

L'uniformisation du droit dans une perspective européenne, l'exemple du cas avorté du droit commun de la vente

*Jean-Sylvestre Bergé**

La question passionnante de la réforme du droit est examinée dans cette contribution à travers le prisme des initiatives européennes tendant à l'uniformisation du droit national des Etats membres. L'Europe juridique dont il est question ici est l'Union européenne (UE – 2009), anciennement Communauté économique européenne (CEE – 1957), devenue Communauté européenne (CE – 1992). Cette UE s'est notamment donné pour ambition de réaliser deux grands espaces : l'espace du marché intérieur et l'espace de liberté, de sécurité et de justice. Au titre du premier d'entre eux, le marché intérieur, la question s'est posée de manière récurrente de l'uniformisation du droit des contrats des Etats membres. De nombreuses initiatives ont été menées en ce sens. Si l'on couvre la période de 2003 à aujourd'hui, on peut dire que l'uniformisation du droit des contrats dans une perspective européenne dessine une généalogie en six temps successifs qui ont conduit à ce que l'on peut appeler « le cas avorté du droit commun européen de la vente ».

L'étude de cette non-réforme du droit européen permet de mettre au jour les difficultés propres à l'espace européen quand il s'agit de réformer en profondeur son droit pour conduire à une uniformisation des solutions juridiques.

Les six temps de la généalogie sont les suivants :

- I. Un premier travail sur le vocabulaire : l'acquis communautaire
- II. L'hypothèse d'un 28^{ème} droit
- III. Le droit commun européen de la vente et sa nature « nationale »
- IV. Des études savantes systématiques
- V. Un processus d'adoption voué à l'échec
- VI. Le retour à une réforme plus modeste du droit existant

Nous les envisagerons tour à tour.

* Professeur à l'Université de Lyon (Université Jean-Moulin – Lyon 3), membre de l'Institut universitaire de France. Le style oral de cette contribution a été conservé.

I. UN PREMIER TRAVAIL SUR LE VOCABULAIRE : L'ACQUIS COMMUNAUTAIRE

A l'initiative de la Commission européenne,¹ différents groupes de chercheurs ont travaillé en Europe à l'élaboration d'un « cadre commun de référence » lequel s'inscrit dans un vaste mouvement de réflexion sur la formation d'un droit européen des contrats. En décembre 2007, plusieurs projets ont été présentés par ces différents groupes à la Commission, laquelle a été amenée à se prononcer sur leur devenir dans le courant de l'année 2009.² Au titre de ces projets, figure un travail conduit sur le thème de l'existence d'une « Terminologie contractuelle commune », sous l'égide de l'Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française et de la Société de Législation Comparée.³

Une réflexion de ce type soulève de multiples questions. La plus intéressante sans doute porte sur le vocabulaire utilisé pour procéder au travail de comparaison. A cet égard, deux difficultés principales se posent : celle du choix des « termes contractuels » et celle du vocabulaire utilisé pour dessiner la géographie de la comparaison. Sur le premier point, l'existence même d'une « terminologie contractuelle commune » à plusieurs espaces suppose une recherche sur le sens commun de différents termes contractuels mis ainsi en comparaison. L'ouvrage retient neuf entrées principales – *Contrat / Obligation – Devoir / Acte juridique – Fait juridique / Règles impératives et Ordre public / Bonne foi / Faute – Manquement / Préjudice / Dommages et intérêts – Indemnité / Anéantissement [du contrat ou d'une clause contractuelle]* – qui regroupent chacune une multitude de termes. Sur le second point, les auteurs de cet ouvrage ont adopté le parti, qu'il faut approuver, d'intégrer à leur analyse un nombre important de sources nationales, internationales et européennes, en prenant soin de distinguer systématiquement le niveau interne ou national, du niveau international ou européen.

-
- 1 Un droit européen des contrats plus cohérent. Un plan d'action, COM (2003) 68 final.
 - 2 Sur les différents projets et leur articulation, v. B. FAUVARQUE-COSSON *Droit européen des contrats : les offres sont faites, les dés non encore jetés*, Recueil Dalloz 2008, 556.
 - 3 *Terminologie contractuelle commune – Projet de cadre commun de référence*, Association Henri Capitant et Société de Législation Comparée (Avant-Propos : B. FAUVARQUE-COSSON et D. MAZEAUD ; Introduction : A. TENENBAUM), (éd. Société Législation comparée, Paris 2008) 532 p. Ce travail a été coordonné par Aline TENENBAUM. Il est le fruit d'une œuvre collective réunissant rédacteurs (C. CHENAIS, G. GUILLAUME, A. TENENBAUM) et collaborateurs (F. CHENEDE, C. PERFUMI, I. POPOVA, TH. RIEHM).

II. L'HYPOTHÈSE D'UN 28^{ÈME} DROIT

En 2010, le mot est publiquement lâché : l'Union européenne préparerait sous l'impulsion de la Commission un « vingt-huitième système » de droit des contrats,⁴ apte à s'appliquer de manière alternative aux vingt-sept droits nationaux des contrats alors applicables dans les différents États membres. Tel est l'enseignement que l'on peut tirer du communiqué de la Commission rendu public le 21 mai 2010⁵ et qui s'inscrit dans cette volonté de donner une impulsion nouvelle au cadre commun de référence élaboré en droit européen des contrats.⁶

Cette annonce appelle différents niveaux de lecture. Au premier niveau, il est possible d'observer que la référence à un « vingt-huitième système », compris comme un ensemble organisé de solutions juridiques ayant vocation à s'ajouter à ceux existant dans les différents États membres, n'est pas nouvelle. Elle a été notamment utilisée par le passé dans le domaine de la protection sociale où l'élaboration d'un outil européen de coordination des systèmes nationaux a été conçue comme un droit « n+1 » n'ayant pas vocation à se substituer aux droits nationaux mais au contraire à s'y ajouter.⁷

L'hypothèse d'un vingt-huitième système soulève un deuxième niveau de lecture. Ce dernier n'est pas propre à la matière contractuelle. Il vaut pour l'ensemble des objets juridiques susceptibles d'entrer dans le champ d'intervention du droit européen. De manière abstraite et générale, on peut dire que ce deuxième niveau de lecture s'articule autour deux options possibles : celle d'un droit européen qui alimente, telle une source, un droit des contrats construit, pour l'essentiel, dans le format et selon les canons des législations nationales et celle d'un droit européen capable de construire un objet juridique distinct de celui que nous côtoyons en droit national.

Quel visage veut-on donner à la construction d'un vingt-huitième droit européen des contrats ? Va-t-il emprunter les traits d'un droit national et être rédigé à l'image d'un titre 3, livre 3 du Code civil ? Il s'agirait alors de construire un « système » de solutions à part entière avec tout ce que cela implique en termes de recherche de complétude et de cohérence. Au contraire, va-t-il se construire de manière autonome, distinctement du droit national

4 Rappelons qu'à l'époque l'UE ne comptait que 27 États membres (avant l'adhésion de la Croatie en 2013). La figure du 28^{ème} droit désignait alors l'hypothèse d'un droit européen venant s'ajouter aux 27 droits des États membres.

5 Commission européenne (UE), communiqué IP/10/595, 21 mai 2010.

6 Sur cette dynamique, voir B. FAUVARQUE-COSSON, Un nouvel élan pour le cadre commun de référence en droit européen des contrats, *Recueil Dalloz* 2010, 1362.

7 Par exemple, à propos du Règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil, du 14 juin 1971, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés et à leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, modifié.

avec une approche juridique du contrat différente de celle que nous lui connaissons dans les vingt-sept contextes nationaux des États membres ?

Entre ces deux options, il faut choisir. Implicitement la Commission a semblé s'orienter dans cette communication vers la première possibilité. Celle qui offre le plus de visibilité et qui correspond le mieux à l'image que les spécialistes de droit des contrats se sont forgée de leur matière dans leurs systèmes juridiques nationaux.

Mais ce n'est peut-être pas la plus réaliste. A chaque fois que le droit européen a voulu imiter des institutions juridiques empruntées à d'autres niveaux que le sien, il s'est heurté à de sérieux obstacles. On en veut pour exemple passé, le Traité de Rome (2004) établissant une « Constitution » pour l'Europe. On songe, de manière plus actuelle, aux difficultés rencontrées par la monnaie unique européenne créée par substitution de monnaies nationales mais en marge d'une gouvernance économique de dimension réellement européenne.

Toutes choses égales par ailleurs, le droit européen des contrats pourrait connaître le même sort.

III. LE DROIT COMMUN EUROPEEN DE LA VENTE ET SA NATURE « NATIONALE »

En 2011, la Commission présente sa fameuse *Proposition* de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente.⁸

En tant que telle, la proposition ne s'inscrit pas dans une conception que l'on peut qualifier de radicale des rapports entre le droit national et le droit européen. En effet, le droit commun européen de la vente n'a pas vocation à faire disparaître le droit national. Notre droit français de la vente, par exemple, n'est pas affecté dans son énoncé par cette proposition d'instrument européen. Le droit européen vient, au contraire, s'ajouter à lui, comme un régime optionnel que les parties à un contrat transfrontière ont la possibilité, si elles le peuvent et le veulent, de choisir.

La Commission a pourtant fait le choix de présenter ce droit européen comme un droit de nature « nationale ». C'est ainsi qu'on peut lire dans l'exposé des motifs qui précède la proposition de règlement que

« le droit commun de la vente sera un *second régime de droit contractuel au sein du droit national de chaque Etat membre*. Lorsque les parties seront convenues de faire usage du droit commun européen de la vente, ses dispositions seront les *seules règles*

8 Com(2011) 635 final.

nationales applicables pour les matières relevant de son champ d'application, auquel cas, *aucune autre règle nationale ne pourra s'appliquer* ».⁹

Ces formules à l'emporte-pièce rappellent la théorie du « dédoublement fonctionnel » telle qu'elle a été développée à propos du juge national chargé d'appliquer le droit international.¹⁰ Nous aurions ici affaire à un dédoublement fonctionnel de la loi européenne, ayant vocation à emprunter la nature juridique de normes nationales.

La portée juridique de cette assertion est nulle. Par nature, un exposé des motifs de ce type n'a pas vocation à figurer dans le règlement proprement dit, lequel comportera, comme il est d'usage, les seuls considérants, articles et éventuelles annexes.

Elle n'en reste pas moins intéressante dans la mesure où elle donne une indication sur l'état d'esprit dans lequel les auteurs de ce projet ont entendu le présenter. En affirmant par différents biais la nature « nationale » du droit commun européen de la vente, la Commission emprunte une posture radicale qui nous semble aussi fautive qu'inutile. Cette position doit nous faire réfléchir à l'importance des différents niveaux d'application du droit et à la nécessité pour les acteurs du droit européen de demeurer, au stade de l'énoncé de ce droit, au niveau européen qui est le leur.

Dire que le droit commun européen de la vente est un droit de nature nationale est tout simplement faux. D'un point de vue formel, le règlement est un instrument de droit européen dérivé ayant les traités de l'Union européenne comme base juridique. Sa validité et son interprétation relèvent du contexte juridique européen.

Au regard de son contenu, le droit commun européen de la vente a également une dimension européenne. Il a vocation, en effet, à s'appliquer à des contrats transfrontières européens (article 4 de la proposition : le contrat doit présenter des points de localisation dans des États différents et une des parties au moins doit être établie dans un État membre), chaque fois qu'il est choisi par les parties comme droit applicable. Il ne saurait donc être analysé comme un droit national applicable, pour l'essentiel, à des situations internes.

Si la Commission a cherché à mettre en exergue la nature nationale de ce projet de droit commun européen de la vente, c'est peut-être qu'elle a voulu prendre en considération la faculté laissée aux États membres d'appliquer le règlement à des situations internes (article 13 a. de la proposition). Dans ce cas, en effet, le droit commun européen de la vente se confond avec un droit national appliqué de manière ordinaire à des contrats présentant des éléments de localisation sur un seul territoire national. Cette justification

⁹ Non souligné dans le texte, p. 6 in fine et 7 *in limine*, Com(2011) 635 final, préc.

¹⁰ G. SCELLE, Précis de droit des gens. Principes et systématique (Paris 1932) spéc. vol. 2, 317 et s.

n'en est pas moins critiquable. C'est, en effet, aux États et à eux seuls de décider de la portée éventuellement interne du droit commun européen de la vente. A ce stade du processus, la Commission n'a donc pas à préjuger de la décision qui pourrait être prise par chacun des États membres. Par ailleurs, l'exercice de cette option par les États membres soulève de graves difficultés de sorte qu'elle risque fort de demeurer une hypothèse d'école ou d'application marginale. Deux raisons peuvent conduire un Etat à exercer cette faculté : soit l'Etat décide de renoncer purement et simplement à son droit national de la vente, pour lui préférer, par substitution, le droit commun européen de la vente ; soit il décide de s'engager dans la voie de la coexistence de deux droits « nationaux » d'applicabilité concurrente. La première option ne nous semble guère envisageable (quel Etat va amputer son droit civil, commercial et de la consommation d'une partie seulement de son contenu pour satisfaire une préférence européenne, avec toutes les difficultés d'articulation que ce choix implique ?). La seconde est inutilement complexe (comment expliquer à des juristes nationaux, notamment à nos étudiants, qu'ils disposent de deux droits « nationaux » de la vente d'application alternative pour des situations internes identiques ?).

Si l'affirmation du caractère national du projet de droit commun européen de la vente ne s'appuie pas sur la nature juridique de l'instrument, c'est sans doute qu'elle traduit, plus modestement, une démarche volontariste qui consiste pour la Commission à prêter au texte de droit européen des vertus équivalentes à celles qu'on est en droit d'attendre d'un droit national. Cette attitude peut se comprendre dans la mesure où elle permet d'amplifier le discours sur le caractère « autonome » du règlement européen (sur l'affirmation du caractère autonome de la proposition de règlement, voir le considérant n° 29). Le message est clair. En choisissant le droit commun européen de la vente, les parties à un contrat transfrontière s'extraient totalement de l'application d'un droit national étatique concurrent, elles choisissent un autre droit. Pour que ce choix leur paraisse pertinent, il faut que le droit commun européen de la vente présente une autonomie au moins équivalente à celle d'un droit national de la vente. En disant que le droit européen est un « autre » droit national, la Commission cherche à conforter cette autonomie.

Si l'usage de cette allégorie du « droit européen » présenté comme « droit national » se comprend, il n'est pas certain qu'elle serve à grand-chose. Elle nous semble, en effet, assez vaine. Il y a trois raisons à cela. Tout d'abord, le droit commun européen de la vente ne s'applique pas ou ne règle pas, de l'aveu même de la proposition de règlement, toutes les questions juridiques susceptibles de se poser à l'occasion d'une opération de vente. Il a, comme la très grande majorité des textes de droit européen, un caractère incomplet, ce qui fragilise considérablement ses velléités d'auto-

nomie. A la différence d'un droit national qui a vocation à offrir une palette complète de solutions, l'instrument de droit européen demeure dépendant, au moins pour partie, de réglementations autres, notamment nationales.

Ensuite, à supposer même que le règlement offre une solution à une question de droit posée à l'occasion de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat de vente, il y a fort à parier que son interprétation autonome ne deviendra réalité qu'au terme d'un processus extrêmement long. L'apprentissage, par l'ensemble de la communauté des juristes, du contenu éventuellement propre, c'est-à-dire autonome, des notions que le règlement utilise, ne saurait se faire en un jour. Très nombreux sont les cas où les juristes de droit interne se contenteront de reproduire les notions qu'ils connaissent en droit national à l'occasion de l'application de l'instrument de droit européen. La Cour de justice aura beau vouloir faire un travail d'unification, il lui faudra des dizaines et des dizaines d'années pour stabiliser quelques-unes seulement des notions qui lui paraîtront devoir mériter une interprétation véritablement autonome.

Enfin, le texte de la proposition de règlement entretient une certaine ambiguïté sur la question de l'application des dispositions impératives protectrices des consommateurs. Dans le dispositif en vigueur en droit positif actuel, on sait que le consommateur ne peut, dans un certain nombre de cas, être privé de la protection assurée par la loi du pays où il a sa résidence habituelle, nonobstant le choix d'une loi d'un autre Etat.¹¹ Pour éviter que le consommateur ne soit privé de la protection assurée par la loi du pays où il a sa résidence habituelle, chaque fois que le droit commun européen de la vente est choisi par les parties, la proposition de règlement affirme que la comparaison des droits nationaux est neutralisée du fait de la présence dans chaque droit national d'un droit commun européen de la vente qui garantit un niveau de protection des consommateurs égal ou supérieur à l'acquis existant.¹² En supposant qu'elle puisse être vérifiée par les spécialistes de droit de la consommation, l'affirmation par le règlement d'un niveau supérieur ou égal de protection des consommateurs n'épuise pas, nous semble-t-il, l'exercice de comparaison avec les droits nationaux. La présence d'un droit commun européen de la vente ne fait pas disparaître, on l'a vu, les droits nationaux. Il s'ajoute à eux et ne se substitue pas à eux. Contrairement à ce que prétend la Commission, on ne peut donc exclure l'hypothèse où le droit national du pays de la résidence habituelle du consommateur définirait un niveau de protection supérieur à celui prévu par le droit commun européen de la vente, choisi comme droit applicable par les parties au

11 Art. 6 § 2 du Règlement n° 593/2008 (Rome 1) sur la loi applicable aux obligations contractuelles.

12 V. en particulier, exposé des motifs, p. 13 et les considérants 11 et 12 du règlement.

contrat. L'application de la proposition de règlement ne saurait donc être totalement autonome.

Ces différentes remarques montrent, nous semble-t-il, que la Commission a confondu deux étapes distinctes dans le raisonnement juridique. En pensant le contenu du droit commun européen de la vente en termes de « droit national », elle a cru pouvoir garantir sa meilleure application au niveau national. Or il s'agit là de deux questions différentes. Le contenu d'un texte de droit européen ne peut être pensé autrement qu'au niveau européen. Il ne sert à rien de travestir un règlement de l'Union européenne en lui faisant endosser les attributs d'un droit national qu'il n'est pas.

En revanche, il est très important de résoudre, le plus en amont possible, les difficultés évidentes d'articulation que soulève l'application d'un texte européen de ce type dans le contexte national ou même international.¹³ Plutôt que de chercher à minimiser ces questions d'articulation, la proposition de règlement gagnerait grandement en qualité à les expliciter. Cette perspective n'est évidemment envisageable que si l'on accepte de considérer que, dans le contexte notamment européen, le droit se décline au pluriel (ici que le droit européen de la vente vient s'ajouter et non se substituer à un droit national et international de la vente) et que son application doit être considérée à différents niveaux (national, international et européen). Cette double considération laisse peu de place à la radicalisation, d'où qu'elle provienne : nationale ou, comme ici, européenne.

IV. DES ÉTUDES SAVANTES SYSTÉMATIQUES

Ce quatrième temps, que nous ne ferons qu'évoquer ici, est important. Il marque l'engouement de la doctrine pour la proposition de règlement portant droit commun européen de la vente. Deux initiatives (parmi d'autres) méritent d'être présentées.

La première, dirigée par O. Deshayes,¹⁴ se subdivise en deux parties à peu près égales. La partie I réunit dix contributions qui passent en revue différents thèmes-clés : la place de cet instrument eu égard à la technique plus générale des instruments optionnels, son caractère autonome, son interprétation et son application, son champ d'application, la manière dont il appréhende la formation du contrat, son contenu et les moyens d'action en cas d'inexécution. La seconde partie contient une table de concordance qui

13 Sur ce dernier aspect, notons que la proposition prend soin de viser à différentes reprises la question de l'articulation de cet instrument avec la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises, v. notamment le considérant 25.

14 O. DESHAYES (éd.), *Le droit commun européen de la vente – Examen de la proposition de Règlement du 11 octobre 2011*, coll. TEE (SLC, Paris 2012) 449 p.

établit ainsi une sorte de généalogie entre le texte de la proposition de droit commun européen de la vente et d'autres textes qui l'ont précédé : la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises, les principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international, les principes du droit européen des contrats, le projet de cadre commun de référence et la Directive 2011/83/UE relative aux droits des consommateurs.

La seconde initiative est un commentaire,¹⁵ article par article, de la proposition de règlement (le règlement proprement dit puis ses annexes dont, naturellement, l'annexe I qui forme le cœur du dispositif). Il a été dirigé par R. Schulze qui est l'un des grands inspirateurs d'un droit civil de dimension européenne. Quinze contributeurs venus de toute l'Europe (on signalera dans l'équipe la présence de deux spécialistes français de droit des contrats) ont ainsi prêté main-forte. Le travail se veut systématique, jusque dans les entrées de chaque article. Quatre paragraphes sont, en effet, le plus souvent proposés : fonction, contexte, explication et critique. Même si le travail se veut synthétique, l'appareil scientifique est généralement très nourri de sorte que le lecteur est très souvent invité à poursuivre sa réflexion au moyen d'autres références documentaires ou critiques.

V. UN PROCESSUS D'ADOPTION VOUE A L'ECHEC

Le processus législatif est alors engagé. En juillet 2012, la proposition avait été transmise au Conseil de l'UE, au Parlement européen et au Conseil économique et social européen. Le Conseil de l'UE, dans sa formation « Justice et affaires intérieures » (JAI), s'est penché à trois reprises sur la proposition. Lors de la dernière réunion qui s'est tenue les 7 et 8 juin 2012, les ministres des 27 Etats membres de l'Union européenne ont décidé de repousser à plus tard l'examen de la question débattue de la base juridique de l'instrument et de privilégier la discussion sur le droit de la vente proprement dit, énoncé en annexe.¹⁶

Ce choix est critiquable, en ce qu'il relègue à l'arrière-plan les questions de politique juridique tenant à l'articulation (et donc à la nature juridique) de ce droit européen avec le droit international et les droits nationaux existants.

Décider de privilégier l'examen de l'annexe à la proposition de règlement (notamment l'annexe I : « Droit commun européen de la vente », soit 88 pages et 186 articles de réglementation du contrat de vente) sur le texte

15 R. SCHULZE (éd.), *Common European Sales Law (CESL) – Commentary* (Baden Baden 2012) 780 p.

16 Pour un compte rendu public de cette réunion : http://www.consilium.europa.eu/ue_docs/cms_data/docs/pressdata/fr/jha/130836.pdf

du règlement proprement dit (16 pages, 37 considérants, 16 articles), c'est tout simplement décider de terminer par le début !

L'Union européenne n'a pas, on le sait, de compétence générale à l'image de la compétence reconnue aux États. Elle n'a que des compétences d'attribution qui sont conférées par les traités européens. Le choix de la base juridique est déterminant. C'est lui qui ouvre une perspective législative européenne et qui conditionne la marche à suivre.

Dans la proposition de règlement, la base juridique envisagée est l'article 114 du TFUE, c'est-à-dire la procédure ordinaire de rapprochement des législations nationales qui a « pour objet l'établissement du marché intérieur ». Ce choix, comme n'importe quel choix de ce type, est sujet à discussion. On peut notamment se demander si l'instauration d'un droit commun européen de la vente est bien de nature à « établir » le marché intérieur, c'est-à-dire à faciliter les échanges, dans le respect des principes de subsidiarité et proportionnalité applicables en présence d'une compétence partagée en l'UE et ses États membres, ce qui est le lot du marché intérieur (article 3 TFUE). On peut s'interroger sur l'impact de cet instrument sur des actions européennes qui relèvent d'autres bases juridiques : en matière d'harmonisation des règles de conflit de lois (article 81 TFUE) ou de protection des consommateurs (article 169 TFUE). On peut, enfin, se demander si une autre base juridique ne devrait pas lui être préférée (article 352 TFUE), laquelle implique, néanmoins, un vote à l'unanimité.

Ces discussions sur la base juridique sont un préalable, non pas seulement institutionnel, mais également matériel. Le choix de la base juridique marque, en effet, l'empreinte que le système juridique de l'Union européenne entend exercer sur un droit de la vente qu'elle déciderait d'adopter au niveau régional. De multiples alternatives sont, en effet, envisageables. On n'écrit pas un droit commun européen de la vente de la même manière s'il s'agit : 1° de faciliter des échanges économiques transfrontières par l'émergence d'un droit de portée internationale, concurrent de textes existants (article 114 TFUE), 2° de promouvoir un niveau élevé de protection des consommateurs qui suppose, le cas échéant, une remise en cause de certaines politiques d'harmonisation dite « maximale » (article 169 TFUE), 3° de définir un droit équivalent à un droit de niveau national qui soulève de difficiles questions en droit international privé (article 81 TFUE) ou 4° de construire un modèle véritablement européen de la vente, détaché de telle ou telle politique ou action européenne particulière (article 352 TFUE).

Or ces discussions sont reportées à la fin du processus précise le Conseil « Justice et affaires intérieures » (Communiqué de presse, p. 20). Faute d'accord sur le sujet, l'étude du droit commun européen de la vente proprement dit est devenue une étape préalable.

L'annexe I de la proposition de règlement formalise la substance du droit commun européen de la vente. Les acteurs politiques qui composent le Conseil entendent s'atteler à sa lecture et son éventuelle modification (le Conseil économique et social européen a d'ores et déjà fait des propositions en ce sens). Autrement dit, l'instance politique qu'est le Conseil fait le choix de travailler d'abord des questions techniques avant de se poser des questions politiques.

Pour mener à bien ce travail de technicien (au sens le plus noble du terme), les ministres des 27 États membres de l'Union européenne seraient avisés de prendre appui sur les travaux des experts. L'expertise foisonne en ce domaine et elle s'organise à l'échelon national et européen. Nos ministres doivent-ils s'intéresser à ces démons (petits et grands) qui hantent l'esprit des meilleurs spécialistes de la matière. Nous avons interrogé l'un d'eux, voici le petit échantillon qu'il nous a livré :

« la définition même du contrat (notamment dans une perspective d'harmonisation, sinon d'unification, à l'échelon international) ; l'encadrement juridique des pourparlers (notamment la nature de la responsabilité) ; la protection du consentement c'est-à-dire les vices du consentement mais aussi les techniques plus contemporaines du type délai de réflexion / délai de rétractation (faut-il leur faire une place en droit commun ?) ; pour en rester aux vices du consentement, l'erreur, la violence et le dol posent problème car leur encadrement légal est aujourd'hui lacunaire ; le « contenu du contrat », au travers de l'objet et de la cause, revient sempiternellement sur le tapis, sachant qu'il est impossible de raisonner la cause, sans répercussions sur l'objet (et vice versa, à tel point que la suppression de la cause se traduirait vraisemblablement par la réintégration de ses fonctions dans un objet redéfini) ; la lésion, bien évidemment, qui est au cœur de tout sans être nulle part... Que faut-il en faire dans un système certes libéral mais également social ? ; quant à l'exécution : les clauses abusives (à la frontière formation / exécution) : quel sort leur réserver en droit commun, par-delà les relations de consommation (essentiel) ? ; les clauses limitatives et élusives de responsabilité ; évidemment l'imprévision... (essentiel) ; les sanctions de l'inexécution avec notamment le problème de la place de la résiliation unilatérale ; le lien entre manquement contractuel et faute civile délictuelle ; évidemment la bonne foi / le raisonnable / la confiance légitime, standards qui ont également toute leur place au stade de la formation en considération de leur plasticité... s'agit-il de normes ou de principes directeurs propres à déterminer la création des normes ou à infléchir l'application desdites normes ? » etc.

En supposant qu'une instance politique telle que le Conseil puisse ne serait-ce qu'évoquer quelques-uns de ces sujets difficiles, il est souhaitable que personne ne perde de vue les discussions de dimension proprement européenne.

Commencer par la fin et finir par le début est une méthode de travail comme une autre. Mais ça n'est pas la plus facile. Elle suppose un effort

très grand d'anticipation et, en l'occurrence, le maniement subtil de deux cultures juridiques : l'une en droit des contrats, l'autre en droit européen.

La suite montrera que les instances législatives européennes ont été incapables de fournir un effort de cette envergure et qu'elles ont dû abandonner le projet.

VI. LE RETOUR A UNE REFORME PLUS MODESTE DU DROIT EXISTANT

Sans mot dire, la proposition de règlement portant un droit commun européen de la vente va être abandonnée à la faveur notamment d'un renouvellement de la Commission en 2014.

Un succédané va lui être trouvé dans deux nouvelles propositions de directives qui tendent à uniformiser certaines des règles nationales applicables aux contrats de consommation conclus au titre de la fourniture de services sur Internet ou en ligne et à distance au titre de la vente de biens.¹⁷

C'est ainsi que l'on peut lire dans les deux exposés de motifs :

« Comme annoncé par la Commission dans son programme de travail pour 2015, ces deux propositions s'appuient sur l'expérience acquise lors des négociations sur un règlement relatif à un droit commun européen de la vente. Elles ne suivent notamment plus l'approche d'un régime optionnel et d'un corps complet de règles. Les propositions contiennent, au contraire, un ensemble de règles ciblées et totalement harmonisées. Elles tiennent également compte d'un certain nombre d'amendements adoptés par le Parlement européen en première lecture concernant la proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente, en particulier la restriction du champ d'application à la vente en ligne et à toute autre vente à distance de biens et l'extension du champ d'application à certains contenus numériques fournis en échange d'une contrepartie non pécuniaire ».¹⁸

Les deux propositions s'efforcent donc de tirer profit des travaux antérieurs menés au titre du projet de droit commun européen de la vente mais pour, cette fois-ci, embrasser une vieille ambition européenne : l'harmonisation totale des législations nationales des Etats membres en matière de contrats conclus par les consommateurs.

Les deux propositions de directive s'inscrivent dans une finalité commune : uniformiser certaines solutions juridiques applicables aux contrats de consommation visés. Le but est clairement affiché : « Les États membres

17 Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant certains aspects des contrats de fourniture de contenu numérique (COM/2015/634 final) ; Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant certains aspects des contrats de ventes en ligne et de toute autre vente à distance de biens (COM/2015/635 final).

18 COM (2015) 634 et 635 final, exposé des motifs, 2.

ne maintiennent ni n'introduisent des dispositions divergeant de celles établies dans la présente directive, y compris des dispositions plus strictes ou plus souples visant à assurer un niveau différent de protection du consommateur ».¹⁹

Cet objectif a le mérite de la clarté. Le syndrome d'une harmonisation totale révélée tardivement par la jurisprudence de la Cour de justice²⁰ est encore dans tous les esprits.

La justification de cette harmonisation totale est connue : s'agissant de mesures législatives impératives, comme ici avec la protection des consommateurs, il est préférable que les mêmes règles s'appliquent dans l'espace européen, spécialement pour des situations contractuelles nées à distance et qui sont susceptibles de couvrir plusieurs territoires juridiques nationaux.

C'est donc sans grande surprise que l'on trouve sous la plume de la Commission un argumentaire bien rodé pour justifier cette paradoxale mais nécessaire absence de marge de manœuvre laissée aux Etats dans le travail de transposition de la directive.²¹

Aussi convenu soit-il, un tel discours n'est pas à l'abri de toute discussion. On se limitera ici à deux remarques.

D'une part, l'harmonisation totale ne vaut que pour le domaine effectivement couvert par la directive. Les expériences passées – on songe, par exemple, à l'affaire Leroy Somer²² – ont montré que le terrain privilégié de discussion d'un processus d'harmonisation totale devait être conduit sur la délimitation exacte de ce domaine. Il ne saurait en être autrement pour ces deux propositions de directive si elles venaient à être adoptées.

D'autre part, l'harmonisation totale n'existe réellement que si, dans le domaine uniformisé par la directive, l'instrument est capable de s'affranchir de tous les particularismes nationaux. Pour cela, il est nécessaire que la Cour de justice livre un travail long (par petites touches, arrêts après arrêts) et aléatoire (le juge européen ne commande pas l'ordre des questions qui lui sont présentées par les juges nationaux de renvoi) d'interprétation autonome de l'ensemble des notions juridiques mobilisées par la directive.

En définitive, ces deux textes renouent avec un vieux rêve du droit européen : l'uniformisation des solutions nationales. Cette volonté ne peut être comprise que pour ce qu'elle est : la poursuite d'un projet ambitieux dont la réalisation dépend de la capacité de l'ensemble des acteurs du droit européen (nationaux et européens) à identifier les exactes limites auxquelles il

19 Respectivement, art. 4 et 3 des propositions COM (2015) 634 et 635 final.

20 V. notamment, CJCE, 25 avril 2002, aff. C-52/00, Commission c. France à propos de la directive 85/3714/CEE sur la responsabilité du fait des produits défectueux.

21 V. en particulier, les motifs 3 à 9 du préambule des deux propositions de directive.

22 CJCE, 4 juin 2009, Moteurs Leroy Somer, aff. C-285/08.

est nécessairement confronté. Le chemin du droit européen est encore long, ce qui, pour un droit somme toute très jeune, n'est pas très surprenant.

*
* *

Pour conclure, qu'il nous soit permis une formule : réformer le droit, c'est faire du droit.

Réformer et donc faire du droit européen, c'est nécessairement accepter d'embrasser une opération complexe qui requiert une connaissance fine de la nature de la construction européenne, ce que des acteurs majeurs de ce droit, tels que la Commission européenne, feignent parfois d'ignorer ... mais ce, toujours à leurs dépens !

Lyon, le 23 janvier 2018