattre sur la définition générique de la clause abusive.

S'affranchissant du texte de la directive 93/13, la loi du 6 avril 2010 ne différencie, par ailleurs, pas les clauses selon qu'elles ont été négociées individuellement avec le consommateur ou qu'elles ont été imposées par l'entreprise, sans possibilité pour le consommateur de les négocier. L'article 83 du DCEV induit, par contre, une distinction à faire entre les clauses ayant fait l'objet d'une négociation individuelle et celles qui n'en ont pas fait l'objet :

une clause qui a fait l'objet d'une négociation individualisée ne peut, en aucune manière, être qualifiée d'abusives (voy. *infra* n° 72).

Enfin, la clause qui figure dans la liste noire de l'article 74 de la loi du 6 avril 2010 est nécessairement nulle, sans possibilité de rémission. La loi belge ne distingue pas des clauses qui seraient nécessairement abusives et d'autres qui seraient seulement présumées abusives. Les articles 84 et 85 du DCEV établissent, par contre, deux catégories de clauses abusives : celles qui sont « toujours abusives » (art. 84) et celles qui sont « présumées abusives » (art. 85). On relèvera, par exemple, qu'est seulement « présumée abusive » la clause qui a pour objet ou pour effet « d'exiger du consommateur qui n'exécute pas ses obligations qu'il paie un montant disproportionnellement élevé à titre de dommages et intérêts ou qu'il effectue un paiement stipulé en cas d'inexécution » (art. 85, e). Une telle clause pénale qui imposerait au consommateur de payer un montant disproportionnellement élevé est, à l'heure actuelle, nécessairement nulle selon la loi du 6 avril 2010 (art. 74, 24°).

III.4.2. Les clauses abusives dans les contrats entre professionnels

63. L'article 86 – Chose remarquable au regard du droit belge, le DCEV consacre une disposition aux clauses abusives dans les contrats entre professionnels.

Leur régime juridique est toutefois moins élaboré que celui qui s'applique aux clauses qui figurent dans les contrats entre professionnels et consommateurs. Il ne comporte ni liste noire ni liste grise, mais seulement une définition générale de la clause abusive. Sa formulation est, au demeurant, particulièrement restrictive.

Aux termes de l'article 86, « 1. Dans un contrat entre professionnels, une clause contractuelle n'est abusive aux fins de la présente section, que si : (a) elle fait partie des clauses qui n'ont pas fait l'objet d'une négociation individuelle au sens de l'article 7 ; et (b) qu'elle est de nature telle que son application s'écarte manifestement des bonnes pratiques commerciales, contrairement au principe de bonne foi et de loyauté.

2. Lors de l'appréciation du caractère abusif d'une clause contractuelle aux fins de la présente section, les éléments suivants sont à prendre en considération : (a) la nature de la prestation contractuelle à fournir ; (b) les circonstances qui ont entouré la conclusion du contrat ; (c) les autres clauses du contrat ; et (d) les clauses de tout autre contrat dont dépend le contrat ».

III.4.3. La sanction des clauses abusives

69. La clause « ne lie pas » – Aux termes de l'article 79, alinéa 1^{er}, « Une clause contractuelle proposée par une partie et qui est abusive en vertu des sections 2 et 3 du présent chapitre ne lie pas l'autre partie ».

Le DCEV emploie la même expression que celle qui figure dans la directive 93/13 : la clause abusive « ne lie pas » l'autre partie. En utilisant cette expression, le DCEV entend indiquer que cette partie est dispensée de poursuivre la nullité de la clause en justice¹³⁸. La clause est, en effet, dépourvue de plein droit de toute force obligatoire.

Il y a là une importante différence avec la sanction des clauses abusives prévues par l'article 75 de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur. S'écarter du prescrit européen, le législateur belge prévoit que la clause abusive est « nulle ». Sa nullité – relative – doit donc faire l'objet d'une décision de justice¹³⁹.

La sanction retenue par le DCEV est chirurgicale : elle n'atteint que la clause abusive, sans mettre en péril la survie du contrat. C'est ce que précise l'alinéa 2 de l'article 79 : « les autres clauses du contrat demeurent contraignantes ». Avec toutefois ce bémol : il n'en va ainsi que « lorsque le contrat peut être maintenu sans la clause abusive ».

70. Les clauses abusives : un type de clauses interdites parmi d'autres – Les clauses qui sont prosrites par le DCEV ne se résument pas aux seules clauses abusives.

(a) Ainsi l'article 54, paragraphe 2, du DCEV admet-il que la cause d'annulation n'affecte que certaines clauses du contrat. Ce texte figure dans le chapitre 5 consacré aux vices de consentement (l'erreur, le dol, les menaces et l'exploitation déloyale). Une partie qui a été victime de l'un de ces vices peut ainsi se dégager de la clause. Pour ce faire, elle devra toutefois notifier au cocontractant sa décision d'annulation dans les délais assez courts que prévoit l'article 52 du DCEV. La clause est, au contraire des clauses abusives, valide aussi longtemps qu'elle n'a pas été annulée (art. 54, paragraphe 1^{er}).

(b) Il est, par ailleurs, interdit aux parties de stipuler des clauses qui enfreindraient des dispositions impératives du DCEV. L'article 2, point v, de la proposition de Règlement définit la « règle impérative » comme « toute disposition dont les parties ne peuvent écarter l'application ou à laquelle elles ne peuvent déroger ou dont elles ne peuvent modifier les effets ».

¹³⁸ Sur ce point, voy. P. Wéry, *Droit des obligations*, op. cit., pp. 326-329.
¹³⁹ P. Wéry, *Droit des obligations*, op. cit., p. 328.

Pour nous en tenir au contentieux de l'exécution, une clause qui exonérerait le vendeur de sa responsabilité du fait de la personne à qui il a confié l'exécution est interdite dans les contrats conclus avec un consommateur. L'article 92, relatif à l'exécution par un tiers, précise, en effet, en son paragraphe 2, que « le vendeur qui confie l'exécution à autrui en restreignant sa responsabilité » et ajoute, au paragraphe suivant, que « dans les relations entre un professionnel et un consommateur, les parties ne peuvent, au détriment de ce dernier, exclure l'application du paragraphe 2 ni déroger à ses effets ou les modifier ».

L'article 108, qui figure dans le chapitre consacré aux moyens d'action à la disposition de l'acheteur confronté à une inexécution, est encore plus important à relever en raison de sa portée générale. Il dispose, en effet, que « dans un contrat entre un professionnel et un consommateur, les parties ne peuvent, au détriment de ce dernier, exclure l'application du présent chapitre ni déroger à ses effets ou les modifier avant que le consommateur n'ait porté le défaut de conformité à l'attention du professionnel ». Dès lors, une clause qui porterait, par exemple, prématurément atteinte au droit du consommateur de notifier la résolution ou d'exiger l'exécution entrerait le DCEV.

Quelle sanction frappe de telles clauses contraires à une règle impérative ? Ne s'agissant pas, à proprement parler, de clauses abusives, l'article 79, paragraphe 1^{er}, aux termes duquel les clauses abusives « ne lient pas » l'autre partie, ne paraît pas pouvoir être invoqué. On pourrait, dès lors, songer à appliquer à ces clauses illicites l'article 54 qui prévoit l'annulation de la clause par voie de notification. Cette disposition figure toutefois dans un chapitre consacré aux vices de consentement.

71. L'articulation du régime des clauses abusives et de celui applicable aux clauses contraires à des textes impératifs — Une délicate question, qui semble avoir échappé aux commentateurs, se pose : comment articuler ces textes impératifs et le régime des clauses abusives ? N'existe-t-il pas des risques de chevauchement, voire de contradiction ?

Prenons l'exemple de l'article 95, c. Ce texte présume abusive la clause qui a pour objet ou pour effet, dans un contrat de consommation, « d'exclure ou de limiter de façon inappropriée les moyens d'action ou de recours que le consommateur peut exercer à l'encontre du professionnel ou d'un tiers en cas d'inexécution par le professionnel d'obligations nées du contrat ». Il nous semble que ce texte, qui instaure une présomption réfragable d'abus, doit s'effacer au profit de l'article 108 précité¹⁴⁰, qui est plus protecteur des intérêts du consommateur. Cet effacement ne s'impose toutefois que dans l'hypothèse où la clause dérogeait à vu le jour avant que le consommateur ait porté le défaut de conformité à l'attention du professionnel. Si la clause a

140. Voy. *supra*, n° 70.

fait l'objet d'un accord après ce moment, elle n'entreprend plus l'article 108. Il restera alors au consommateur, qui regretterait d'avoir marqué un tel accord, à se tourner vers l'article 85, c, en faisant état d'une exclusion ou d'une limitation inappropriée de ses moyens d'action.

Ce départ temporel n'est toutefois pas toujours prévu par les textes. L'exemple de la clause exonératoire de la responsabilité du fait d'autrui que le vendeur professionnel a stipulée à son profit, au détriment du consommateur, est à cet égard éloquent. Une telle clause est illicite au regard de l'article 92, paragraphe 3, quel que soit le moment où elle a été convenue. Elle est également présumée abusive si elle constitue une exclusion ou une restriction inappropriée des moyens d'action du consommateur.

72. *Quid* de la clause qui a été négociée ? — Des articles 83 et 86 du DCEV il ressort qu'une clause « proposée par un professionnel » ne peut être qualifiée d'abusives lorsqu'elle a fait l'objet d'une « négociation individuelle » au sens de l'article 7. Seules les clauses d'adhésion tombent, en d'autres termes, dans le champ d'application du chapitre 8 du DCEV. Cette restriction concerne aussi bien les contrats de consommation que les contrats conclus entre professionnels¹⁴¹.

Une telle limitation ne figure pas dans la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur, de sorte qu'un consommateur peut postuler, en droit belge, l'annulation d'une clause, soit sur la base de l'article 2, 28^o, soit sur celle de l'article 74, que la clause soit d'adhésion ou qu'elle ait été négociée.

Comment le DCEV assure-t-il la protection d'une partie contre une clause qu'elle a pourtant négociée ?

Diverses voies peuvent être explorées. Il se peut, tout d'abord, que la clause entreigne une règle impérative et soit partant interdite. (Voy. *supra*, n° 37). Si tel n'est pas le cas, la partie qui cherche à se dégager d'une clause pourrait en notifier l'annulation en invoquant un vice de consentement, en particulier l'exploitation déloyale (art. 51)¹⁴². Elle pourrait, le cas échéant, aussi songer aussi à la violation de l'article 2 (bonne foi et loyauté)¹⁴³.

141. C. BELFORS, *op. cit.*, p. 757, note 94.
142. *Id.*
143. *Id.*