

VERS UN DROIT EUROPÉEN DES CONTRATS POUR LES CONSOMMATEURS ET LES ENTREPRISES?

Consultation publique sur le Livre vert de la
Commission relatif au droit européen des
contrats

Réponse du BEUC

Contact: Ursula Pachl – consumercontract@beuc.eu

Réalisé par Ursula Pachl et Agustin Reyna

Ref.: X/2011/008 - 31/01/11

BEUC, the European Consumers' Organisation

80 rue d'Arlon, 1040 Bruxelles - +32 2 743 15 90 - www.beuc.eu

 **EC register for interest representatives:** identification number 9505781573-45 

RESUME

La Commission européenne perçoit les divergences entre les droits nationaux des contrats comme un obstacle au développement du marché intérieur et a donc procédé à une consultation sur les possibilités de renforcer l'harmonisation. Avant de lancer la présente consultation, la Commission a déjà annoncé dans sa communication sur une « stratégie numérique » qu'un instrument facultatif pour les contrats entre entreprises et consommateurs (contrats « Business to Consumer ») serait proposé. Par conséquent, la consultation en cours manque de crédibilité et nous regrettons vivement que la Commission n'entreprenne pas une consultation large et transparente, comme elle y était tenue, avant de prendre une décision (Art 12 du TUE).

Le BEUC considère que l'introduction de l'instrument facultatif pour les contrats entre entreprises et consommateurs engendrerait une série d'inconvénients pour les consommateurs européens. La réalisation du marché unique ne devrait pas être poursuivie aux dépens des consommateurs. D'autres mesures, qui étonnamment ne figurent pas dans le Livre vert, comme des contrats types combinés avec un mode alternatif de résolution des conflits en ligne (ADR – Alternative Dispute Resolution) devraient être envisagées. Une telle initiative devrait mener à une situation où les entreprises aussi bien que les consommateurs sont véritablement gagnants.

Les principales préoccupations du BEUC concernant l'intention de la Commission d'établir un instrument facultatif pour les contrats entre entreprises et consommateurs sont reprises ci-dessous :

1) **Aucune preuve suffisante** ou donnée fiable ne permet de démontrer l'utilité d'un instrument facultatif ni de garantir l'obtention des résultats escomptés par la Commission. L'ampleur de l'impact résultant de la pluralité des droits nationaux des contrats sur le commerce et la concurrence transfrontaliers n'a jamais correctement été évaluée. Du point de vue des consommateurs, ces divergences ne constituent pas un facteur essentiel et ne sont pas pertinentes par rapport à d'autres problèmes qui affaiblissent la confiance des consommateurs à l'égard des achats transfrontaliers.

- Le fait que les différences entre les droits nationaux des contrats constituent un obstacle majeur au commerce transfrontalier n'a pas été démontré ;
- Les possibilités pour davantage de commerce transfrontalier existent mais la Commission surestime les changements qu'apporterait une harmonisation du droit des contrats :
 - Tous les marchés de consommation ne se prêtent pas au commerce transfrontalier;
 - Les consommateurs sont découragés à l'idée d'effectuer des achats transfrontaliers pour des raisons étrangères au droit des contrats, telles que des difficultés pratiques de livraison, des craintes liées au manque de mécanismes transfrontaliers de recours et de plaintes, les langues, etc.
 - Bon nombre d'entreprises sont incitées à maintenir des distinctions territoriales en raison notamment des droits de propriété

intellectuelle, des différentes politiques de prix et de la concurrence réduite entre les entreprises.

- Tous les consommateurs ne souhaitent pas réaliser des achats transfrontaliers car certains préfèrent acheter dans leur propre pays¹.

2) Suppression des principes bien établis de protection des consommateurs européens :

L'instrument facultatif remplacerait les règles nationales impératives en matière de protection des consommateurs et primerait sur le régime spécifique applicable aux consommateurs dans le droit international privé (règlement Rome I) : en vertu des règles actuelles en matière de contrats transfrontaliers, les consommateurs peuvent soit obtenir la protection accordée par leur pays de résidence, soit bénéficier de celle-ci dans le cas où ils seraient mieux protégés par leur propre législation que par celle choisie par le commerçant. Le principe fondamental du droit communautaire serait enfreint avec l'introduction de l'instrument facultatif. Il semblerait par ailleurs que le raisonnement de la Commission soit partiellement fondé sur une mauvaise interprétation du règlement Rome I². Nous demandons à la Commission d'approfondir sa compréhension du règlement Rome I avant de prendre de nouvelles mesures.

3) Pas de “véritable” opt-in pour les consommateurs:

L'instrument facultatif n'est pas véritablement ce qu'il prétend être, à savoir « facultatif » pour les consommateurs : tout le concept d'instrument « facultatif » dans les contrats entre entreprises et consommateurs ne tient pas compte du déséquilibre du pouvoir de négociation ni de la réalité des contrats types pré-élaborés par les commerçants dans les relations avec les consommateurs. Il n'existe effectivement pas de compromis entre les parties pour les contrats entre entreprises et consommateurs puisque le commerçant impose les conditions générales du contrat. Même si les commerçants étaient obligés d'offrir au consommateur la possibilité de choisir entre l'instrument facultatif et le droit « normalement » applicable, il est clairement impossible pour les consommateurs de faire des choix informés entre les différents droits des contrats. Au lieu de stimuler la confiance des consommateurs, l'instrument facultatif engendrerait insécurité et confusion.

4) Logiquement, l'introduction d'un second régime de droit des contrats accroîtrait

l'insécurité juridique et créerait une confusion tant pour les consommateurs que pour les PME. La confusion augmenterait davantage si le régime facultatif s'appliquait non seulement aux contrats transfrontaliers, mais également aux contrats nationaux. Selon les préférences du commerçant, les consommateurs seraient alors soumis à deux ensembles de règles dans leur propre pays. Par conséquent, le droit national en matière de protection des consommateurs ne serait plus pertinent. Suite à cela, une harmonisation complète du droit des contrats de consommation – mais à une échelle bien plus large que dans la proposition de directive sur les droits des consommateurs – serait introduite de façon détournée dans le droit interne des États membres.

¹ Selon une enquête menée par notre membre britannique Which? en décembre 2010 et jointe à la réponse de Which? à cette consultation

² Voir ci-dessous le point B 1° b) et la note de bas de page n°25

- 5) Enfin, il est évident que le **niveau de protection des consommateurs** dans l'instrument facultatif devrait être fixé à un **niveau moyen** par rapport aux normes actuelles en vigueur dans les États membres. Le dilemme est clair : un instrument facultatif fondé sur un niveau réellement élevé de protection des consommateurs, tenant compte des meilleures pratiques au sein des États membres, ne serait pas intéressant pour les entreprises. L'instrument deviendrait peu attractif pour ceux pour qui il a été principalement conçu. Néanmoins, si le niveau de protection était déterminé selon la moyenne, des consommateurs de nombreux États membres y seraient perdants et l'utilisation de l'instrument facultatif leur serait préjudiciable³.

Dans ce contexte, le BEUC conclut que le choix d'un instrument facultatif placerait le marché unique au service des entreprises avant même la protection des intérêts des consommateurs. Notre analyse montre que, du point de vue des consommateurs, l'instrument facultatif ne présente pas d'avantages évidents, mais des inconvénients majeurs.

Ce que la Commission devrait faire:

- revoir son annonce prématurée selon laquelle un instrument législatif sur le droit européen des contrats sera adopté d'ici fin 2011 ;
- attendre et tenir compte des résultats de la proposition de directive sur les droits de consommateurs, qui renforcera considérablement l'harmonisation des domaines-clés du droit des contrats de consommation ;
- démontrer clairement que différents régimes légaux constituent un obstacle réglementaire majeur et qu'un régime harmonisé dopera effectivement le commerce transfrontalier et apportera des avantages concrets pour les consommateurs ;
- mener une étude pour identifier les règles impératives qui s'appliquent actuellement pour les consommateurs effectuant des achats nationaux ou transfrontaliers afin de bien comprendre les enjeux ;
- considérer d'autres options (qui ne figurent pas dans les options du Livre vert) telle que l'introduction de contrats types européens, qui faciliteraient le commerce transfrontalier pour les entreprises sans être ni importun ni préjudiciable aux consommateurs ; le BEUC soumettra une proposition de contrat type européen combiné au mode alternatif de résolution des conflits en ligne (système ADR) et le présentera prochainement à la Commission ;
- redoubler d'efforts et mettre l'accent sur la résolution d'autres problèmes plus importants liés aux transactions transfrontalières comme ceux présentés ci-dessus et dans la communication de la Commission sur le commerce électronique⁴ et les propositions du BEUC dans sa récente prise de position sur le commerce électronique.

³ Cela a déjà été reconnu par un membre du groupe d'experts de la Commission lors de l'atelier au PE le 27 octobre, voir la note de bas de page n°23

⁴ COM(2009) 557 du 22 octobre 2009

TABLE DES MATIÈRES

I. LIVRE VERT RELATIF AUX ACTIONS ENVISAGEABLES POUR UN DROIT EUROPEEN DES CONTRATS

II. REPONSE DU BEUC

A) Argument économique de la Commission – Le droit national des contrats est-il un véritable obstacle au développement du marché intérieur?

B) Inquiétudes du BEUC à l'égard d'un instrument facultatif pour les contrats de consommation :

- 1) Instrument facultatif et règles existantes du droit international privé :
perte des règles protectrices impératives dans les États membres
- 2) Choix de l'instrument
- 3) Application de l'instrument facultatif aux contrats transfrontaliers et/ou nationaux
- 4) Niveau de protection des consommateurs
- 5) Impact sur les futures politique et législation de protection des consommateurs
- 6) Le DCFR est-il une base adéquate pour un instrument adapté aux besoins du consommateur ?
- 7) Base juridique
- 8) Conformité avec les principes de subsidiarité et de proportionnalité

C) Évaluation du BEUC sur les autres options du Livre vert

III. PROPOSITION DU BEUC: LA « HUITIEME OPTION » – CONTRATS TYPES COMBINES AUX MODES ALTERNATIFS DE RESOLUTION DES CONFLITS (SYSTEME « ADR »)

I. LIVRE VERT RELATIF AUX ACTIONS ENVISAGEABLES POUR UN DROIT EUROPEEN DES CONTRATS

Le Livre vert identifie les disparités entre les droits nationaux des contrats – qui sont en partie dues aux clauses d'« harmonisation minimale » dans l'actuel *acquis* en matière de protection des consommateurs – comme un des obstacles majeurs au commerce transfrontalier.

Selon la Commission, les divergences entre les droits des contrats augmentent les frais des entreprises lorsqu'elles offrent leurs produits à l'étranger et affaiblissent également la confiance des consommateurs dans l'achat de produits dans d'autres États membres, deux facteurs qui entravent le fonctionnement du marché intérieur⁵.

Afin d'éliminer ce qu'elle considère comme des obstacles, la Commission européenne a soumis en octobre 2008 une proposition de directive relative aux droits des consommateurs⁶ appliquant l'harmonisation complète à tous les domaines principaux de la législation européenne actuelle pour les contrats de consommation et quelques aspects supplémentaires du droit des contrats. Après plus de deux ans, la proposition de directive est toujours en première lecture au Parlement européen et au Conseil des ministres. À ce stade, l'issue des débats entre les législateurs est encore incertaine. Néanmoins, le Conseil de l'UE a préalablement manifesté son intention de réduire de manière significative le champ d'application de la proposition de directive, qui selon le Conseil ne s'appliquerait plus qu'aux contrats « à distance » et « hors établissement ». Cela indique clairement qu'un accord politique sur un niveau commun de protection adapté à tous les États membres n'est pas réalisable pour les aspects fondamentaux du droit des contrats de consommation.

Malgré les négociations en cours sur la proposition de directive relative aux droits des consommateurs, la Commission a lancé l'actuelle consultation sur les actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats qui aborde trois questions : la nature juridique de toute initiative du droit européen des contrats, son champ d'application (entre entreprises, entre entreprises et consommateurs, national, transfrontalier) et le champ d'application matériel.

Avant de lancer l'actuelle consultation, la Commission a créé via une décision d'avril 2010 un groupe d'experts chargé d'aider à élaborer le contenu d'un instrument basé sur le Draft Common Frame of Reference (projet de cadre commun de référence, ci-après DCFR⁷) dans le domaine du droit européen des contrats.

⁵ Livre vert relatif aux actions envisageables, p.2 et memorandum explicatif, proposition de directive sur les droits des consommateurs

⁶ COM (2008) 614 final du 8 octobre 2008

⁷ Décision de la Commission du 26 avril 2010 portant sur la création du groupe d'experts pour un cadre commun de référence dans le domaine du droit européen des contrats (2010/233/UE)

Consultation sur une décision déjà prise ?

La crédibilité de la présente consultation publique est faible. Même avant le lancement de la consultation, la Commission avait déjà annoncé son intention de proposer un instrument facultatif applicable aux contrats entre entreprises et consommateurs dans sa communication sur la « stratégie numérique pour l'Europe⁸ ».

En outre, selon les propres déclarations de la Commission, le groupe d'experts a été chargé d'étudier la « faisabilité » d'un instrument facultatif pour les contrats entre entreprises et les contrats entre entreprises et consommateurs.

Comment le Collège peut-il remplir son obligation en vertu du traité de procéder à une large consultation sur des questions de politique générale et garantir un processus démocratique et transparent où toutes les parties concernées ont l'occasion de présenter leurs arguments, si d'un autre côté, les commissaires ont déjà pris leur décision, ont investi et continuent à investir des ressources considérables pour promouvoir une seule des options apparemment encore en consultation ?

En raison de cette situation regrettable, le BEUC se focalisera principalement sur l'option IV – l'instrument facultatif – puisqu'elle est clairement celle vers laquelle la Commission tend.

II. REPONSE DU BEUC

A) Argument économique de la Commission – Le droit national des contrats est-il un véritable obstacle à la réalisation du marché intérieur?

À ce jour, la Commission européenne n'a fourni aucune preuve évidente pour démontrer que les disparités entre les droits nationaux des contrats augmentent les frais quand les entreprises offrent leurs produits à l'étranger. La Commission fait fréquemment référence au chiffre significatif de 61% d'offres transfrontalières pour lesquelles des consommateurs n'ont pas pu passer commande⁹. Néanmoins, ce pourcentage n'explique nullement *pourquoi* les professionnels refusent de livrer dans le pays du consommateur. Ce rapport ne donne pas la moindre base pour démontrer que la diversité juridique existante constitue la raison majeure de l'opposition des professionnels à vendre à des consommateurs résidant dans un autre pays. Par conséquent, la conclusion de la Commission selon laquelle les divergences entre les

⁸ Dans cette stratégie numérique, la Commission européenne « [a proposé], d'ici à 2012, un instrument optionnel relatif au droit des contrats, qui complète la directive sur les droits des consommateurs, pour remédier au cloisonnement du droit en la matière, notamment en ce qui concerne l'environnement en ligne », COM (2010) 245 du 19 mai 2010

⁹ YouGovPsychonomics, *Mystery Shopping Evaluation of Cross-Border E-commerce in the EU, Final Report*, octobre 2009, disponible sur http://ec.europa.eu/consumers/strategy/docs/EC_e-commerce_Final_Report_201009_en.pdf [consultation en ligne le 6 janvier 2010]

droits des contrats constituent un obstacle aux ventes transfrontalières, n'est pas une déduction pertinente du rapport.

Au contraire, selon l'Eurobaromètre Flash (n°224, 2008), 74% des commerçants prétendent que des règles harmonisées ne modifieraient que peu ou pas leurs activités transfrontalières¹⁰ et par ailleurs, la littérature universitaire a également considéré que si les frais de transaction existaient, ils seraient rapidement amortis¹¹.

Du point de vue des consommateurs, d'autres facteurs déterminants expliquent pourquoi les consommateurs ne souhaitent pas ou ne peuvent pas acheter dans d'autres États membres : on peut notamment citer les barrières culturelles comme la langue, la préférence pour des magasins traditionnels, la composition démographique de la population et sa culture numérique¹², l'accès limité à l'Internet haut débit¹³, la fiabilité des commerçants en ligne, le manque de choix de moyens de paiement et les frais discriminatoires selon les moyens de paiement offerts, les problèmes de sécurité, la protection des données, les services après-vente, le traitement des plaintes, les limites territoriales des droits de propriété intellectuelle, les pratiques commerciales qui nuisent à la concurrence, etc.¹⁴ Une récente enquête menée par notre organisation membre britannique Which ? indique clairement que, hormis le souhait des consommateurs d'acheter dans leur propre pays plutôt qu'à l'étranger, la principale raison pour laquelle les consommateurs britanniques n'achètent pas dans une société établie dans un autre pays de l'UE tient à la crainte de ne pas pouvoir obtenir un remboursement ou effectuer un échange si quelque chose tourne mal¹⁵.

La Commission européenne n'a pas encore fait valoir ses arguments pour sa théorie économique et devrait tout d'abord prendre en considération d'autres domaines liés aux achats transfrontaliers (en particulier le commerce électronique) et avancer dans ces domaines qui créent réellement de sérieuses difficultés tant pour les consommateurs que pour les entreprises, avant d'amorcer une initiative en matière de droit des contrats qui aurait fort probablement un impact négatif sur les normes de protection des consommateurs.

¹⁰ Eurobaromètre Flash (n°224, 2008), Attitudes des entreprises à l'égard des ventes transfrontalières et la protection des consommateurs – Rapport d'analyse, p. 37 disponible en anglais sur : http://ec.europa.eu/public_opinion/flash/fl_224_en.pdf [consultation en ligne le 6 janvier 2010]

¹¹ V. HEUZE, "De la compétence de la loi du pays d'origine en matière contractuelle ou l'anti-droit européen" in *Le droit international privé : esprit et méthodes : mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz 2004, p. 393-398

¹² En 2008, 47% de la population âgée entre 25 et 34 ans a commandé des biens et services en ligne sur l'année écoulée, tandis que le pourcentage correspondant pour les personnes entre 55 et 64 ans n'est que de 20%, Document de travail des services de la Commission: rapport sur le commerce électronique transfrontalier dans l'Union européenne, SEC(2009) 283, p. 11

¹³ Actuellement, 14 États membres se trouvent sous la moyenne des 27 États membres en ce qui concerne l'accès au haut débit dans les ménages. Dans ces pays, moins de 50% de la population a accès au haut débit : Document de travail des services de la Commission : rapport sur la concurrence numérique en Europe (en anglais), Vol. I, SEC (2010) 627, p. 29

¹⁴ Pour une analyse détaillée de ces préoccupations, voir la réponse du BEUC à la consultation publique sur le commerce électronique (ref: X/078/2010 - 8/11/2010) et la réflexion du BEUC sur le commerce électronique (ref: X/030/2010 - 06/05/10) disponibles en anglais sur www.beuc.eu

¹⁵ L'enquête de Which ? de décembre 2010 sera jointe à la réponse de Which ? à cette consultation;

B) Inquiétudes du BEUC à l'égard d'un instrument facultatif pour les contrats de consommation

Qu'est-ce qu'un instrument facultatif ?

L'application de l'harmonisation complète comme technique réglementaire à tous les aspects fondamentaux du droit des contrats de consommation comme l'a suggéré la Commission en 2008 n'est pas réalisable à ce stade. Cela a été clairement démontré par les négociations du Conseil et du Parlement sur la proposition de directive relative aux droits des consommateurs. Dans ce contexte, il semble que l'adoption d'un instrument facultatif pour les contrats entre entreprises et consommateurs soit désormais considérée comme la nouvelle solution pour remédier au « cloisonnement juridique » considéré comme un obstacle.

Néanmoins, cet « instrument facultatif » n'est pas suffisamment défini dans le Livre vert de la Commission et pourrait revêtir des sens différents selon la manière dont il est perçu.

De nombreuses discussions, dont des déclarations publiques de la Commission¹⁶, ont entouré cet « instrument facultatif » sans donner d'idée précise quant à la manière dont cet instrument fonctionnerait en réalité ou son impact concret sur les consommateurs.

Le Livre vert ainsi que les conclusions du groupe d'experts sur le droit européen des contrats et les explications orales apportées par la Commission aux parties principalement intéressées, permettent de déduire ce qui suit : l'instrument facultatif serait un ensemble de règles **autonomes** conçues pour **remplacer totalement le droit national des contrats** (comme « second régime »).

La Commission **n'a pas encore dévoilé ses intentions** concernant certains éléments essentiels, à savoir :

- Les types de contrats visés (nationaux, transfrontaliers, etc.);
- La nature des produits et services couverts (matériels, numériques, intellectuels);
- La partie au contrat qui choisit l'application de l'instrument facultatif ;
- Les obligations contractuelles visées par l'harmonisation;
- Son lien avec d'autres instruments juridiques (directives, règles nationales impératives, droit international privé).

Principales inquiétudes

En général

Tout nouvel instrument, réglementaire ou non, dans le domaine de la politique des consommateurs se doit d'obéir à certains principes et d'apporter *véritablement une valeur ajoutée pour les consommateurs*. Ces principes devraient être analysés avec toutes les parties prenantes, dont les représentants des consommateurs afin d'adopter une approche d'intérêt équilibrée. Jusqu'à présent, une telle discussion n'a pas eu lieu

¹⁶ COM (2010) 245 du 19 mai 2010

et nous demandons à la Commission de lancer un débat quand les résultats de la consultation seront disponibles.

Commentaires spécifiques

1) Instrument facultatif et règles existantes du droit international privé : perte des règles protectrices impératives dans les États membres

La Commission a indiqué dans son Livre vert que l'instrument facultatif serait adopté comme un « second régime¹⁷ » dans chaque État membre, soumettant ainsi les parties à deux régimes de droit interne des contrats¹⁸.

Même si le choix par les parties de la loi applicable fonctionne comme la règle générale dans le règlement Rome I¹⁹, une telle liberté est limitée, quand elle concerne les contrats de consommation, par la meilleure protection qu'assure la loi du pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle (article 6 (2))²⁰ et, de manière générale, par les lois de police (article 9) et l'ordre public (article 21) du for.

Avec un instrument facultatif primant sur le droit international privé, les consommateurs pourraient ne pas être autorisés à utiliser la protection assurée par les États membres de leur résidence habituelle, ce qui pourrait représenter une perte de droits et une baisse du niveau existant de protection.

Dans les prochains paragraphes, les trois articles en question seront analysés, en portant une attention particulière à la protection des consommateurs en tant que politique développée par les législateurs nationaux.

a) Règles nationales impératives en matière de protection des consommateurs

Conformément à l'article 6 du règlement Rome I, les consommateurs ne peuvent pas être privés de la meilleure protection que leur assurent les dispositions impératives du pays dans lequel ils ont leur résidence habituelle. Cette règle s'applique si une des deux conditions de l'article 6(1) est remplie : soit le professionnel exerce son activité

¹⁷ On parle souvent de 28^e régime lorsque l'on fait allusion à l'instrument facultatif. Il est important de souligner que les deux termes impliquent des conséquences différentes par rapport à l'application des règles de droit international privé : si l'instrument facultatif est conçu comme un **28^e régime**, il peut être considéré comme une « législation étrangère » par les cours nationales et par conséquent il n'outrepasserait pas les règles nationales impératives puisque l'application du droit international privé ne serait pas limitée. En revanche, un **second** régime impliquerait, comme indiqué dans l'avis publié par le Comité économique et social européen en mai 2010, qu'il serait adopté dans le droit national et que l'instrument facultatif coexisterait avec le droit interne des contrats dans chaque État membre. Cela signifie que l'instrument facultatif ferait partie du droit national et par conséquent que les règles du droit international privé ne s'appliqueraient plus.

¹⁸ Livre vert sur les actions envisageables, p. 9

¹⁹ Règlement (CE) n°593/2008 "Rome I"

²⁰ Selon cette disposition, le commerçant peut choisir la loi applicable mais ce choix ne peut cependant avoir pour résultat de priver le consommateur de l'application de meilleures normes de protection que lui assure la loi du pays où il a sa résidence habituelle. Par exemple, Amazon, une société établie au Luxembourg, opère via 4 sites Internet (amazon.co.uk / .it / .fr / .de) en appliquant la loi luxembourgeoise aux clauses contractuelles de toutes les plateformes sans tenir compte des règles protectrices des États membres ciblés.

dans le pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle, soit il dirige cette activité vers ce pays ou vers plusieurs pays, dont celui-ci.

Par conséquent, cela supposerait que dans la plupart des transactions transfrontalières en ligne, les consommateurs puissent actuellement bénéficier de la protection qui leur est accordée dans leur propre pays.

L'instrument facultatif est destiné²¹ à échapper à l'application de ces règles en étant « autonome » et en limitant autant que possible les renvois au droit national²². Cela pose problème puisque manifestement dans de nombreux pays les règles impératives pourraient être plus protectrices que les règles de l'instrument facultatif.

Il est en effet peu probable qu'un instrument facultatif, par rapport à la législation de tous les États membres, assure un niveau suffisamment élevé de protection qui réponde aux besoins et attentes des consommateurs européens. L'instrument facultatif entraînera donc inévitablement une perte de protection au moins pour quelques matières²³.

b) L'entreprise peut choisir la loi applicable au contrat de consommation : la mauvaise interprétation de Rome I concernant les contrats de consommation :

Les explications de la Commission sur l'impact de l'article 6 du règlement Rome I paraissent exagérées et n'offrent pas un tableau général: la Commission semble estimer que le droit du pays du consommateur doit être entièrement respecté dans les contrats transfrontaliers²⁴. En réalité, l'entreprise dans beaucoup de cas et conformément à l'article 6 du règlement Rome I choisit la loi de son pays comme loi applicable.

L'entreprise peut en effet faire un choix pertinent de loi et opter par exemple pour la loi de son pays comme base juridique du contrat. Uniquement en cas de litige, le juge devrait évaluer premièrement si l'entreprise cible le pays du consommateur et dans l'affirmative, si les règles en question équivalent aux règles du pays du consommateur

²¹ Voir la note de bas de page 25 du Livre vert.

²² Livre vert sur les actions envisageables, p. 9.

²³ « (...) les États membres ayant généralement un niveau élevé de protection des consommateurs sont non seulement peu susceptibles de gagner en protection mais, tout bien considéré, risqueraient très probablement de perdre une certaine protection en optant pour un instrument facultatif autonome » M. HESSELINK, "An optional instrument on EU contract law: could it increase legal certainty and foster cross-border trade?", note préparée pour l'Atelier sur l'instrument facultatif pour le droit européen des contrats tenu par la commission JURI au Parlement européen le 27 octobre 2010, disponible en anglais sur : <http://www.europarl.europa.eu/webnp/cms/lang/en/pid/1483> [consultation en ligne le 6 janvier 2010]

²⁴ Livre vert, page 5 : selon la Commission, l'impact de l'article 6 est tel que les entreprises – même si elles choisissent la loi – doivent respecter 26 autres lois: « Pour les entreprises, cette règle signifie que, lorsqu'elles vendent à l'étranger, les contrats qu'elles concluent avec les consommateurs sont soumis aux différentes dispositions en vigueur dans les pays où ces consommateurs résident, qu'un autre droit ait été ou non choisi. Les entreprises souhaitant faire du commerce au-delà de leurs frontières risquent dès lors de supporter des frais juridiques élevés lorsque leurs contrats sont soumis à un droit de la consommation étranger. Dans les cas extrêmes, certaines refuseront peut-être même de vendre leurs produits ou services à l'étranger, de sorte que leurs clients potentiels seront captifs sur leur marché national et privés du choix élargi et des prix plus avantageux offerts par le marché intérieur. Ce cas de figure concerne plus particulièrement les transactions en ligne... »

en termes de protection. Si et seulement si le consommateur était visé et si la loi choisie n'était pas équivalente en comparaison au(x) règle(s) du droit national du consommateur, ces règles plus protectrices devraient être prises en compte.

Ce fait important ne se reflète pas du tout dans le Livre vert de la Commission, ni dans son cahier des charges pour une étude destinée à l'évaluation actuellement en cours des impacts. On peut craindre que les résultats de l'évaluation²⁵ des impacts puissent découler d'une mauvaise description de l'impact sur les (potentiels) commerçants transfrontaliers de l'article 6, paragraphe 2 du règlement Rome I.

Bien des choses pourraient être déjà réalisées si la Commission ainsi que les organisations nationales d'entreprises entreprenaient une campagne de sensibilisation pour les PME sur l'impact réel du règlement Rome I, sur la manière adéquate d'intégrer des clauses juridiques de choix à leurs contrats transfrontaliers avec des consommateurs, et sur l'ampleur des risques encourus dans ce contexte. À notre connaissance, une telle initiative n'a jamais été envisagée.

c) Lois de police

Conformément à l'article 9 du règlement Rome I, une loi de police est *une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics (...)*.

Puisque les différences ne sont pas claires entre ces règles et les dispositions impératives dont il est fait référence à l'article 6, un tribunal peut toujours appliquer la législation en matière de consommation ou certains droits des consommateurs comme lois de police²⁶. L'article 9 de Rome I n'exclut pas son application à ces types de contrats tout en coexistant avec l'article 6 comme *lex specialis*²⁷.

Par exemple, la *Cour de cassation française*²⁸ a décidé en 2006 que les *lois de police* devraient prévaloir dans le cas où les règles impératives en matière de consommation sont inapplicables si les conditions de l'article 5 de la Convention de Rome (article 6 du règlement Rome I) ne sont pas remplies. En d'autres termes, dans certaines circonstances où les règles de protection du consommateur constituent en même temps des lois de police, ces règles pourraient toujours être applicables²⁹.

²⁵ Soumise le 20 décembre 2010 aux parties du « Sounding Board »

²⁶ V. MARQUETTE, "Le Règlement "Rome I" sur la loi applicable aux contrats internationaux", *Revue de Droit Commercial Belge*, N° 6, 2009, p. 531

²⁷ A-L. CALVO CARAVACA et J. CARRASCOSA GONZALEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol II, Granada, Comares, 2008, p. 569

²⁸ Cour de Cassation Française, Arrêt N° 855 du 23 mai 2006

²⁹ D'autres interprétations peuvent être trouvées en Allemagne où dans les années 80 et début des années 90, certains tribunaux ont statué en faveur de l'application du droit allemand de la consommation aux contrats conclus par des consommateurs actifs dans un autre État membre : lors de leurs vacances dans les îles Canaries, des touristes allemands sont entrés en contact avec des vendeurs espagnols et ont été incités à acheter de la literie en laine à un prix élevé, un achat qu'ils ont vite regretté. Les vendeurs considéraient que l'achat était régi par le droit espagnol, qui n'avait pas encore transposé la directive sur la vente en porte-à-porte et qui ne donnait pas aux consommateurs le droit d'annuler le contrat. Toutefois, dans la plupart des cas, le droit allemand qui avait adopté la directive était appliqué et les acheteurs avaient ainsi pu résilier le contrat. (O. LANDO and P. NIELSEN, "The Rome I Regulation", *Common Market Law Review* N° 45, 2008, p. 1724)

d) *Ordre public*

L'ordre public du for établi à l'article 21 du règlement Rome I constitue la troisième limite à l'application d'une loi étrangère. Il fonctionne comme une exception pour protéger les principes et valeurs essentielles de la société à un certain endroit et une certaine époque.

Différentes conceptions de l'ordre public existent au sein des États membres vu qu'il s'agit d'une question liée à la relation entre l'État, le marché et la société civile ou la famille³⁰. Chacun représente les valeurs d'une société exprimées dans leur propre tradition juridique qui ne correspondent pas nécessairement à celles des autres États membres.

Par exemple, en France il existe une distinction entre *ordre public classique* et *ordre public contemporain/économique de protection*. Le premier s'applique pour protéger les valeurs fondamentales de l'État français et le second pour protéger la partie la plus faible dans une relation contractuelle³¹, ce qui démontre que l'*ordre public* français peut être invoqué pour la protection des intérêts individuels.

Au Royaume-Uni, l'ordre public appliqué aux contrats vise davantage la protection des intérêts généraux (par ex, l'objet du contrat s'il est contraire à la *common law*, la bonne gouvernance, etc.) tandis qu'en Italie, il est possible de trouver une distinction entre l'ordre public qui concerne les relations familiales et celui qui concerne les relations économiques³².

Vu que le contenu de l'ordre public diffère d'un pays à l'autre et d'une époque à l'autre, comme cela a été également reconnu par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE³³), il est très peu probable qu'un instrument autonome sur le droit des contrats puisse être compatible avec l'ordre public de tous les États membres.

Conclusions:

- Le fait que la Commission vise clairement à empêcher les consommateurs d'avoir accès au filet de sécurité prévu à l'article 6 du règlement Rome I est une raison suffisante pour s'opposer à l'instrument facultatif³⁴.

Récemment, la Cour fédérale de justice allemande (der Bundesgerichtshof) a estimé que des règles nationales de protection des consommateurs qui vont au-delà de l'harmonisation minimale contraignante d'une directive européenne ne peuvent pas être invoquées comme une disposition internationale impérative (BGH, NJW 2006, 762, 764 dans Urteil Xa ZR 19/8 du 9 juillet 2009 Air Baltic).

³⁰ J. W. RUTGERS, "The DCFR, Public Policy, Mandatory Rules, and the Welfare State" in A. SOMMA, *op. cit.* p. 123

³¹ *Idem.*

³² *Idem.*

³³ Affaire C-36/02, CJUE 14/10/2004, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH contre Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*

³⁴ Livre vert sur les options envisageables, p.9

- L'idée d'un instrument autonome est peu réaliste et engendrerait une insécurité juridique : vu que la différence entre les dispositions de l'article 6 et celles de l'article 9 du règlement Rome I n'est pas clairement établie, un tribunal national pourrait appliquer la législation du consommateur via les deux dispositions comme elles ne s'excluent pas l'une l'autre. Il serait difficile pour un instrument facultatif autonome de remplir les critères de tous les États membres sur les lois de police et l'ordre public, des concepts juridiques qui n'ont pas été harmonisés à l'échelle européenne. Une nouvelle source d'insécurité serait introduite dans la législation protégeant les consommateurs.

2) Choix de l'instrument

La *raison d'être* de la législation protégeant les consommateurs réside dans le fait que, dans un contrat entre une entreprise et un consommateur en raison du déséquilibre manifeste du pouvoir de négociation, il n'y a aucun choix de la part du consommateur concernant le contenu du contrat, mais plutôt une mise en place de clauses contractuelles de la part du commerçant. Les contrats entre entreprises et consommateurs sont en règle générale des contrats d'« adhésion », en opposition au contrat habituel entre entreprises, qui est censé résulter de négociations entre les deux parties.

Le concept d'instrument facultatif ne tient pas compte du fait que dans un contrat type entre entreprises et consommateurs, un consommateur n'a aucun choix à opérer concernant le contenu du contrat. Il n'existe pas de véritable option pour le consommateur.

a) Premier scénario : le choix du consommateur

Cette idée d'appliquer l'instrument facultatif via un « bouton bleu » (« blue button ») a été développée par des universitaires³⁵. Ce concept a principalement été défini pour les achats en ligne. Le commerçant afficherait sur son site Internet un drapeau bleu sous forme d'icône avec l'indication « Sale under EU law » (« vente en vertu du droit européen »). Si le client, qu'il soit consommateur ou non, clique sur ce « bouton bleu », l'instrument facultatif deviendrait la loi applicable à la transaction conclue entre les deux parties³⁶.

Il n'est toutefois pas évident de savoir **entre quels régimes le consommateur est censé choisir**. En effet, conformément au règlement Rome I, les contrats de consommation peuvent être soumis à différents droits puisque le commerçant peut imposer dans les clauses contractuelles l'application d'un droit national autre que celui du pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle (article 6(1)), sans préjudice des règles impératives établies par cette dernière législation qui offre une meilleure protection (article 6(2)).

³⁵ H. SCHULTE-NÖLKE, "EC law on the formation of the contract - from the Common Frame of Reference to the "blue button"", *European Review of Contract Law*, 2007, p.332

³⁶ H. SCHULTE-NÖLKE, "The way forward in European consumer contract law: optional instrument instead of further deconstruction of national private laws", in C. TWIGG-FLESNER (ed.), *European Union Private Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 142

Cette approche ne fait aucun cas de la situation réelle dans laquelle les transactions de consommation sont conclues : **LE CONSOMMATEUR NE PEUT SIMPLEMENT PAS CHOISIR**. D'un côté, lorsqu'il clique sur le bouton bleu, il n'est pas conscient qu'il choisit entre différentes dispositions juridiques, d'un autre côté, et plus fondamentalement, une décision informée et sensée entre deux systèmes de droit des contrats n'est pas possible pour un consommateur, même pour le plus expert³⁷.

Finalement, le scénario selon lequel le commerçant offrirait une diminution de prix si le consommateur choisit l'instrument facultatif n'est pas acceptable dans ce contexte. Le BEUC s'oppose à un échange entre les droits du consommateur et des prix inférieurs. Un tel développement n'est pas tolérable du point de vue de la politique des consommateurs.

b) Second scénario: le choix du commerçant

Selon la manière dont la Commission entend le fonctionnement du marché intérieur, il serait tout à fait logique de donner au commerçant le droit d'imposer (ou non) l'instrument facultatif. En permettant seulement au commerçant de choisir, l'objectif de ne soumettre les entreprises qu'à un seul régime juridique aurait été atteint. Néanmoins, il y a un risque que certains commerçants choisissent en fonction des circonstances : ils appliqueraient les lois (soit les régimes nationaux, soit l'instrument facultatif) qui les arrangent le mieux. Si les commerçants ont l'intention de vendre dans un pays avec des normes de protection des consommateurs plus élevées que l'instrument facultatif, ils appliqueraient l'instrument facultatif pour leurs contrats et priveraient ainsi les consommateurs de leurs normes nationales de protection. Par contre, si le pays visé a des normes potentiellement plus basses, le commerçant pourrait éviter l'utilisation de l'instrument facultatif vu qu'il gagne à appliquer la loi du pays du consommateur.

Conclusions:

- Même si le consommateur avait le choix, il est impossible d'imaginer comment il ou elle pourrait être bien informé(e) sur les caractéristiques de ce régime afin de le comparer avec les règles protectrices de l'État membre dans lequel il ou elle a sa résidence habituelle.
- L'instrument facultatif présente le risque d'un « tri sur le volet » de la part des entreprises : les entreprises seraient aux commandes pour décider de quel niveau de protection le consommateur peut bénéficier.

³⁷ H. MUIR and R. SEFTON-GREEN indiquent que « l'idée du bouton bleu sera politiquement intéressante uniquement pour ceux en faveur d'une diminution des normes de protection pour la partie la plus faible. Bien entendu, le bouton bleu pourrait être politiquement attrayant en termes de visibilité; le cadre commun de référence serait ainsi un instrument transparent tant pour les entreprises que pour le consommateur. Néanmoins, (...) cela devrait paraître évident que la proposition de bouton bleu est une simple invention de l'imagination. Les consommateurs ne peuvent pas choisir le cadre commun de référence, un droit qui n'est pas national, pour primer sur les dispositions impératives du droit de leur propre pays ». H. MUIR WATT and R. SEFTON-GREEN, "Fitting the frame: an optional instrument, party choice and mandatory/default rules" in H-W. Micklitz and F. Cafaggi, *European Private Law after the Common Frame of Reference*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2010, p.216

Ce n'est manifestement pas ce que les consommateurs européens attendent du marché intérieur.

3) Application de l'instrument facultatif aux contrats transfrontaliers et/ou nationaux

Selon la Commission, l'instrument facultatif pourrait être applicable uniquement aux contrats transfrontaliers ou être applicable également aux contrats nationaux et ainsi remplacer le droit national (de la consommation). La seconde option rendrait, dans la pratique, la législation nationale de protection des consommateurs redondante et impliquerait une harmonisation complète de façon détournée du droit de la consommation.

Même si l'instrument facultatif est uniquement applicable aux situations transfrontalières, les commerçants risquent de chercher à appliquer ces mêmes règles aux contrats nationaux. Ils pourraient alors faire pression sur les gouvernements pour permettre l'utilisation de l'instrument facultatif dans un contexte national. Si les commerçants ont le droit de choisir si l'instrument facultatif est applicable ou non, le droit national de la consommation ne sera plus nécessaire en soi.

L'application de l'instrument facultatif à des cas nationaux implique que les consommateurs seront obligés de conclure le contrat conformément à un régime qui leur est complètement étranger et seront par conséquent privés de la protection assurée par leurs propres droits nationaux.

Par ailleurs, la situation décrite au précédent paragraphe pourrait être fortement remise en question du point de vue des principes de proportionnalité et subsidiarité de l'article 5 du traité sur l'Union européenne. L'application de l'instrument facultatif aux contrats purement nationaux ne correspondrait pas aux objectifs de l'Union pour la réalisation du marché intérieur.

4) Niveau de protection des consommateurs

Le niveau de protection des consommateurs dans l'instrument facultatif dépend de différents facteurs, notamment des résultats des négociations sur la directive relative aux droits des consommateurs étant donné qu'elle – selon la Commission – intégrerait littéralement ces dispositions qui seront totalement harmonisées.

Un instrument facultatif engendrerait très probablement une perte ou réduction des droits pour les consommateurs de nombreux États membres.

En effet, si les parties (en réalité, le commerçant) choisissent d'appliquer l'instrument facultatif, le niveau maximal de protection serait le niveau de protection que leur assure ce régime.

En outre, l'expérience avec l'imminente directive sur les droits des consommateurs et ses négociations en cours entre les parties prenantes, montre à quel point il est

difficile d'harmoniser totalement le droit des contrats et en même temps d'offrir aux consommateurs un niveau très élevé de protection.

Conclusions:

- L'application de l'instrument facultatif priverait les consommateurs d'une plus haute protection accordée par les États membres, produisant le même effet que sous un régime d'harmonisation complète.
- Il existe un dilemme inhérent au concept d'instrument facultatif, à savoir qu'il devrait être plus attrayant pour les entreprises – ce qui signifie que le niveau de protection ne peut pas être très élevé – et inspirer à la fois confiance aux consommateurs – ce qui exigerait un niveau véritablement élevé de protection. Il est impossible de concilier les deux exigences.

5) Impact sur les futures politique et législation de protection des consommateurs

Hormis les quatre inquiétudes abordées plus haut, d'autres problèmes liés à l'adoption d'un instrument facultatif compliqueraient son application aux contrats entre entreprises et consommateurs. Les questions suivantes doivent être posées:

- Quelle est la vision et la stratégie de la Commission sur le développement futur de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs et comment s'associe-t-il à l'instrument facultatif/cadre commun de référence ?
- Le chaînon manquant: comment l'instrument facultatif s'associe-t-il à la proposition de directive relative aux droits des consommateurs?



Le lien entre l'instrument facultatif et la proposition de directive sur les droits des consommateurs

Selon les explications de la Commission, les parties totalement harmonisées de la proposition de directive sur les droits des consommateurs seront directement transposées dans l'instrument facultatif. Ces parties de la directive, qui ne seront pas totalement harmonisées, pourraient être intégrées dans l'instrument facultatif soit en reprenant le niveau minimal que les directives respectives ont établi soit probablement en allant au-delà des normes minimales de protection.



La dynamique entre les règles nationales de protection des consommateurs et l'instrument facultatif

Demande d'une évaluation approfondie des impacts

Concernant ces règles impératives du droit national, qui ne sont actuellement pas harmonisées du tout, la Commission ne donne aucune explication. Quelles sont ces règles ? Quel est leur niveau de protection ?

Le BEUC demande à la Commission de mener une étude afin d'identifier les règles nationales impératives qui ne sont pas couvertes par l'acquis communautaire MAIS qui seraient exclues dans le cas où l'instrument facultatif serait appliqué³⁸.

Une telle information serait manifestement nécessaire pour guider l'élaboration de l'instrument facultatif. La Commission européenne devrait procéder à une évaluation très rigoureuse et être transparente par rapport aux impacts concrets sur les droits actuels des consommateurs européens, avant que la décision d'adopter un tel instrument ne soit prise.

En théorie, l'instrument facultatif ne devrait pas affecter le droit national et constitue par conséquent l'instrument le moins défavorable au renforcement de l'harmonisation. Toutefois, ce qui importe pour les consommateurs, ce n'est pas de savoir si oui ou non le législateur européen peut éviter une nouvelle adaptation du droit civil national, mais plutôt quels droits leur seront accordés sous un contrat particulier dans une situation particulière.

L'instrument facultatif permettra seulement de décider quel droit le consommateur aura sous un contrat particulier. Il est donc aussi intrusif qu'une directive d'harmonisation complète ou qu'un règlement. Tout euphémisme concernant le caractère « facultatif », « non-intrusif », « léger » ou « astucieux » de cet instrument devrait être remis en question.

Si la Commission entreprend de laisser le commerçant rejeter les règles nationales impératives en matière de protection des consommateurs, elle devrait fournir une évaluation détaillée des impacts, en présentant clairement pays par pays les règles qui sont en jeu et qui seraient remplacées (ou non) si l'instrument facultatif était appliqué.

Comment mettre à jour la législation protégeant les consommateurs après l'instrument facultatif?

Une autre question importante porte sur la manière dont la Commission envisage la mise à jour nécessaire et le nouveau développement du propre acquis en matière de protection des consommateurs qui est actuellement sous un régime d'harmonisation minimale et qui le restera partiellement, même après l'adoption de la proposition de directive sur les droits des consommateurs.

La question est particulièrement pertinente vu la déclaration récente de la Commission qui affirme son intention d'inclure des règles spécifiques sur les produits numériques dans l'instrument facultatif. Cela est plutôt inquiétant puisque d'un autre côté, la Commission n'a pas intégré de règles spécifiques sur les produits numériques dans la proposition de directive sur les droits des consommateurs et s'est opposée, jusqu'à présent, à l'introduction de telles règles dans les négociations en cours en première lecture.

Le futur « droit » de la consommation sera-t-il uniquement facultatif, laissant aux commerçants la liberté d'utiliser ou non de telles règles ? Les commerçants décideront-ils du niveau de protection offert aux consommateurs ?

³⁸ Lettre du BEUC à Françoise le Bail, Directrice générale de la DG Justice de la Commission, en octobre 2010, (ref.: X/2010/088 - 31/01/2011) disponible sur www.beuc.eu

6) Le DCFR est-il une base adéquate pour un instrument adapté aux besoins du consommateur ?

Le BEUC considère que le DCFR (Draft Common Frame of Reference) – qui est actuellement utilisé par le groupe d'experts de la Commission comme base pour développer un projet d'instrument facultatif – peut difficilement servir de base pour une initiative respectueuse des consommateurs. Alors que, indubitablement, il présente le précieux travail effectué par de brillants universitaires, il est évident que les dispositions du DCFR sont plus ciblées sur le droit civil que sur le droit de la consommation³⁹.

Cela n'est pas sans conséquence vu que les motifs et objectifs de ces deux branches du droit privé diffèrent. La théorie générale du droit civil se base sur le principe de « liberté contractuelle » tandis que dans le droit de la consommation, ce principe est fortement limité pour protéger la partie la plus faible de la relation caractérisée par le manque de pouvoir de négociation⁴⁰.

Le DCFR a par ailleurs intégré une bonne partie de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs qui comprend principalement des directives d'harmonisation minimale. Ces dispositions ont été conçues par les législateurs européens comme des normes *a minima* que les législateurs nationaux peuvent améliorer tout en maintenant ou introduisant une meilleure protection des consommateurs. Par conséquent, dans bien des cas, l'instrument facultatif pourrait convertir l'harmonisation minimale en harmonisation maximale⁴¹ en débouchant sur ce qui a été qualifié de « dumping social⁴² ».

Comme expliqué plus haut, l'instrument facultatif irait au-delà de l'acquis existant notamment en ce qui concerne les aspects du droit de la consommation développés au niveau national et qui n'ont pas été étudiés en profondeur par le DCFR. Cela indique que la Commission européenne ne connaît pas l'impact de l'instrument facultatif par rapport au droit national de la consommation non couvert par l'acquis.

7) Base juridique

Une autre question fondamentale soulevée par les universitaires et parties prenantes concerne le problème de la base juridique pour un instrument facultatif sur le droit des contrats. Les options considérées pour cette base juridique incluent les articles 81, 114 et 352 du TFUE.

³⁹ Voir les commentaires du BEUC sur le Livre vert « Révision de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs » (COM (2006) 744 final), « Esquisser l'avenir des consommateurs européens... », p.41 (ref.: x/030/2007 - 21/05/07) disponible sur www.beuc.eu

⁴⁰ Pour davantage d'information ou d'exemples, se référer aux commentaires du BEUC sur le travail effectué par le groupe d'experts, disponible sur www.beuc.eu

⁴¹ H. MUIR WATT et R. SEFTON-GREEN, *op. cit.*, p.210.

⁴² Le dumping social est compris comme une situation de protection sociale réduite causée entre autres par le manque d'équilibre entre un contrat et une justice ou équité sociale condamnés d'avance et l'impossibilité d'appliquer des règles protectrices renforcées sous l'acquis communautaire : J. W. RUTGERS, "An optional instrument and Social Dumping", *European Review of Contract Law*, 2006

- *Article 81 TFUE*: Coopération judiciaire dans les matières civiles ayant une incidence transfrontière. L'objectif de cet article est de promouvoir la compatibilité des règles applicables dans les États membres en matière de conflit de lois et de compétence. Les mesures adoptées sous cette approche incluent des dispositions réglementaires du droit international privé comme les règlements Bruxelles I et II concernant la compétence judiciaire et les règlements Rome I et II pour la loi applicable. Comme l'instrument facultatif intégrerait des dispositions de droit matériel, l'article 81 ne semble pas convenir pour sa base juridique.

- *Article 114 TFUE*: Cet article est destiné à « arrête[r] 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 ». Pour vérifier si cet article pourrait servir de base juridique pour un instrument facultatif, il convient d'analyser s'il constituerait effectivement une mesure relative au rapprochement des législations. La Cour de justice a établi que la coexistence d'un instrument juridique ne peut pas être considérée comme un rapprochement des législations⁴³. Selon l'option envisagée par le Livre vert, un instrument facultatif « serait conçu comme un second régime dans chaque État membre » proposant aux parties une option entre deux régimes de droit interne des contrats⁴⁴. Cette situation ne peut pas être considérée comme un rapprochement de législation en vertu des clauses de l'article 114 du TFUE. Il ne peut par conséquent pas servir de base juridique pour un instrument facultatif sur le droit des contrats.

- *Article 352*: Cet article autorise l'Union à adopter sous certaines conditions des mesures pour lesquelles le traité n'a pas prévu les pouvoirs d'action requis. De telles conditions renvoient, d'un côté à la procédure à suivre et, d'un autre, au but des mesures qui consiste à atteindre un des objectifs visés par les traités. Comme cela a été signalé précédemment, toutes les actions de l'Union doivent être compatibles avec le principe de proportionnalité et dans ce cas un instrument facultatif de droit des contrats dépasserait l'objectif de réalisation du marché intérieur puisqu'un bon nombre de ses dispositions pourraient ne pas y être liées⁴⁵.

8) Conformité avec les principes de subsidiarité et de proportionnalité

En vertu des principes de subsidiarité et de proportionnalité, l'Union européenne ne peut agir que dans les limites des compétences qui lui sont attribuées dans les traités et tant que le contenu et la forme de son action n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs des traités. Vu que l'instrument facultatif couvrirait de nombreux domaines du droit privé matériel qui ne sont pas pertinents pour le marché

⁴³ Affaire C-436/03, *Parlement européen contre Conseil de l'Union européenne*, CJUE, 02/05/2006. Concernant le choix de la base juridique pour le règlement relatif au statut de la Société coopérative européenne (SEC), la Cour a estimé que : « le règlement attaqué, qui laisse inchangés les différents droits nationaux existant, ne saurait être regardé comme ayant pour objet de rapprocher les droits des États membres applicables aux sociétés coopératives, mais a pour objet de créer une forme nouvelle de société coopérative qui se superpose aux formes nationales ».

⁴⁴ Parallèlement, le Comité économique et social européen a établi que l'instrument facultatif ne primerait pas sur le droit national, mais apporterait plutôt une alternative en laissant son application à la discrétion des parties au contrat (voir point 3.11)

⁴⁵ M. HESSELINK, J. W. RUTGERS et T. DE BOOYS, "The legal basis for an optional instrument on European contract law" *Centre for the Study of European Contract Law, Working Paper Series*, N° 2007/04, p. 65

intérieur, l'Union européenne agirait probablement hors des limites de ses compétences en réglementant ces parties du droit des contrats.

C) Évaluation du BEUC sur les autres options du Livre

Option 1: Publication des résultats du groupe d'experts

Le BEUC accueille favorablement cette option puisque la publication des conclusions du groupe d'experts pourrait servir à un débat ouvert sur les éléments de cohérence et d'uniformité de la future législation européenne (par exemple, en adoptant les mêmes définitions, des règles concernant l'interprétation, etc.) et favoriserait également une approche commune entre les régimes nationaux de droits des contrats. Néanmoins, il conviendrait premièrement d'évaluer les conclusions des travaux du groupe d'experts (puisque ces travaux se basent principalement sur le DCFR, qui est avant tout un projet de droit civil plutôt que de droit de la consommation). Il reste à voir si ces conclusions pourraient également servir dans le domaine du droit de la consommation.

Option 2: Une «boîte à outils» officielle destinée au législateur

Comme pour l'option 1, une boîte à outils pourrait servir à adopter des règles cohérentes et uniformes à l'échelle européenne concernant des aspects du droit des contrats tant qu'elle est considérée comme un projet de droit privé général et non comme une initiative de droit de la consommation. Le Livre vert signale que si une boîte à outils faisait l'objet d'un accord interinstitutionnel, les législateurs devraient renvoyer à ses dispositions lors de la rédaction et la négociation des propositions législatives ayant une incidence sur le droit européen des contrats. Toutefois, les législateurs européens ne seraient pas obligés de suivre ses dispositions dans le cas où des aspects de la législation en matière de consommation ne sont pas suffisamment traités.

Option 3: Recommandation de la Commission relative à un droit européen des contrats

Le Livre vert indique que la Commission pourrait adresser une recommandation aux États membres, qui les inciterait à intégrer les conclusions des travaux du groupe d'experts dans leur droit national sur une base volontaire. La Commission propose également deux alternatives : ces dispositions sont intégrées soit pour remplacer leur législation nationale soit à titre de régime facultatif.

Concernant la première alternative, l'effet ne serait pas différent de la première option vu que l'intégration des règles établies par la recommandation serait toujours à la discrétion des États membres. Néanmoins, la seconde alternative – l'intégration à titre de régime facultatif – ne serait pas favorable d'un point de vue des consommateurs puisque le résultat serait le même que dans le cadre de l'option 4 (instrument facultatif) : les consommateurs seraient soumis à deux régimes de droit des contrats avec des niveaux de protection différents. Comme indiqué précédemment, le BEUC ne peut soutenir cette option.

Option 4: Instrument facultatif

Voir analyse ci-dessus

Option 5: Directive relative au droit européen des contrats

Le BEUC reçoit positivement l'option 5, l'adoption d'une directive relative au droit européen des contrats établissant des normes communes *a minima*. Une telle approche offrirait suffisamment de flexibilité aux États pour intégrer des règles sur le droit des contrats en conformité avec leurs traditions juridiques et avec la possibilité de conserver et introduire des règles protectrices pour les consommateurs.

Le livre vert indique que la solution pourrait ne pas apporter la sécurité juridique requise pour les entreprises qui veulent offrir leurs produits à l'étranger. Le BEUC considère en revanche qu'en établissant une approche commune sur le droit des contrats combinée avec une base de données disponible en ligne reprenant les dispositions qui diffèrent d'un pays à l'autre (par ex, un tableau comparatif avec les éléments principaux qui sont pertinents pour certains types de contrats), un rapprochement des législations et une facilitation des transactions transfrontalières pourraient être atteints.

Option 6: Règlement instituant un droit européen des contrats

Il est évident que l'adoption d'un règlement instituant un droit européen des contrats qui pourrait substituer à la législation nationale n'est ni faisable ni politiquement souhaitable. Le BEUC n'est pas en faveur de cette option.

Option 7: Règlement instituant un code civil européen

Comme indiqué précédemment pour l'option 6, un code civil européen n'est pas une solution réaliste à ce stade vu le caractère contraignant et formel d'un code qui ne correspondrait pas à la diversité des concepts de droit civil des États membres.

III. PROPOSITION DU BEUC: LA "HUITIEME OPTION"

Le BEUC aimerait ouvrir une discussion sur une option supplémentaire pour faciliter les activités transfrontalières, en développant un outil utile tant pour les entreprises que pour les consommateurs sans priver ces derniers de la protection assurée par le droit national (pour les rares cas pour lesquels cela s'avérerait encore nécessaire).

La huitième option (en rapport avec les sept options présentées par la Commission dans le Livre vert) se baserait sur des contrats types européens combinés à un système de règlement extrajudiciaire des litiges (système « ADR »), développé en ligne.



Contrats types européens

Adoptés sous forme d'instrument non contraignant (« soft law »), les contrats types seraient élaborés – comme un premier projet pilote – pour les ventes à distance avec un ensemble clair de règles (avantage pour les entreprises : contrats prêts à l'emploi) qui offriraient un niveau véritablement élevé de protection (avantage pour les consommateurs : très haut niveau de protection, mais sans perte de la protection

assurée par les règles de leur propre pays dans les (rares) cas où celles-ci seraient meilleure pour le consommateur et qu'il y aurait litige).

Une telle initiative cadre également avec l'intention de la Commission de suggérer une proposition législative sur les modes alternatifs de résolution des conflits (« ADR »), notamment le règlement des litiges en ligne d'ici fin 2011. L'utilisation du contrat type requerrait l'adhésion des entreprises à un organe « ADR » qui traiterait les plaintes transfrontalières.

L'introduction d'un tel système créerait une situation où les deux parties y gagneraient, les consommateurs aussi bien que les entreprises: il apporterait aux entreprises un instrument pratique et dans la plupart des cas prêt à l'emploi – qui serait traduit dans toutes les langues – tout en offrant un très bon niveau de protection aux consommateurs. Le niveau élevé de protection dans ce contrat type serait choisi selon son équivalence avec la législation actuelle des États membres. Par conséquent, il y aurait très peu de risque que d'autres règles de droit national soient prises en compte en cas de litige conformément au règlement Rome I.

Par ailleurs, grâce à l'association obligatoire avec un système « ADR » en ligne (système « ODR »), les problèmes potentiels entre consommateurs et entreprises seraient résolus rapidement, facilement et de manière peu onéreuse. Pour les entreprises, le fait qu'un système « ODR » efficace puisse résoudre les conflits potentiels minimiserait significativement le risque qu'elles soient poursuivies dans un pays étranger (le pays de résidence du consommateur conformément au règlement de Bruxelles I).

Le BEUC travaille actuellement sur cette proposition et la présentera dans les semaines à venir.

FIN