



HAL
open science

Le technocrate et l'imbécile : Essai d'explication du droit commun européen de la vente

Vincent Heuzé

► **To cite this version:**

Vincent Heuzé. Le technocrate et l'imbécile : Essai d'explication du droit commun européen de la vente. La Semaine juridique. Édition générale, 2012. hal-02075233

HAL Id: hal-02075233

<https://hal.science/hal-02075233v1>

Submitted on 21 Mar 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Le technocrate et l'imbécile : Essai d'explication du droit commun européen de la vente.

(Publié au JCP, éd. G., 2012, 1225)

La proposition de règlement relatif au droit commun européen de la vente concerne exclusivement les contrats conclus par les consommateurs et les PME. Son adoption, incompatible avec les pouvoirs de l'Union européenne, aurait pour résultat de priver les professionnels de toutes les protections que les droits nationaux leur garantissent lorsqu'ils traitent avec des entreprises plus puissantes. Faute d'aucune autre explication plausible, ce résultat semble bien en constituer le seul et véritable objectif.

1 La proposition de règlement « relatif à un droit commun européen de la vente », que la Commission européenne a publiée le 11 octobre dernier, constitue un nouveau témoignage de ce à quoi la « construction » de l'Europe sert désormais de prétexte. Ce texte a pour objet la formulation de règles uniformes applicables à la vente internationale. Et en guise de justification, il allègue que les divergences entre les législations nationales seraient un obstacle (une « entrave ») aux échanges, parce qu'elles motiveraient « la pratique commerciale du refus de vente » à laquelle les acheteurs se heurteraient « souvent » lorsqu'ils s'adressent à un fournisseur étranger¹. En dépit des prétentions scientifiques des méthodes utilisées pour établir la réalité de cette « entrave »², le marasme économique ambiant suffirait à faire naître le soupçon du fantôme si des règles uniformes n'existaient pas déjà. Pourtant, la Commission n'ignore pas celles qui résultent de la Convention de Vienne du 12 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises (CVIM), à laquelle elle se réfère expressément. Et elle n'ignore pas davantage l'exceptionnel succès que cette Convention a rencontré : à ce jour, 78 États l'ont ratifiée ou y ont adhéré, parmi lesquels figurent 23 des 27 pays membres de l'Union. Si, véritablement, l'uniformité du droit favorise le développement des échanges, pourquoi contrarier celle qui existe déjà par un texte concurrent ?

2 Sans doute est-il vrai que celui que la Commission propose s'avère d'un triple point de vue plus complet que la CVIM. À la différence de celle-ci, il a vocation à s'appliquer aux contrats conclus par les consommateurs, et il comporte des règles gouvernant la validité même de la vente. Surtout, il couvre les accords qui associent à la fourniture d'un bien une prestation de service accessoire et dispense donc souvent d'avoir à résoudre l'épineuse difficulté de la qualification de certains contrats.

Si on la compare à la Convention de Vienne, cette proposition semble ainsi devoir être saluée comme un progrès. Mais cette appréciation appelle aussitôt un réflexe de prudence. Car comme en avertissait justement Robert Musil dans « L'homme sans qualité », la bêtise ressemble « à s'y méprendre au progrès, au talent, à l'espoir ou au perfectionnement ». Ne faut-il pas craindre en l'occurrence de confondre, par un jugement trop hâtif, le progrès et la bêtise ?

Le progrès réalisé par ce texte réside dans le domaine qu'il s'assigne. Il n'exclut pas que la bêtise pourrait résulter de son adoption. Par conséquent, il n'empêche nullement, mais oblige au contraire à se demander à quoi celle-ci pourrait être utile, si on la suppose déjà permise.

¹ Exposé des motifs, p.4 et p. 5, et considérant n° 5.

² Sur les garanties réellement offertes par ces méthodes, voy. infra, note 7.

3 Le « droit commun européen » ne prétend se substituer à rien : il viendrait seulement s'ajouter à ce qui existe, en s'intercalant, sous la forme d'un instrument optionnel, entre les règles de sources nationales et celles de la Convention de Vienne. Il présente donc un caractère purement facultatif, et plus facultatif encore que l'est cette dernière : un accord des parties, qui est nécessaire pour exclure l'application de la CVIM, serait au contraire la condition de l'applicabilité du droit européen de la vente.

Cette exigence étonne.

Comment faut-il comprendre que le progrès que le texte, au moins par son domaine, réalise, et qui ne peut qu'inspirer à ses auteurs une légitime fierté, soit seulement offert à l'adhésion des parties ? Pourquoi ne pas plutôt l'imposer comme droit commun de la vente, et donc de toutes les ventes, dans chacun des États membres ?

4 Cette timidité, ou cette modestie de la technocratie bruxelloise est trop inhabituelle pour ne pas intriguer. Et elle intrigue d'autant plus qu'elle n'est pas sans limite : ce texte n'en semble pas moins mériter, aux yeux de la Commission, d'être adopté sous la forme d'un règlement, c'est-à-dire d'un instrument contraignant et directement applicable dans tous les États membres. Pourquoi ne pas plutôt le proposer comme une loi-type, c'est-à-dire comme un modèle, qu'il serait seulement recommandé à ces derniers d'intégrer dans leur propre législation ? Une telle solution aurait l'évident avantage de respecter les exigences de l'État de droit, en désarmant les critiques déduites de l'absence de pouvoirs des autorités communautaires en matière de droit privé, en général, et de droit des contrats, en particulier³. Et elle ne compromettrait aucunement les buts apparents de l'entreprise : si les règles formulées permettent un véritable progrès, pourquoi faudrait-il craindre l'opposition ou même la simple indifférence des États membres ? Leurs parlements nationaux, qui ont, dans leur très grande majorité, autorisé la ratification de la Convention de Vienne, et ainsi montré qu'ils n'étaient pas insensibles aux bienfaits de l'uniformisation du droit de la vente internationale, méritent-ils vraiment d'être considérés comme inaptes à leurs fonctions ?

5 Quel est donc l'enjeu réel de ce nouvel attentat contre la démocratie ? Car celui-ci ne peut être fortuit, non plus que gratuit : on sait, par expérience, de quelles malhonnêtetés les autorités communautaires sont capables⁴. Il est par conséquent, non pas seulement concevable, mais hautement probable qu'il correspond à un dessein que risquerait de contrarier l'exercice de la démocratie.

Aussi bien faut-il allier la prudence à la méfiance, et soumettre à un examen attentif le texte proposé, sans rien négliger des éclaircissements qu'en offre à la fois l'exposé de ses motifs et ses considérants introductifs. Et ce que cet examen révèle est que, si les auteurs de cette proposition se sont interrogés sur l'utilité de leur action, ils l'ont fait à la manière de l'adjudant soucieux de vérifier le parfait apprentissage du manuel d'instruction militaire par les nouvelles recrues de son escadron : la question qu'ils se sont posée (I) n'est rendue intelligible que par les termes mêmes de la réponse exigée (II).

I. « De quoi sont les pieds ? »

³ Voy. sur cette suggestion V. Heuzé, « à propos d'une initiative européenne en matière de droit des contrats » : JCP, 2002.I.152

⁴ Voy nos articles « D'Amsterdam à Lisbonne, les compétences de l'Union européenne en matière de conflits de lois » : JCP, 2008, I, 166 et « La Reine Morte : La démocratie à l'épreuve de la conception communautaire de la justice » : JCP, 2011, I, 359 et 397.

6 S'il est proposé d'adopter un « droit commun européen de la vente », c'est parce que celui-ci, par hypothèse, correspondrait à un besoin. Mais lequel ?

Pour répondre à cette question, il faut établir une distinction fondamentale, qui oblige à la débarrasser du brouillard dont la Commission n'a que trop évidemment cherché à l'envelopper. Le texte n'est pas applicable à toutes les ventes : d'après l'article 7 de la proposition de règlement, il ne vise que celles qui sont conclues, soit par un consommateur, soit par une petite ou moyenne entreprise. Mais ce sont les premières que concernent presque exclusivement les explications de la Commission : celle-ci décrit de manière insistante les avantages que produirait, selon elle, un droit à la fois uniforme et hautement protecteur des intérêts des consommateurs.

7 Il n'est certainement pas indispensable de s'interroger sur la valeur de ses allégations⁵. Chacun sait, en effet, que les consommateurs n'invoquent presque jamais les règles de droit qui leur donneraient pourtant raison dans les litiges qui les opposent aux professionnels, parce qu'ils en sont dissuadés par le coût des procédures autant que par la faiblesse de leurs enjeux financiers. Il suffit, pour s'en convaincre, de parcourir les recueils de jurisprudence : alors que les contrats qui sont, *tous les jours*, conclus par les consommateurs en France se comptent *en centaines de millions*, le nombre de procès dont ils sont l'occasion ne dépasse pas *quelques dizaines par an*. Cette réalité s'explique par le fait qu'en pratique, la protection des consommateurs est assurée par les lois du marché, lorsqu'ils traitent avec des commerçants honnêtes, qui ne comptent que sur la satisfaction et la fidélisation de leur clientèle pour le développement de leurs affaires, ou par le droit pénal et le droit de la concurrence, lorsqu'ils contractent avec les autres. Le droit civil n'a lieu de s'appliquer que dans des cas exceptionnels, qui concernent essentiellement des biens d'équipement. Mais pour leur financement, les consommateurs ont alors le plus souvent recours au crédit. Or, sans qu'à aucun moment en soit fournie la moindre justification, l'article 6 de la proposition de règlement exclut précisément du domaine de celui-ci les ventes à tempéraments. Force est donc de conclure que le texte, considéré du point de vue de l'objet qui lui est ostensiblement donné par la Commission à titre principal, ne sert quasiment à rien.

8 Il reste donc à s'intéresser à son objet prétendument secondaire, ou accessoire, c'est-à-dire les ventes conclues par les PME. Et s'interroger à nouveau, mais seulement à son propos, sur le besoin qu'il viserait à satisfaire. Parce que ses enjeux pratiques ne sont plus alors totalement dérisoires, la question est en effet essentielle pour apprécier la pertinence, à la fois du fondement invoqué à l'appui de l'action entreprise et du domaine qui lui est attribué.

A) Le fondement de la proposition de règlement.

9 La proposition de règlement invoque comme unique fondement l'article 114 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, aux termes duquel « le Parlement européen et le Conseil,..., arrêtent 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 ».

⁵ Voy. sur ce point G. Paisant, « La proposition d'un droit commun de la vente ou l'espéranto contractuel de la Commission européenne » : JCP, 2012, I, 560.

Cette référence est d'une importance assurément capitale. Non pas, bien sûr, parce que les termes de l'article 114 sont manifestement incompatibles avec l'objet de cette proposition⁶ : on ne voit pas comment il serait encore permis aujourd'hui de se faire la moindre illusion sur la valeur qu'accorde à ce genre d'objections la Commission européenne ; mais parce qu'elle marque une étape majeure dans sa politique de confiscation du pouvoir en Europe.

10 On sait que, jusqu'à présent, celle-ci ne s'est traduite que par des intrusions limitées dans le domaine du droit privé, qui sont principalement résultées, sauf en matière de conflits de lois et de juridictions, de simples directives, et qui se recommandaient toutes, quitte à en violer la lettre, de dispositions particulières du Traité, propres à certaines questions pour lesquelles une compétence spéciale est attribuée à l'Union.

Cela n'empêchait pas, pour autant, de nombreuses résolutions, communications, ou consultations publiques⁷ relatives à un droit européen des contrats, ou des obligations en général, voire d'un Code civil européen. Mais si toutes ces initiatives étaient très utiles pour la préparation des esprits, leur consécration effective butait sur l'absence flagrante de compétence de l'Union. Et malgré l'extension constante de ses attributions depuis 1957, aucun traité ne lui a encore confié le pouvoir, en plus et au-delà de celui qui lui est reconnu, par exemple en matière de droit international privé, de transport ou de protection des consommateurs, de formuler des règles uniformes dans le domaine du droit privé en général.

Dans la stratégie du coup d'état permanent qui inspire la Commission, la proposition examinée correspond donc à un cap qu'il est essentiel de franchir sans encombre, puisqu'elle ne manquera pas d'être ultérieurement invoquée à titre de précédent, et de servir ainsi de prétexte à une uniformisation de la totalité des règles de droit privé en Europe.

11 On commence peut-être alors à mieux comprendre pourquoi cette proposition, non seulement se donne une ambition apparemment si modeste, mais se décrit elle-même comme principalement destinée à garantir aux consommateurs un niveau de protection élevée : qui pourrait bien s'offusquer d'une violation des principes de l'État de droit motivée par une si noble cause, et résultant d'un texte purement facultatif pour les parties ? Et l'on comprend mieux également pourquoi son objet ne se limite cependant pas aux seules ventes conclues par les consommateurs : si tel avait été le cas, il eût fallu viser, en plus de l'article 114 TFUE, l'article 169, ce qui eût considérablement amoindri l'autorité du précédent que le texte cherche à créer.

12 Ces considérations expliquent donc les besoins que la proposition de règlement permettrait de satisfaire pour la technocratie européenne elle-même. Mais elles ne fournissent

⁶ Les « dispositions législatives des États membres » relatives au droit de la vente n'ont pas « pour objet » l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur : elles ont pour objet ... la réglementation de la vente ! Et le pouvoir dont dispose l'Union de prendre des « mesures relatives au rapprochement » des législations des États membres n'est pas le pouvoir d'*élaborer* en leur lieu et place une législation ayant pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur. Voilà pourquoi l'article 114 précise que ces mesures ne peuvent tendre qu'à l'*harmonisation*, et non à l'*uniformisation* desdites législations.

⁷ On sait en effet que la Commission prétend remédier au « déficit démocratique structurel » de la construction européenne, non seulement en permettant aux multiples lobbyistes employés à temps plein pour influencer ses décisions de les inonder de leurs « études » ou « enquêtes », mais encore en proposant de les rémunérer à cette fin, grâce à ses procédures « d'appel d'offres » lorsqu'ils se donnent à eux-mêmes le titre de « centres de recherche », « d'expertise », etc. On ne s'étonnera donc pas que, comme Cécile Péres l'a montré « La participation citoyenne peut elle être une véritable source du droit européen des contrats ? », RDC, 2011/1, p. 11), la Commission n'attend le plus souvent de ces différentes consultations « des parties intéressées » que de quoi étayer ce qu'elle est d'emblée résolue à imposer.

toujours pas la réponse à la question que nous nous posons : quand bien même on considérerait, comme tente de le faire accroire la Commission, que l'article 114 TFUE attribuerait à l'Union le pouvoir d'adopter toutes les règles de droit uniforme, quels qu'en soient la nature ou l'objet, qui lui semblent propices à l'établissement ou au fonctionnement du marché intérieur⁸, en quoi celles qu'elle propose méritent-elles, pour réaliser cet objectif, d'être exclusivement offertes à l'adhésion des PME, lorsqu'elles concluent des ventes « transfrontières », telles que ces règles les définissent ?

C'est naturellement à l'examen du domaine de la proposition qu'oblige cette interrogation.

B) Le domaine de la proposition de règlement.

13 L'article premier de la proposition de règlement décrit « la finalité et l'objet » de celui-ci de la façon suivante : « le présent règlement a pour objet de favoriser les conditions d'établissement et de fonctionnement du marché intérieur par la création d'un corps uniforme de règles en matière contractuelle ».

L'article 4, qui réserve l'application de ce corps de règles « aux contrats transfrontières », précise : « un contrat entre professionnels est un contrats transfrontière lorsque les parties ont leur résidence habituelle dans différents pays dont l'un au moins est un État membre ».

Le rapprochement de ces deux dispositions laisse perplexe. Il en résulte que toute vente conclue par une entreprise dont l'une a sa « résidence habituelle » dans un pays membre, alors que son cocontractant serait par exemple établi en Chine ou au Brésil, touche à « l'établissement et au fonctionnement du marché intérieur ». Mais en quoi le marché sur lequel ces parties opèrent mérite-t-il d'être ainsi qualifié « d'intérieur » ? En quoi se distingue-t-il du, ou d'un, « marché extérieur » ? Ce n'est pas de l'établissement d'un marché intérieur que la Commission se préoccupe : c'est de celui d'un marché « ouvert ». Il faut donc conclure que, pour la Commission, « favoriser les conditions d'établissement » du marché intérieur consiste à fondre celui-ci dans le marché mondial et par conséquent *faire obstacle* à « l'établissement d'un marché intérieur » !

14 Pour autant, et en toute hypothèse, ce n'est pas dans cette définition du champ d'application dans l'espace du règlement qu'il faut espérer trouver l'explication du domaine *ratione personae* qui en est proposé : si l'exposé des motifs (p. 7) assure que le texte examiné est « conforme à la politique de l'Union visant à aider les PME à mieux profiter des possibilités qu'offre le marché intérieur », il n'est nullement exigé, lorsque l'une seulement des parties est une PME, qu'elle soit celle qui a « sa résidence habituelle » dans un État membre. Étrangement, la « politique d'aide aux PME » que mène l'Union aurait donc vocation à profiter à toutes les PME, même lorsqu'elles ne sont pas établies à l'intérieur de l'Union !

15 Il reste donc à se demander en quoi consiste en l'occurrence cette « politique d'aide aux PME ». Selon l'exposé des motifs (p. 1), la proposition de règlement est justifiée par « les

⁸ Ce dont il résulterait, non seulement que toutes les dispositions du Traité qui fixent spécialement les attributions de l'Union, ou qui prévoient pour leur exercice un recours à de simples directives n'auraient plus la moindre utilité, mais encore que les principes de proportionnalité et de subsidiarité proclamés par l'article 5 TUE seraient définitivement vidés de toute portée : si l'uniformité est réellement et toujours la condition du fonctionnement du marché intérieur, alors elle est nécessairement compatible avec ces principes puisqu'elle ne peut résulter que d'une action de l'Union.

coûts de transaction élevés » que représente, dans « les ventes transfrontières », la « négociation de la législation ».

La difficulté évoquée n'est pas contestable, même s'il faut beaucoup d'audace à la Commission pour s'en prévaloir : l'Union n'en est-elle pas responsable ? Comment pourrait-on en effet oublier que les règles de conflit de lois en matière contractuelle ont été fixées par elle, sous prétexte, déjà, que leur uniformisation était « nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur » (règlement Rome I, considérant 5) ? Et que c'est donc le règlement Rome I qui a consacré en la matière le principe d'autonomie pour les besoins du « bon fonctionnement du marché intérieur », en postulant ainsi qu'il était « nécessaire » à celui-ci de permettre qu'un contrat, par exemple conclu entre une entreprise française et une société allemande, soit soumis par elles à la loi malgache ou bolivienne !

16 Mais si l'on fait abstraction de cette observation, on ne peut nier que, du fait de cette liberté de choix illimitée offerte aux parties, et des comparaisons auxquelles elle les incite à se livrer entre les différentes législations du monde, « les coûts de négociation de la législation », sont potentiellement considérables. Ce que l'on ne voit pas, en revanche, c'est en quoi « le droit commun européen » permet d'y remédier, dès lors qu'il doit lui-même, pour être rendu applicable, faire l'objet d'un accord entre les parties. Et force est de constater que les explications de la Commission n'apportent sur ce point aucun éclaircissement.

En effet, lorsque les PME sont en relation « avec des sociétés plus puissantes », qui peuvent en conséquence leur imposer leur volonté, la seule existence de ce « droit commun européen » ne suffit évidemment pas à garantir que c'est sur lui que se portera le choix de leur partenaire. En quoi l'adoption du règlement dispensera-t-elle alors ces PME d'avoir « à supporter les coûts qu'impliquent les recherches sur le droit étranger applicable au contrat et le respect de ce droit », ainsi que le donne pourtant à entendre la Commission (exposé des motifs, p. 3) ?

Et en quoi les dispensera-t-elle de ces mêmes coûts lorsque, à l'inverse, ce sont elles qui seront en situation de force dans « la négociation de la législation » ? Car alors la solution la moins coûteuse consisterait évidemment pour elles à imposer le choix de leur propre droit national, puisque c'est lui qui régit déjà l'ensemble des ventes qu'elles concluent dans le pays où elles sont établies, et qu'il est donc celui auquel elles ont habituellement à se conformer. Par conséquent, si elles souhaitent profiter des avantages du *law shopping* voulu par l'Union, l'examen de l'adéquation du « droit commun européen » à leurs intérêts, suivant la nature des différents biens sur lesquels portent leurs opérations et leur qualité, tour à tour éventuellement, de vendeuse ou d'acheteur, ne peut, fatalement, que représenter un surcoût, par rapport aux frais qu'elles supportent aujourd'hui.

17 En d'autres termes, l'adoption du règlement proposé aura, nécessairement, un effet contraire à celui qui lui est assigné puisqu'elle se traduira par un texte supplémentaire à étudier, avec progressivement toute la jurisprudence dont il sera l'occasion. Il est, dans ces conditions, d'autant plus impossible de croire que la réduction des « coûts des transactions » est réellement le but que la Commission poursuit que la justification qu'elle donne à la délimitation du cercle des bénéficiaires de sa politique achève de révéler combien elle se soucie peu de la vraisemblance de ses allégations : d'après les études qu'elle aurait menées, « aucun besoin d'action » n'aurait été « constaté » pour ce qui concerne les « contrats conclus entre des professionnels dont aucun n'est une PME » (exposé des motifs, p. 11) ! Autrement dit, les coûts de transactions seraient indifférents aux grandes entreprises aujourd'hui ... ce qui n'empêche pas que certains indices doivent déjà faire craindre qu'il en ira différemment

demain puisque le règlement prévoit qu'il devra, « au plus tard 5 ans » après son entrée en vigueur, être soumis à un réexamen précisément destiné à vérifier s'il ne méritera pas d'être alors étendu à l'ensemble des ventes transfrontières (art. 15) !

Décidément, la Commission a une bien piètre opinion du niveau d'intelligence de ceux à qui s'adressent ses explications !

Il faut donc faire une fois de plus le constat que, si elles ont nécessairement une utilité, elles ne servent pas à l'expression de la vérité. Faute de pouvoir s'y fier, l'élucidation des objectifs qu'elle poursuit ne peut dépendre que de l'examen des résultats concrets que produirait l'adoption de sa proposition. C'est exclusivement ainsi que l'on peut espérer répondre à la question de savoir enfin « de quoi sont les pieds ? ».

II. « L'objet de soins constants »

18 Comme on le remarquait dès l'introduction, il est assez troublant qu'un texte simplement proposé à l'adhésion des parties, et par conséquent peut-être voué en pratique à un total insuccès, soit conçu sous la forme d'un règlement, c'est-à-dire d'un instrument contraignant pour les États membres. Cela démontre que la Commission juge indispensable que le droit commun européen de la vente, facultatif pour les parties, soit impératif pour les États. Et que par voie de conséquence, le droit éventuellement impératif des États, par l'effet de la liberté de choix donnée aux parties, soit rendu facultatif pour celles-ci. Tel est donc le « progrès » réellement attendu.

On ne saurait d'ailleurs s'en déclarer surpris : n'est-ce pas ce à quoi tend, de manière obsessionnelle depuis une quinzaine d'années, chacune des initiatives de la Commission dans le domaine contractuel ? N'est-ce pas en particulier le but que poursuivaient, aussi bien la proposition de « directive Bolkenstein » sur les services⁹ que le règlement Rome 1 sur la loi applicable aux obligations contractuelle¹⁰ ?

19 La seule originalité du texte proposé réside donc dans le fait qu'il se présente comme une alternative à ces solutions étatiques. Et qu'il ne s'offre cependant comme tel que lorsque l'un des contractants est un consommateur ou une « micro, petite ou moyenne entreprise ».

Par là même, il donne à croire qu'il se préoccupe du sort des agents économiques les plus modestes et les plus fragiles, c'est-à-dire d'une catégorie de contractants dont le point commun réside dans le fait qu'ils semblent dignes d'une égale sollicitude : pourquoi sinon les regrouper, en tant que destinataires conjoints et exclusifs du « droit commun européen », et les distinguer ainsi des opérateurs plus puissants ? Seule la volonté de protéger les faibles pouvant justifier leur rapprochement, c'est ce souci de protection qui inspirerait donc la proposition de règlement.

Voilà évidemment ce que vise à suggérer le domaine attribué à celle-ci. Et voilà donc la croyance que la Commission entend faire naître auprès de tous ceux – l'immense majorité – qui ne se livreront pas à un examen des termes mêmes de ce texte. Car ce que révèle une lecture attentive de celui-ci est bien différent.

⁹ Voy. V. Heuzé « De la compétence de la loi du pays d'origine en matière contractuelle ou l'anti-droit européen », Mél. Lagarde, Dalloz, 2004, 393.

¹⁰ Voy. notre article « L'honneur des professeurs de droit », JCP, 2007, I, 116.

20 Lorsque le contrat est conclu avec un consommateur, le droit commun européen est presque intégralement impératif. Et la raison en est, selon l'exposé des motifs (p. 7), que « la présente proposition s'inscrit dans l'objectif d'assurer un niveau élevé de protection des consommateurs », ce qui montre que la Commission connaît la différence qui sépare un « droit » des contrats d'un simple « modèle » de contrats pouvant tout aussi bien être élaboré par une organisation professionnelle ou un éditeur juridique privé. Il faut en déduire, puisque la politique qu'elle mène conduit le plus souvent à en douter, qu'elle n'ignore nullement que des règles impératives en matière contractuelle ne sont en rien incompatibles avec une organisation économique libérale, mais constituent au contraire le seul moyen de garantir le caractère juste et utile du contrat, c'est-à-dire ce dont, voici un siècle exactement, Eugène Gounot a montré que dépend la raison d'être même de la consécration juridique de toute obligation contractuelle¹¹.

21 Pourtant, c'est cette garantie que, non seulement refuse, mais encore vise à interdire la Commission lorsque le contrat est conclu entre des professionnels dont l'un est une PME : les règles alors applicables sont pour la plupart non impératives et au surplus beaucoup moins exigeantes que celles qui gouvernent les relations avec les consommateurs.

En conséquence, il apparaît que l'objectif même que le texte poursuit est de priver les PME de toutes les protections que les droits étatiques leur assurent lorsqu'elles contractent avec des entreprises plus puissantes ! Pour s'en convaincre, il suffit d'examiner le sort que le droit commun européen leur réserve suivant que ces PME occupent alors la position d'acheteur (A) ou de vendeur (B), à partir du traitement auquel il soumet ce que Judith Rochfeld appelle justement la « cause typique » de chacune des obligations engendrées par le contrat de vente¹² : le prix et la remise, en propriété, d'une chose conforme¹³.

A) La situation de l'acheteur professionnel, partie faible.

22 Lorsqu'une PME occupe, dans ses relations avec une entreprise plus puissante, la position d'acheteur et que le bien d'équipement ou les marchandises livrées par le vendeur déçoit ses attentes, le droit commun européen lui reconnaît le bénéfice d'une garantie qui n'est guère éloignée de celle dont elle jouirait d'après le Code civil français, et qui est fondamentalement identique à celle que lui accorde la CVIM. La différence avec ce dernier texte réside dans le fait que celui-ci, faute de régir la validité des clauses du contrat, ne permet pas au vendeur de s'exonérer de cette garantie : c'est de la *lex contractus*, c'est-à-dire de la loi étatique qui régit le contrat, que cette permission éventuelle dépend.

Lorsque cette *lex contractus* est la loi française, le sort de la clause exclusive ou limitative de garantie paraît donc devoir dépendre de la nature du défaut invoqué¹⁴ : s'il résulte d'une différence avec ce dont les parties étaient expressément convenues, la clause est en principe valable, mais à condition que cette différence ne soit pas telle qu'elle équivaille à une inexécution totale de l'obligation de délivrance, et qu'elle ne soit pas due à une faute lourde ou dolosive du vendeur ; en revanche, si ce défaut serait justiciable de la qualification de « vice caché », au sens des articles 1642 et suivants du Code civil, la clause est nulle par principe, sauf lorsque le contrat a été conclu entre des professionnels de la même spécialité.

¹¹ E. Gounot, Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, th. Dijon, 1912.

¹² J. Rochfeld, Cause et type de contrat, LGDJ, 1999.

¹³ il s'agit de la « cause typique » des obligations engendrées par la vente, puisqu'elle est celle qui permet effectivement de caractériser ce « type de contrats » et donc de le distinguer, par exemple, d'une partie de poker.

¹⁴ Voy. sur ce point V. Heuzé, La vente internationale de marchandises, LGDJ, 2000, n° 285 et s.

Dans cette dernière hypothèse, rare en pratique, la clause est alors valable, mais sous les mêmes limites que précédemment : elle ne peut jouer en cas de faute lourde ou dolosive du vendeur, ou lorsque le vice caché rend la chose à ce point impropre à son usage normal qu'il fait perdre au contrat sa raison d'être.

23 Ce sont toutes ces limites que la proposition de règlement vise à supprimer, en prévoyant, dans son article 11, que « le droit commun européen » s'applique « seul », à l'exclusion par conséquent des règles de source étatique. En effet, si le cocontractant de la PME impose le « choix » du droit commun européen, la garantie de « conformité » prévue par celui-ci, et les « moyens d'action à la disposition de l'acheteur » en cas d'inexécution du vendeur à ses obligations ne sont qu'un simple trompe-l'oeil : le principe de « liberté contractuelle » posée par l'article premier valide toute clause limitative ou exclusive de garantie. Et une telle clause ne peut pas même être contestée en tant que « clause abusive » au sens de l'article 80 : puisque le droit commun européen, qui prohibe les clauses limitatives de garantie dans les contrats conclus par les consommateurs, écarte cette même prohibition dans les contrats conclus entre professionnels (art. 105.5), c'est nécessairement qu'il interdit de les considérer, par elles-mêmes, comme abusives. Pour la Commission, rien ne justifie donc d'établir une quelconque distinction entre un acte d'achat, fût-ce celui d'un bien d'équipement dont dépend l'activité même, et par conséquent la survie éventuelle, de l'entreprise de l'acheteur, et une partie de poker... mais une partie de poker dans laquelle les risques de perte n'existent jamais que pour le joueur le moins puissant¹⁵ !

24 Tel est tout aussi bien ce que révèlent les règles relatives à la fixation du prix. On sait que, selon l'article 14 de la CVIM, le prix est l'une des indications nécessaires de l'offre, si bien que, faute d'une telle indication, la vente ne peut pas être conclue. Sans doute faut-il cependant déduire de l'article 55, qui envisage l'hypothèse où « la vente a été conclue sans que le prix ait été fixé », que la solution contraire pourrait être admise, par application de la loi régissant le contrat. Mais précisément, cela suppose que la *lex contractus* valide l'opération. Comme on le sait, tel n'est pas le cas du droit français qui considère que, le contrat étant un accord, il ne peut pas y avoir d'accord tant que les parties ne savent pas sur quoi elles sont d'accord !

Or c'est cette règle de bon sens qu'écarte l'article 31 du droit commun européen, selon lequel la précision du prix n'est pas une condition de l'offre, non plus, par conséquent, que de la conclusion du contrat. L'article 73 en tire notamment cette conséquence que la fixation du prix peut valablement être laissée à la discrétion du vendeur. Et si celui qu'il décide unilatéralement peut être contesté par l'acheteur, c'est à la condition qu'il soit, non pas « déraisonnable, mais « manifestement déraisonnable ». Autrement dit, le droit commun européen n'interdit pas d'abuser de la faiblesse des PME : tout au plus exige-t-il qu'on en abuse « raisonnablement » !

Ce constat, applicable lorsque la PME occupe la position d'acheteur, vaut tout aussi bien lorsqu'elle est le vendeur.

B) La situation du vendeur professionnel, partie faible.

¹⁵ On remarquera que le droit commun européen rend également facultative la garantie d'éviction qu'il aménage, et permet donc, par une clause en ce sens, de priver l'acheteur de tout recours contre le vendeur lorsque la chose vendue appartient à un tiers ou est un objet de contrefaçon !

25 Lorsque la PME a, dans une relation nouée avec une entreprise plus puissante, la qualité de vendeur, le « choix » du droit commun européen ne peut être dicté par le régime de la garantie dont celui-ci la charge : comme on l'a indiqué, cette garantie est exactement reprise, quoique sous une forme légèrement différente, de celle qu'aménage la CVIM ; et son caractère purement facultatif est indifférent puisqu'on ne voit pas pourquoi l'acheteur consentirait à son exclusion.

26 En revanche, l'intérêt qu'il peut trouver à imposer l'application du droit commun européen est évident pour ce qui concerne les clauses de prix. En effet, on a vu que le principe de liberté contractuelle, posé par l'article premier, garantit leur validité, de sorte qu'elles ne peuvent être contredites par les règles de droit national, quelle que soit la nature des sanctions, civiles aussi bien que pénales, qu'elles attachent à leur transgression, et quand bien même la qualité de « lois de police » leur serait reconnue suivant les critères, infiniment restrictifs pourtant, de l'article 9 du règlement Rome I : la supériorité du droit communautaire s'y oppose radicalement.

Autrement dit, et à la différence de la CVIM, le droit commun européen autorise toutes les pratiques que condamnent au contraire la plupart des législations nationales, principalement, mais non exclusivement, pour protéger les petits producteurs contre les exigences exorbitantes de la grande distribution : vente à prix dérisoire, clause de « marges arrières » ou d'accès payant au référencement du distributeur, clause de remises ou de ristournes rétroactives, clause « du client le plus favorisé », clause d'alignement sur les offres concurrentes, clause de reprise des invendus, etc...

27 Et ici encore, les simples garde-fous que le texte communautaire aménage ne sont d'aucune utilité. C'est ainsi que s'il permet d'écarter les clauses abusives entre professionnels, il précise, d'une part que les solutions qu'il édicte à ce titre ne s'appliquent pas « à la justesse du prix à payer » (art. 80.3), d'autre part qu'elles ne concernent que les « clauses qui n'ont pas fait l'objet d'une négociation individuelle » (art. 86.1.a). Les clauses abusives, c'est-à-dire inéquitables autant qu'injustifiables économiquement, sont donc incontestables lorsqu'elles ne figurent pas dans les conditions générales d'affaires de la partie la plus puissante mais sont, cas par cas, érigées par elle en condition de chacun de leurs contrats d'approvisionnement¹⁶.

28 De même, si les articles 51 et 55 permettent de réprimer « l'exploitation déloyale » d'un contractant par l'autre, c'est à la condition, dans les contrats conclus entre professionnels, que la partie qui en est victime se trouve « dans un état de dépendance à l'égard de l'autre partie »¹⁷. Cette condition ne pouvant être qu'exceptionnellement satisfaite en l'absence d'un accord cadre d'approvisionnement, la règle laisse sans aucune protection l'immense majorité des petits producteurs indépendants.

29 Concrètement, l'adoption de la proposition de règlement aura donc pour effet de permettre notamment aux grands groupes de la distribution français, après délocalisation en Irlande, à Malte ou dans n'importe quel autre État membre, d'une filiale dénommée « centrale

¹⁶ Tel est ce qui se déduit, à la fois de la définition et des règles relatives à la charge de la preuve des clauses « ne faisant pas l'objet d'une négociation individuelle », résultant *a contrario* de l'article 7.3.

¹⁷ Il paraît en effet exclu qu'un professionnel puisse se prévaloir des autres hypothèses « d'exploitation déloyale » prévues par l'article 51 : « relation de confiance avec » l'autre partie ; « état de détresse économique ou de besoins urgents » ; personnalité « imprévoyante, ignorante ou inexpérimentée ».

d'achat », d'échapper à toutes les règles prohibitives que formulent les articles L 442-6 et suivants du Code de commerce¹⁸, dans leurs relations avec leurs fournisseurs habituels.

En d'autres termes, et de façon générale, le droit commun européen aura inévitablement pour conséquence, dans tous les pays membres, de conférer aux appareils de contrainte étatique la mission de garantir, non le triomphe de la justice et de l'utilité économique et sociale des conventions, mais le respect de la loi du plus fort.

30 S'il serait vain, cette fois encore, de chercher à déterminer à quelles influences les auteurs de ce texte ont obéi, il est impossible de croire qu'il est exclusivement dû leur aveuglement idéologique. La présentation très fantaisiste, et délibérément trompeuse, qu'ils ont éprouvé le besoin d'en donner montre qu'ils n'en ignorent pas les enjeux véritables et que ceux-ci sont, à leurs propres yeux, radicalement invouables. Si bien que finalement, le seul intérêt de la proposition de règlement est d'offrir à la méditation le sens exact, du point de vue du droit européen, de cette définition que la Commission a jugé indispensable d'y faire figurer (art. 2) : « bonne foi et loyauté : un comportement caractérisé par l'honnêteté, la franchise ».

Vincent Heuzé

Professeur à l'université Paris-I (Panthéon-Sorbonne)
Responsable du Master de droit international privé et du
commerce international
Directeur de l'institut des assurances de Paris.

¹⁸ Il est évidemment indifférent que les sanctions prévues par ce texte soient considérées en droit français comme relevant de la responsabilité délictuelle : le principe de la suprématie du droit communautaire fait obstacle à ce que les qualifications retenues par les législations des États membres puissent servir à contredire le principe de « liberté contractuelle » formulé par l'article premier.