

# Analyse d'impact de la proposition de règlement relative au droit commun européen de la vente sur le droit applicable au contrat de consommation

MARIE DECHAMPS \*

MARC FALLON \*\*

## I. – Introduction

1. – La présente analyse porte sur un examen de l'impact de la mise en application de la proposition de règlement relative au droit commun européen de la vente (ci-après, CESL<sup>1</sup>) à l'égard de contrats internationaux de consommation<sup>2</sup>. La contribution se limite à la question de l'articulation du CESL avec l'article 6 du règlement n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (ci-après, « règlement Rome I »)<sup>3</sup> ainsi qu'à une estimation du gain que peut apporter le CESL au consommateur ainsi qu'à l'entreprise en termes de sécurité juridique et, partant, de réduction de coûts.

L'objectif de cette proposition de règlement est de créer un droit commun européen de la vente en vue d'encourager les échanges commerciaux transfrontières entre les professionnels et les consommateurs – ainsi qu'entre professionnels et PME. Pour les professionnels, il s'agirait de réduire les « coûts des transactions imputables [aux] importantes divergences » de législations nationales protégeant les consommateurs ou dus aux « recherches sur le droit étranger »<sup>4</sup>. En ce qui concerne les consommateurs, le législa-

\* Assistante à l'Université catholique de Louvain (CeDIE). L'auteur peut être contactée à l'adresse suivante : [marie.dechamps@uclouvain.be](mailto:marie.dechamps@uclouvain.be).

\*\* Professeur à l'Université catholique de Louvain (CeDIE). L'auteur peut être contacté à l'adresse suivante : [marc.fallon@uclouvain.be](mailto:marc.fallon@uclouvain.be).

<sup>1</sup> Common European Sales Law / Droit commun européen de la vente.

<sup>2</sup> Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente, COM (2011) 635 ; dossier institutionnel 2011/0284 (COD).

<sup>3</sup> *J.O.*, 2008, L 177, p. 16.

<sup>4</sup> Exposé des motifs de la proposition de règlement, point 1, doc. précité.

teur européen est parti de l'hypothèse que ceux-ci sont dissuadés de faire leurs achats à l'étranger en raison, notamment, de l'existence de disparités des législations sur la vente. Ainsi, le règlement se présenterait comme un « corps autonome et uniforme de règles en matière contractuelle comprenant des dispositions destinées à protéger les consommateurs, le droit commun européen de la vente, qui sera considéré comme un “second régime” de droit contractuel au sein du droit national de chaque État membre »<sup>5</sup>.

2. – Aux fins de cette analyse, il y a lieu de considérer les dispositions suivantes du CESL.

1° Selon l'article 3 de la proposition de règlement :

« Les parties peuvent convenir de soumettre au droit commun européen de la vente leurs contrats transfrontières portant sur la vente de biens ou sur la fourniture de contenus numériques ou de services connexes, dans le cadre du champ d'application territorial, matériel et personnel défini aux articles 4 à 7 ».

2° Selon l'article 4 de la proposition de règlement :

« 1. Le droit commun européen de la vente peut être appliqué aux contrats transfrontières.

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

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

(a) l'adresse indiquée par le consommateur, l'adresse de livraison du bien ou l'adresse de facturation est située dans un pays autre que celui où le professionnel a sa résidence habituelle ; et

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

3° Selon l'article 11 de la proposition de règlement :

« Lorsque les parties sont valablement convenues d'appliquer le droit commun européen de la vente à un contrat, seul ce droit régit les matières relevant de ses dispositions. À condition que le contrat soit effectivement conclu, le droit commun européen de la vente régit également le respect des obligations d'information précontractuelle et les moyens d'action ouverts en cas de manquement à celles-ci ».

4° Selon le considérant (10) du préambule :

« La convention d'application du droit commun européen de la vente devrait être un choix opéré au sein du droit national qui est applicable en vertu du règlement (CE)

<sup>5</sup> Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente, COM (2011) 635 final, p. 4.



n° 593/2008 ou, pour les obligations d'information précontractuelle, du règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (le "règlement (CE) n° 864/2007"), ou de toute autre règle de conflits de lois pertinente. Cette convention entre les parties ne devrait donc pas revenir à choisir le droit applicable au sens des règles de conflit de lois, ni être confondue avec cette formalité, et elle ne devrait pas remettre ces règles en cause. Le présent règlement ne touchera donc nullement aux règles de conflits de lois existantes ».

5° Selon le considérant (12) du préambule :

« Puisque le droit commun européen de la vente comprend un corps complet de règles impératives et totalement harmonisées protégeant les consommateurs, il n'y aura aucune disparité entre les législations des États membres en la matière lorsque les parties auront choisi d'appliquer ce droit. En conséquence, l'article 6, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 593/2008, qui est fondé sur l'existence d'écarts entre les niveaux de protection des consommateurs assurés dans les États membres, n'a aucune importance pratique pour les matières régies par le droit commun européen de la vente ».

6° Selon le considérant (14) du préambule :

« L'application du droit commun européen de la vente ne devrait pas se limiter aux situations transfrontières concernant les seuls États membres mais également servir à favoriser le commerce entre ces derniers et les pays tiers. Lorsque des consommateurs de pays tiers interviennent, la convention d'application du droit commun européen de la vente, qui impliquerait le choix d'un droit étranger pour eux, devrait être soumise aux règles applicables en matière de conflits de lois ».

3. – De l'ensemble de ces dispositions se déduit, sous l'angle du droit des conflits de lois, que :

1° Le CESL est soumis à une règle d'applicabilité explicite, qui en délimite l'application dans l'espace par deux critères cumulatifs, à savoir (1) un choix par les parties du CESL (*opt-in* ; art. 3) et (2) la localisation de la résidence habituelle des parties dans deux États différents dont l'un au moins est membre de l'Union européenne.

2° Le CESL est conçu comme étant intégré dans le droit matériel de chaque État membre, sans se substituer pour autant au droit commun de cet État. Par l'effet de cette intégration, il n'est applicable que si le droit de cet État est désigné par les règles de rattachement du juge saisi. Lorsque le juge est celui d'un État à l'égard duquel le règlement Rome I a force obligatoire (ensemble des États membres à l'exception du Danemark, où les règles de rattachement sont encore celles de la Convention de Rome du 19 juin 1980), le droit national applicable est désigné par les règles de rattachement de ce règlement. Les dispositions pertinentes en matière de vente sont les articles 3, 4

et 9 pour les contrats commerciaux et, pour les contrats de consommation, l'article 6 et, éventuellement, l'article 9. D'autres articles de portée générale sont cependant à évoquer, concernant la loi applicable au consentement (art. 10) et à la forme (art. 11).

Concrètement, le juge saisi devra donc d'abord utiliser ces règles de rattachement, et ne considérer le choix du CESL que si ces règles désignent le droit d'un État membre.

4. – Selon le règlement Rome I, en substance :

1° Dans le cas d'une vente commerciale, le contrat est régi par le droit choisi dans le contrat (art. 3) ; à défaut de choix, il est régi par le droit du pays de résidence du vendeur, à moins de liens plus étroits avec un autre pays, dont le droit est alors appliqué (art. 4) ; le juge saisi peut cependant donner effet à une disposition impérative qualifiée de loi de police (art. 9).

2° Dans le cas d'un contrat conclu par un consommateur, si la vente a été conclue avec une entreprise dans le cadre de ses activités exercées dans ou dirigées vers le pays du consommateur (cas du consommateur semi-passif ou protégé), le contrat est normalement régi par le droit du pays de résidence du consommateur (art. 6.1) ; il peut être soumis à un autre droit choisi par les parties mais dans ce cas le consommateur peut encore invoquer les dispositions impératives indérogeables du pays de sa résidence habituelle (art. 6.2).

3° Dans le cas d'un contrat conclu par un consommateur non protégé au sens de l'article 6, le consommateur est considéré comme un acheteur normal et le contrat est soumis aux mêmes règles de rattachement qu'une vente commerciale.

Cependant, pour le contrat conclu par un consommateur protégé, le préambule de la proposition de règlement précise que, lorsque le contrat comporte un choix de loi assorti d'un choix du CESL, l'article 6.2, « qui est fondé sur l'existence d'écarts entre les niveaux de protection des consommateurs assurés dans les États membres, n'a aucune importance pratique » (considérant 12).

Avant de formuler des observations générales (point III), il convient de mesurer la portée pratique du CESL et des règles de rattachement du règlement Rome I en simulant l'application de ces instruments à chacun des cas types transfrontières les plus significatifs.

## II. – Simulation des cas d'application du CESL et de l'article 6 du règlement Rome I

5. – L'objet de cette analyse est de présenter les différents cas possibles de situations transfrontières en fonction des éléments de localisation de nature à exercer une influence sur la détermination du droit matériel applicable. L'objectif est de montrer la fréquence d'application du CESL en faisant jouer les règles de conflit de lois pertinentes.

La question de la compétence internationale n'est pas examinée dans le cadre de cette contribution dès lors qu'elle n'est pas affectée par l'application du CESL. Une brève explication semble néanmoins utile afin, notamment, d'identifier les similitudes instaurées par le législateur européen entre les règles de compétence et les règles de conflit de lois.

6. — La compétence internationale est déterminée par des dispositions différentes selon que les juridictions saisies sont celles d'un État membre ou d'un État tiers.

Lorsque les juridictions d'un État membre sont saisies, la compétence internationale est déterminée par le règlement n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (ci-après « Bruxelles I ») pour autant que le litige entre dans son champ d'application<sup>6</sup>. Plusieurs dispositions du règlement peuvent trouver à s'appliquer dans le cadre d'un litige portant sur un contrat de vente, que ce dernier soit qualifié ou non de contrat de consommation<sup>7</sup>. En tant que règle générale, l'article 2 donne compétence aux juridictions du domicile du défendeur. L'article 5, 1<sup>o</sup>, b), second tiret recèle une règle applicable aux contrats de vente qui ne sont pas des contrats de consommation. Il prévoit que les juridictions compétentes sont celles de l'État membre où, « en vertu du contrat, les marchandises ont été ou auraient dû être livrées ». Enfin, le règlement Bruxelles I contient, à l'instar du règlement Rome I, une section relative aux contrats de consommation. La définition du contrat de consommation donnée à l'article 15 est similaire à la définition offerte par le règlement Rome I. Ainsi, l'article 15 énonce qu'« en matière de contrat conclu par une personne, le consommateur, pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle, la compétence est déterminée par la présente section, sans préjudice des dispositions de l'article 4 et de l'article 5, point 5 : (a) lorsqu'il s'agit d'une vente à tempérament d'objets mobiliers corporels ; (b) lorsqu'il s'agit d'un prêt à tempérament ou d'une autre opération de crédit liés au financement d'une vente de tels objets ; (c) lorsque, dans tous les autres cas, le contrat a été conclu avec une personne qui exerce des activités commerciales ou professionnelles dans l'État membre sur le territoire duquel le consommateur a son domicile ou qui, par tout moyen, dirige ces activités vers cet État membre ou vers

<sup>6</sup> J.O., 2001, L 12, p. 1. En ce qui concerne le champ d'application *ratione materiae*, le litige doit concerner la matière civile et commerciale (article 1<sup>er</sup> du règlement) ; *ratione loci*, le défendeur doit être domicilié sur le territoire d'un État membre (article 4 du règlement) ; *ratione temporis*, l'action judiciaire doit être intentée après le 1<sup>er</sup> mars 2002 (articles 66 et 76 du règlement). Si le litige n'entre pas dans ce champ d'application, la compétence internationale est déterminée par le droit du juge saisi.

<sup>7</sup> Pour un examen détaillé des règles de conflit de juridictions de ce règlement, voy. H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe. Règlement n° 44-2001 ; conventions de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007)*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, 2010.

plusieurs États, dont cet État membre, et que le contrat entre dans le cadre de ces activités ». L'article 16, § 1<sup>er</sup>, donne, au choix du consommateur, compétence aux juridictions du domicile du consommateur ou à celles du domicile du défendeur, lorsqu'il est demandeur. Si l'action est dirigée contre le consommateur, seules les juridictions de son domicile sont compétentes (article 16, § 2). L'article 17 admet, sous certaines conditions, une clause d'élection de for.

Lorsque les juridictions saisies sont celles d'un État tiers, la compétence internationale est examinée au regard des règles de droit international privé applicables dans cet État. Le règlement Bruxelles I n'a en effet pas de force obligatoire dans ces États. Il convient de préciser qu'une telle juridiction déterminera ensuite le droit applicable au litige en utilisant ses propres règles de conflit de lois, non celles ayant force obligatoire pour les juridictions des seuls États membres de l'Union.

7. – Le tableau ci-dessous distingue treize cas eu égard aux variables de nature à influencer le droit applicable aux contrats conclus par un consommateur.

|   | Résidence habituelle du vendeur ? | Choix de loi ?  | Accord sur l'application du CESL ? | Résidence habituelle de l'acheteur ? | Autres éléments d'extranéité (article 4(3)) ? | Contrat de consommation ? | Loi applicable                                                                                                                 |
|---|-----------------------------------|-----------------|------------------------------------|--------------------------------------|-----------------------------------------------|---------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 1 | EM V                              | Oui, EM V       | Non                                | EM C                                 | Non                                           | Oui                       | Article 6(2) RI = Lois EM V + EM C                                                                                             |
| 2 | EM V                              | Oui, EM V       | Non                                | EM A                                 | Non                                           | Non                       | Article 3 RI = Loi EM V                                                                                                        |
| 3 | PT                                | Oui, pays tiers | Non                                | EM C                                 | Non                                           | Oui                       | <b>Saisine juridictions EM</b> : Article 3 + article 6(2) RI = Lois du PT + EM C<br><b>Saisine juridictions PT</b> : DIP du PT |
| 4 | EM V                              | Oui, EM V       | Non                                | Pays tiers                           | Non                                           | Oui                       | RI or DIP du PT                                                                                                                |
| 5 | EM V                              | Oui, EM V       | Oui                                | EM C                                 | Non                                           | Oui                       | CESL + Article 6(2) RI aspects non réglés par CESL = CESL + Lois EM V et EM C                                                  |
| 6 | EM V                              | Non             | Oui                                | EM A                                 | Non                                           | Non                       | CESL + Article 4 RI aspects non réglés<br>CESL = CESL + Loi EM V                                                               |
| 7 | EM V                              | Non             | Oui                                | EM C                                 | Non                                           | Oui                       | CESL + Article 6 RI aspects non réglés par CESL = CESL + Loi EM C                                                              |



|    | Résidence habituelle du vendeur ? | Choix de loi ? | Accord sur l'application du CESL ? | Résidence habituelle de l'acheteur ? | Autres éléments d'extranéité (article 4(3)) ? | Contrat de consommation ? | Loi applicable                                                                            |
|----|-----------------------------------|----------------|------------------------------------|--------------------------------------|-----------------------------------------------|---------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------|
| 8  | EM X                              | Oui, EM X      | Oui                                | EM X                                 | Adresse de livraison EM L                     | Oui                       | CESL? (si EM V a opéré l'extension aux cas internes autorisée par le règlement) + RI?     |
| 9  | EM X                              | Non            | Oui                                | EM X                                 | Adresse de livraison dans un PT               | Non                       | CESL? + RI?                                                                               |
| 10 | PT                                | Oui, PT        | Oui                                | EM C                                 | Non                                           | Oui                       | <b>Saisine juridictions EM : CESL? + RI</b><br><b>Saisine juridictions PT : DIP du PT</b> |
| 11 | EM V                              | Non            | Oui                                | PT                                   | Adresse de livraison EM L                     | Non                       | <b>Saisine juridictions EM : CESL + RI</b><br><b>Saisine juridictions PT : DIP du PT</b>  |
| 12 | EM V                              | Non            | Oui                                | PT                                   | Non                                           | Oui                       | <b>Saisine juridictions EM : CESL + RI</b><br><b>Saisine juridictions PT : DIP du PT</b>  |
| 13 | PT                                | Non            | Oui                                | EM C                                 | Non                                           | Oui                       | <b>Saisine juridictions EM : CESL + RI</b><br><b>Saisine juridictions PT : DIP du PT</b>  |

Légende : *EM V* : État membre du vendeur ; *EM C* : État membre du consommateur protégé ; *EM A* : État membre de l'acheteur ou du consommateur non protégé ; *EM X* : État membre du vendeur et du consommateur ; *EM L* : État membre du lieu de livraison ; *PT* : pays tiers ; *Vendeur / acheteur / consommateur UE / PT* : vendeur / acheteur / consommateur résidant dans l'Union / dans un pays tiers ; *cas interne* : parties résidant dans le même État ; *RI* : Rome I ; *DIP* : droit international privé.

8. – La définition du « contrat de consommation » varie d'un instrument à un autre et le concept peut donc recevoir une portée plus ou moins restreinte. Ainsi, l'article 6 du règlement Rome I définit le contrat de consommation comme étant « un contrat conclu par une personne physique (ci-après "le consommateur") pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle avec une autre personne (ci-après "le professionnel"), agissant dans l'exercice de son activité professionnelle [...], à condition que le professionnel (a) exerce son activité professionnelle dans le pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle, ou (b) par tout moyen, dirige cette activité vers ce pays ou vers plusieurs pays, dont celui-ci et que ce contrat entre dans le cadre de cette activité ». La proposition de règlement sur la vente définit le consommateur comme étant « toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commer-



ciale, industrielle, artisanale ou libérale » (art. 2). Pour sa part, la Convention du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises (ci-après « CVIM ») exclut, en son article 2, le contrat de consommation qu'elle définit comme étant « la vente de marchandises achetées pour un usage personnel, familial ou domestique, à moins que le vendeur, à un moment quelconque avant la conclusion ou lors de la conclusion du contrat, n'ait pas su et n'ait pas été censé savoir que ces marchandises étaient achetées pour un tel usage ».

Pour les besoins de cette analyse, le terme « contrat de consommation » ou « consommateur » est utilisé au sens de l'article 6 du règlement Rome I et de l'article 2 de la proposition de règlement sur la vente. Le terme « acheteur » est utilisé pour désigner celui qui ne peut être qualifié de consommateur au sens de l'article 6, et est de même exclu du champ d'application de la CVIM en ce qu'il n'est pas un professionnel, alors qu'il peut être qualifié de consommateur au sens de la proposition de règlement sur la vente. En effet, il s'agit d'un consommateur qui n'est pas passif ou semi-passif au sens de l'article 6 tout en ayant acheté à des fins non professionnelles : cet acheteur non professionnel est visé par la proposition de règlement sur la vente ainsi que par les articles 3 et 4 du règlement Rome I<sup>8</sup>.

9. – *Un exemple type peut aider à concrétiser les solutions dégagées dans les différents cas envisagés.* Un vendeur de châssis, ayant, selon les cas, sa résidence habituelle dans un État membre ou dans un État tiers, conclut un contrat avec une personne agissant toujours pour un usage privé, mais tantôt comme consommateur passif ou semi-passif (démarchage, contact consécutif à une publicité diffusée auprès du consommateur, consultation d'un site Internet du vendeur orienté vers le pays du consommateur), tantôt comme consommateur actif. Selon les cas, le consommateur a sa résidence habituelle dans un État membre ou dans un pays tiers. Le litige survient lorsque cette personne s'aperçoit que les châssis ne correspondent pas à la taille demandée.

Dans toutes les hypothèses, le litige entre dans le champ d'application du règlement Rome I. *Ratione materiae*, le règlement s'applique aux obligations contractuelles relevant de la matière civile et commerciale (article 1<sup>er</sup>). *Ratione loci*, le règlement est de caractère universel (article 2), en ce sens qu'il peut désigner le droit d'un État membre ou d'un État tiers et est donc de nature à viser toute situation internationale, même une vente entre parties ne résidant pas dans l'Union européenne. *Ratione temporis*, le règlement s'applique à tous les contrats conclus après le 17 décembre 2009 (articles 28 et 29).

Les cas d'application sont répartis en deux catégories. Dans une première catégorie, les parties en litige n'ont pas fait choix d'appliquer le CESL (A) alors que dans la seconde catégorie, les parties ont convenu d'appliquer cet instrument (B). L'examen des cas de la première catégorie permet d'évaluer d'abord le processus de désignation du droit applicable sans tenir compte de la proposition de règlement sur le CESL.

<sup>8</sup> Voy. *supra*, Introduction, la présentation du règlement Rome I.





A. — CONTRATS CONCLUS SANS *OPT-IN*

1. — *Cas n° 1 : le contrat est conclu entre un vendeur et un consommateur résidant dans l'Union européenne ; il désigne la loi de l'État membre du vendeur et ne prévoit pas le choix du CESL*

10. — Dans cette première situation, le vendeur et le consommateur résident dans des États membres différents<sup>9</sup>. Dans leur contrat, ils ont adopté une clause de choix de loi mais n'ont pas prévu d'appliquer le CESL.

La juridiction d'un État membre examine la validité du choix de loi au regard du règlement Rome I. L'article 6 est une disposition spécifique au contrat de consommation. Son application est soumise au fait que le contrat en cause soit un contrat de consommation. Pour ce faire, trois éléments, repris à l'article 6, § 1<sup>er</sup>, doivent être réunis. Il faut, tout d'abord, une « personne physique (ci-après "le consommateur") », agissant « pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle ». Le cocontractant doit quant à lui être « une personne (ci-après "le professionnel") », agissant dans l'exercice de son activité professionnelle » qui « (a) exerce son activité professionnelle dans le pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle, ou (b) par tout moyen, dirige cette activité vers ce pays ou vers plusieurs pays, dont celui-ci ». Enfin, le contrat doit entrer, en ce qui concerne le professionnel, dans le cadre de son activité.

Le choix de loi opéré par les parties dans le cadre d'un contrat de consommation est réglé par l'article 6, § 2, du règlement Rome I. Tout en autorisant ce choix, la disposition, dans un souci de protection du consommateur, exige que le choix n'ait pas « pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord en vertu de la loi qui aurait été applicable, en l'absence de choix ». Cette disposition impose donc de comparer le contenu des dispositions impératives indérogeables de la loi choisie et celles de la loi applicable à défaut de choix, à savoir la loi de l'État de la résidence habituelle du consommateur. Si les premières sont plus protectrices ou équivalentes aux secondes, seule la loi choisie par les parties s'applique. Si par contre, les dispositions impératives indérogeables de la loi choisie sont moins protectrices que celles de la loi normalement applicable ou non équivalentes, ces dernières s'appliquent.

11. — *Cas pratique* : le vendeur a sa résidence habituelle en France et conclut un contrat avec un consommateur résidant en Belgique. Ce dernier commande des châssis

<sup>9</sup> Dans ce type de cas, la solution du conflit de lois ne diffère pas selon que les parties résident ou non dans le même État, alors que ce facteur peut être déterminant pour l'application du CESL (voy. *infra*, point B). Il est néanmoins supposé que le contrat revête une dimension internationale, par exemple du fait que le produit doit être livré à l'étranger.

pour la maison qu'il rénove après avoir consulté une publicité diffusée en Belgique par l'entreprise. Le contrat désigne la loi française. Considérant que la taille des châssis ne correspond pas à ce qu'il avait commandé, le consommateur entend attirer le professionnel en justice. Le contrat est un contrat de consommation en ce qu'il respecte les trois conditions de l'article 6, § 2, du règlement Rome I.

Afin de valider le choix des parties, l'article 6, § 2, impose de comparer la protection offerte au consommateur par les dispositions impératives indérogeables contenues dans la loi française et celles contenues dans la loi belge. Si les dispositions contenues dans la première prévoient une protection supérieure ou égale à celles contenues dans la seconde, le choix des parties est validé. Si par contre, ces dispositions prévoient une protection inférieure à celles contenues dans la loi belge, il est fait application de ces dernières.

*2. – Cas n° 2 : le contrat est conclu entre un vendeur et acheteur résidant dans l'Union européenne ; il désigne la loi de l'État membre du vendeur et ne prévoit pas le choix du CESL*

12. – Dans ce cas, le cocontractant du vendeur ne peut, par hypothèse, être considéré comme étant un consommateur car, tout en ayant agi dans un but non professionnel, il a pris l'initiative de passer commande auprès du vendeur sans que celui-ci l'ait sollicité. Les parties, qui résident toutes les deux dans l'Union européenne, ont choisi le droit applicable à leur litige mais n'ont par contre pas prévu d'appliquer le CESL.

C'est par le biais de l'article 3 du règlement Rome I que le choix de loi peut être validé<sup>10</sup>. L'application de la loi désignée par les parties pourrait néanmoins être évincée par les dispositions impératives qualifiables de lois de police en vertu de l'article 9

<sup>10</sup> L'article 3 prévoit que « (1) Le contrat est régi par la loi choisie par les parties. Le choix est exprès ou résulte de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause. Par ce choix, les parties peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat. (2) Les parties peuvent convenir, à tout moment, de faire régir le contrat par une loi autre que celle qui le régissait auparavant soit en vertu d'un choix antérieur selon le présent article, soit en vertu d'autres dispositions du présent règlement. Toute modification quant à la détermination de la loi applicable, intervenue postérieurement à la conclusion du contrat, n'affecte pas la validité formelle du contrat au sens de l'article 11 et ne porte pas atteinte aux droits des tiers. (3) Lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés, au moment de ce choix, dans un pays autre que celui dont la loi est choisie, le choix des parties ne porte pas atteinte à l'application des dispositions auxquelles la loi de cet autre pays ne permet pas de déroger par accord. (4) Lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés, au moment de ce choix, dans un ou plusieurs États membres, le choix par les parties d'une autre loi applicable que celle d'un État membre ne porte pas atteinte, le cas échéant, à l'application des dispositions du droit communautaire auxquelles il n'est pas permis de déroger par accord, et telles que mises en œuvre par l'État membre du for. (5) L'existence et la validité du consentement des parties quant au choix de la loi applicable sont régies par les dispositions établies aux articles 10, 11 et 13 ».



du règlement. Celui-ci vise « une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat d'après le règlement ». Selon que le litige est introduit devant les juridictions de l'État membre du vendeur ou de l'État membre de l'acheteur, on appliquera respectivement le paragraphe 2 (lois de police du for) ou le paragraphe 3 (lois de police étrangères)<sup>11</sup>.

Si le choix de loi n'est pas valide, les implications pratiques seront nulles dans la mesure où la loi applicable à défaut de choix est la loi de l'État dans lequel le vendeur a sa résidence habituelle (article 4, § 1<sup>er</sup>, a)).

13. — *Cas pratique* : le vendeur de châssis réside en France et l'acheteur réside en Belgique. Ce dernier a conclu un contrat pour l'achat de nouveaux châssis, après avoir visité les locaux de l'entreprise. Les parties ont convenu que la loi applicable serait la loi française. Considérant que les châssis n'ont pas la taille demandée, l'acheteur décide d'intenter une action contre le vendeur<sup>12</sup>. Le contrat ne peut pas être considéré comme un contrat de consommation au sens de l'article 6 car le consommateur est « actif ».

Selon l'article 3 du règlement Rome I, la loi française est applicable en raison du choix des parties. L'application de cette loi pourrait néanmoins être écartée par les dispositions impératives belges, qualifiables de lois de police en vertu de l'article 9 du règlement. Un choix non valide au regard de l'article 3 n'aura ici aucune conséquence pratique dans la mesure où l'article 4, applicable au cas d'espèce, renvoie également au droit français.

3. — *Cas n° 3 : le contrat est conclu entre un vendeur résidant dans un pays tiers et un consommateur résidant dans l'Union européenne ; il désigne le droit du pays tiers et ne prévoit pas le choix du CESL*

14. — Dans cette hypothèse, le contrat est conclu entre un vendeur résidant dans un État tiers et un consommateur résidant dans un État membre. La clause de choix de loi inscrite dans le contrat désigne le droit du pays tiers. Les parties n'ont pas choisi

<sup>11</sup> Ces paragraphes énoncent que « (2) Les dispositions du présent règlement ne pourront porter atteinte à l'application des lois de police du juge saisi. (3) Il pourra également être donné effet aux lois de police du pays dans lequel les obligations découlant du contrat doivent être ou ont été exécutées, dans la mesure où lesdites lois de police rendent l'exécution du contrat illégale. Pour décider si effet doit être donné à ces lois de police, il est tenu compte de leur nature et de leur objet, ainsi que des conséquences de leur application ou de leur non-application ».

<sup>12</sup> Par application du règlement Bruxelles I, l'acheteur pourrait introduire son action en France sur la base de l'article 2 ou en Belgique sur la base de l'article 5, 1, premier tiret, dans la mesure où les termes du contrat prévoient expressément que la livraison des marchandises ait lieu en Belgique.

d'appliquer le CESL. Le consommateur a pu contacter le vendeur par le site Internet de celui-ci orienté vers le pays du consommateur.

Dès lors que le vendeur est localisé dans un pays tiers, il faut vérifier préalablement dans quel État l'action est introduite avant de pouvoir déterminer quel est le droit applicable au litige.

Si le litige est introduit devant les juridictions d'un État membre<sup>13 14</sup>, l'article 6, § 2, du règlement Rome I s'applique dès lors que le contrat en cause est un contrat de consommation<sup>15</sup>. Ce dernier autorise le choix des parties pour autant qu'il n'ait pas pour effet de « priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord en vertu de la loi qui aurait été applicable, en l'absence de choix ». Cette disposition impose donc de comparer le contenu des dispositions impératives indérogeables de la loi choisie et celles de la loi applicable à défaut de choix, à savoir la loi de l'État de la résidence habituelle du consommateur. Si les premières sont plus protectrices ou équivalentes aux secondes, seule la loi choisie par les parties s'applique. Si par contre, les dispositions impératives de la loi choisie sont moins protectrices que celles de la loi normalement applicable, ces dernières s'appliquent.

Lorsque le litige est introduit devant les juridictions d'un pays tiers, le règlement Rome I ne trouve pas à s'appliquer dans la mesure où il n'a pas force obligatoire dans cet État. On recourt alors aux règles de droit international privé en vigueur dans cet État.

15. – *Cas pratique* : le vendeur réside aux États-Unis et le consommateur réside en Belgique. Ce dernier commande des châssis pour rénover sa maison, après consultation d'un site Internet comportant des pages rédigées en langue française et des prix libellés en euros. Le contrat désigne l'application du droit américain. Considérant que les châssis n'ont pas la taille demandée, le consommateur décide d'intenter une action contre le vendeur.

<sup>13</sup> En vertu des règles nationales de compétence, non du règlement Bruxelles I car celui-ci ne couvre que les actions introduites contre un défendeur domicilié dans un État membre.

<sup>14</sup> Par « État membre » au sens du règlement Rome I, il y a lieu d'entendre tous les États membres, à l'exception du Danemark. Si le litige est introduit devant les juridictions de cet État ou d'un pays tiers, le droit applicable est déterminé conformément à la convention de Rome du 19 juin 1980 pour le premier ou aux règles de droit international privé en vigueur dans l'État tiers.

<sup>15</sup> Pour rappel, trois éléments, repris à l'article 6, § 1<sup>er</sup>, doivent être réunis. Il faut, tout d'abord, une « personne physique (ci-après "le consommateur") », agissant « pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle ». Le cocontractant doit quant à lui être « une personne (ci-après "le professionnel"), agissant dans l'exercice de son activité professionnelle » qui « (a) exerce son activité professionnelle dans le pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle, ou (b) par tout moyen, dirige cette activité vers ce pays ou vers plusieurs pays, dont celui-ci ». Enfin, le contrat doit entrer, en ce qui concerne le professionnel, dans le cadre de son activité.



Si le litige est introduit devant les juridictions belges<sup>16</sup>, la validité du choix est examinée au regard de l'article 6, § 2, du règlement Rome I. Ce dernier impose de comparer les dispositions impératives indérogeables du droit américain avec celles du droit belge. Si les dispositions du premier offrent une protection supérieure ou équivalente à celles de la seconde, le droit américain est appliqué. Si par contre ce droit prévoit une protection inférieure à celle offerte par les dispositions impératives indérogeables du droit belge, celles-ci s'appliquent.

Si le litige est introduit devant les juridictions américaines, la loi applicable est déterminée conformément aux règles de droit international privé applicables dans cet État<sup>17</sup>.

4. — *Cas n° 4 : le contrat est conclu entre un vendeur résidant dans l'Union européenne et un consommateur résidant dans un pays tiers ; il désigne la loi du vendeur et ne prévoit pas le choix du CESL*

16. — Dans ce cas, le contrat est conclu entre un vendeur résidant dans un État membre et un consommateur résidant dans un pays tiers. Le contrat désigne la loi du vendeur et ne prévoit pas de choix du CESL.

Dès lors que le consommateur réside dans un pays tiers, il faut vérifier préalablement devant les juridictions de quel État l'action est introduite. Si le litige est introduit devant les juridictions d'un pays tiers ou du Danemark, le règlement Rome I ne trouve pas à s'appliquer puisqu'il n'a alors pas force obligatoire pour le juge. Le droit applicable est déterminé conformément aux règles de droit international privé en vigueur dans cet État<sup>18</sup>.

Si le litige est introduit devant les juridictions d'un État membre, celles-ci examinent le choix de loi au regard de l'article 6 du règlement Rome I puisqu'il s'agit d'un contrat de consommation<sup>19</sup>. Le paragraphe 2 prévoit, en vue de protéger le consommateur, que le choix « ne peut avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord en vertu de la loi qui aurait été applicable, en l'absence de choix ». Cette disposition impose donc de comparer les dispositions impératives indérogeables de la loi du pays de la résidence habituelle du consommateur, applicable à défaut de choix, et celles du droit choisi par les parties. Si les premières se veulent plus protectrices que les secondes, elles seront appliquées.

<sup>16</sup> Les juridictions belges sont compétentes conformément à l'article 97, § 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup> du Codip, non en vertu du règlement Bruxelles I qui ne régit pas une action introduite contre un défendeur domicilié dans un pays tiers.

<sup>17</sup> La compétence des juridictions américaines dépend des règles de droit international privé en vigueur dans l'État du juge saisi.

<sup>18</sup> Le juge danois appliquera la convention du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles.

<sup>19</sup> Pour rappel, trois éléments, repris à l'article 6, § 1<sup>er</sup>, doivent être réunis : voy. *supra*, note 15.

17. – *Cas pratique* : le vendeur de châssis réside en France alors que le consommateur a sa résidence habituelle aux États-Unis. Ce dernier décide d'acquérir de nouveaux châssis pour son habitation, repérés sur le site Internet du vendeur dont certaines pages sont rédigées en langue anglaise et présentent des prix en dollars. Les parties ne prévoient pas l'application du CESL mais désignent le droit français. Considérant que les châssis n'ont pas la taille demandée, le consommateur décide d'intenter une action contre le vendeur.

Si le litige est introduit devant les juridictions françaises<sup>20</sup>, l'article 6, § 2, du règlement Rome I permet de valider le choix de la loi française, mais au terme d'une comparaison avec les dispositions impératives indérogeables de la loi américaine, applicable à défaut de choix. Si les dispositions impératives indérogeables du droit américain sont plus protectrices des consommateurs que celles du droit français, les premières sont appliquées. Dans le cas inverse, seules les dispositions impératives indérogeables du droit français sont appliquées.

Si le litige est introduit devant les juridictions américaines, le droit applicable est déterminé par les règles de droit international privé en vigueur dans cet État<sup>21</sup>.

#### B. – CONTRATS CONCLUS AVEC *OPT-IN*

5. – *Cas n° 5* : le contrat est conclu entre un vendeur et un consommateur résidant dans l'Union européenne ; il désigne le droit de l'État membre du vendeur et prévoit le choix du CESL

18. – Dans le cas d'espèce, le vendeur et le consommateur résident dans l'Union européenne. Le contrat prévoit l'application du CESL et fait également choix de la loi de l'État membre du vendeur.

Pour s'appliquer, le CESL doit avoir été choisi par les parties et les parties doivent avoir leur résidence habituelle dans deux États différents dont l'un au moins est membre de l'Union européenne. Par ailleurs, le CESL ne se substitue pas au droit commun. Par conséquent, il n'est applicable que si le droit d'un de ces États membres est désigné par les règles de rattachement du juge saisi.

Le litige survenant entre des parties résidant dans l'Union européenne, l'action est probablement introduite devant les juridictions d'un État membre dans lequel le règlement Rome I a force obligatoire. Pour pouvoir appliquer le CESL, il faut donc s'assurer

<sup>20</sup> La compétence sera déterminée sur la base du règlement Bruxelles I, dont l'article 16 permet d'agir en France.

<sup>21</sup> La compétence des juridictions américaines dépend des règles de droit international privé en vigueur aux États-Unis.



que ce règlement renvoie au droit d'un État membre. En l'espèce, les parties ont établi une clause de choix de loi. S'agissant d'un contrat de consommation, ce choix est examiné au regard de l'article 6, § 2, du règlement Rome I<sup>22</sup>. Ce dernier autorise les parties à choisir le droit applicable à leur litige pour autant qu'il n'ait pas pour « résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord en vertu de la loi qui aurait été applicable, en l'absence de choix ». Cette disposition impose donc de comparer les dispositions impératives indérogeables de la loi du pays de la résidence habituelle du consommateur, applicable à défaut de choix, et celles du droit choisi par les parties. Si les premières se veulent plus protectrices que les secondes, elles seront appliquées. Dans l'hypothèse inverse, l'application de la loi choisie suffira à assurer la protection du consommateur. Quoi qu'il en soit, le droit applicable est le droit d'un État membre. Le CESL pourra donc normalement être appliqué. Pourtant, il n'est pas exclu que le « premier régime » du droit de l'État de résidence du consommateur, voire du droit de l'État dont la loi a été choisie, soit plus protecteur. Cela pourrait être le cas même si le litige entre dans le cadre de la directive 1999/44 sur la vente car celle-ci permet aux États d'adopter des dispositions plus strictes en matière de contrat de consommation (article 8).

Il se peut encore que tous les aspects du litige ne soient pas couverts par le CESL. Dans ce cas, il est fait application du droit désigné par les parties et, le cas échéant, des dispositions impératives indérogeables de la loi applicable à défaut de choix si ces dernières sont plus protectrices des consommateurs.

Cette espèce soulève une interrogation relative à la cohérence du résultat<sup>23</sup>.

19. — *Cas pratique* : le vendeur et le consommateur résident respectivement en France et en Belgique. Ce dernier commande des châssis pour rénover sa maison, après consultation d'une publicité diffusée en Belgique par l'entreprise. S'apercevant que ceux-ci n'ont pas la taille demandée, il intente un procès contre le vendeur devant les juridictions belges<sup>24</sup>.

La règle d'applicabilité du CESL est ici remplie dès lors que les parties ont choisi à la fois son application et celle du droit d'un État membre et qu'elles résident dans deux États différents dont l'un au moins est membre de l'Union.

En vertu de l'article 6, § 2, du règlement Rome I, il faut comparer les dispositions impératives indérogeables du droit belge et celles du droit français. Si les premières sont plus protectrices que les secondes, elles seront appliquées. Dans l'hypothèse inverse, seules les dispositions du droit français sont appliquées. Le CESL peut certes être appliqué dans un cas comme dans l'autre. Cependant, le droit belge de la vente

<sup>22</sup> Pour rappel, trois éléments, repris à l'article 6, § 1<sup>er</sup>, doivent être réunis : voy. *supra*, note 15.

<sup>23</sup> Voy. *infra*, partie III.

<sup>24</sup> Celles-ci sont compétentes sur base de l'article 16 du règlement Bruxelles I.



comme le droit français de la vente peut prévoir un degré de protection plus élevé que le CESL, en particulier parce que la directive 1999/44 n'établit qu'un niveau de protection minimale. Dans ce cas, le juge fera application du droit national le plus protecteur.

6. – *Cas n° 6 : le contrat est conclu entre un vendeur et un acheteur résidant dans l'Union européenne ; il ne contient pas de clause de choix de loi et prévoit le choix du CESL*

20. – Dans ce cas, le contrat est conclu entre un vendeur et un acheteur résidant tous les deux dans l'Union européenne. Par hypothèse, ce contrat n'est pas un contrat de consommation au sens de l'article 6 du règlement Rome I car le consommateur a pris l'initiative de contacter le vendeur (consommateur actif). Le contrat ne contient pas de clause de choix de loi et prévoit l'application du CESL.

Pour s'appliquer, le CESL doit avoir été choisi par les parties et les parties doivent avoir leur résidence habituelle dans deux États différents dont l'un au moins est membre de l'Union européenne. Par ailleurs, le CESL ne se substitue pas au droit commun. Par conséquent, il est applicable uniquement si le droit d'un de ces États est désigné par les règles de rattachement du juge saisi.

L'article 4, § 1<sup>er</sup>, a), du règlement Rome I désigne le droit de l'État dans lequel le vendeur a sa résidence habituelle. Le juge pourra donc appliquer les dispositions contenues dans le CESL.

Le droit désigné pourrait encore être écarté par l'intervention de lois de police (article 9 du règlement Rome I). Cette réserve pourrait affecter l'application du CESL.

21. – *Cas pratique* : le vendeur et l'acheteur résident respectivement en France et en Belgique. L'acheteur a commandé de nouveaux châssis après avoir visité les locaux de l'entreprise. Dans leur contrat, les parties ont prévu d'appliquer le CESL. Considérant que les châssis n'ont pas la taille demandée, l'acheteur décide d'intenter une action contre le vendeur.

La règle d'applicabilité du CESL est ici remplie dès lors que les parties ont choisi son application et qu'elles résident dans deux États différents dont l'un au moins est membre de l'Union.

En vertu de l'article 4, § 1<sup>er</sup>, a), du règlement Rome I, le juge d'un État membre appliquera le droit français. Le CESL peut alors être appliqué.

7. — *Cas n° 7 : le contrat est conclu entre un vendeur et un consommateur résidant dans l'Union européenne ; il ne contient pas de clause de choix de loi et prévoit le choix du CESL*

22. — Le cas d'espèce présente un contrat de consommation entre deux parties résidant dans l'Union européenne et dont les termes prévoient l'application du CESL. Les parties n'ont cependant pas conclu de clause de choix de loi. Par hypothèse, le consommateur a acheté le bien pour son usage privé et a été démarché par le vendeur.

Pour s'appliquer, le CESL doit avoir été choisi par les parties et les parties doivent avoir leur résidence habituelle dans deux États différents dont l'un au moins est membre de l'Union européenne. Par ailleurs, le CESL ne se substitue pas au droit commun. Par conséquent, il est applicable uniquement si le droit d'un de ces États est désigné par les règles de rattachement du juge saisi.

Dans ce cas-ci, il est recouru à l'article 6, § 1<sup>er</sup>, du règlement Rome I dès lors que le contrat en cause est un contrat de consommation au sens de cette disposition<sup>25</sup>. Cet article renvoie au droit de l'État dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle. S'agissant d'un État membre, le CESL trouve à s'appliquer.

Il est encore possible que le CESL ne permette pas de régler tous les aspects du litige. Dans ce cas, il est fait application du droit commun de l'État dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle (article 6, § 1<sup>er</sup>, du règlement Rome I).

Cette espèce soulève une interrogation sur la cohérence de ce résultat<sup>26</sup>. La question est ouverte de savoir si le consommateur pourrait invoquer des règles plus protectrices du droit commun de la vente de l'État de sa résidence. La directive 1999/44 sur la vente n'exclut pas cette éventualité car elle n'établit qu'un niveau de protection minimale.

23. — *Cas pratique* : le vendeur est localisé en France et conclut un contrat avec un consommateur résidant en Belgique, qui a été démarché par le vendeur. Lors de la signature du contrat, les parties ont prévu l'application du CESL mais n'ont pas fait le choix du droit applicable à leur litige. Considérant que les châssis n'ont pas la taille demandée, le consommateur décide d'attirer le vendeur en justice.

La règle d'applicabilité du CESL est ici remplie puisque les parties ont choisi son application et qu'elles résident dans deux États différents dont l'un au moins est membre de l'Union. Encore faut-il que les règles de rattachement du juge saisi renvoient au droit d'un État membre.

<sup>25</sup> Pour rappel, trois éléments, repris à l'article 6, § 1<sup>er</sup>, doivent être réunis : voy. *supra*, note 15.

<sup>26</sup> Voy. *infra*, partie III.

Le règlement Rome I désigne le droit belge (article 6, § 1<sup>er</sup>). Le CESL trouve donc normalement à s'appliquer. On se demande si, néanmoins, le consommateur pourrait invoquer une disposition du droit belge de la vente plus favorable sur la question en litige, ce que n'exclut pas l'harmonisation minimale réalisée par la directive 1999/44.

8. – *Cas n° 8 : le contrat est conclu entre un vendeur et un consommateur résidant dans le même État membre ; la livraison a lieu dans un autre État membre ; le contrat désigne le droit de l'État membre de résidence et prévoit le choix du CESL*

24. – Dans cette hypothèse, le vendeur et le consommateur résident tous les deux dans le même État membre mais la livraison est effectuée dans un autre État membre. Le contrat prévoit l'application du CESL et désigne le droit de l'État dans lequel les parties résident. L'acheteur a été démarché par le vendeur.

Pour s'appliquer, le CESL doit avoir été choisi par les parties et les parties doivent, en principe, avoir leur résidence habituelle dans deux États différents dont l'un au moins est membre de l'Union européenne. Dans cette hypothèse, les parties résident dans le même État membre. Pour pouvoir appliquer le CESL, il faudrait que cet État ait opéré l'extension aux cas internes autorisée par le règlement. Il faut, enfin, que le droit d'un des États soit désigné par les règles de rattachement du juge saisi.

Dans ce cas, la règle de rattachement pertinente est celle de l'article 6, § 2, du règlement Rome I, puisque les parties ont adopté une clause de choix de loi et que le contrat en cause est un contrat de consommation au sens de cette disposition<sup>27</sup>. Celle-ci autorise un tel choix pour autant qu'il n'ait pas pour effet « de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord en vertu de la loi qui aurait été applicable, en l'absence de choix ». Dans cette hypothèse, ce choix ne pose aucune difficulté dans la mesure où vendeur et consommateur résident dans le même État membre. Il n'y a donc, par hypothèse, pas lieu de comparer les dispositions impératives de la loi choisie et celles de la loi de l'État membre du consommateur. Si cet État a opéré l'extension du CESL aux cas internes, celui-ci est normalement appliqué, à moins que le droit commun de la vente de cet État prévoit un régime plus protecteur.

25. – *Cas pratique* : le vendeur de châssis et le consommateur ont tous les deux leur résidence habituelle en Belgique. Par contre, le consommateur a demandé que les châssis soient livrés en France, où est localisée sa maison de vacances. Les parties ont choisi l'application du CESL et ont également désigné le droit belge. Considérant que les châssis n'ont pas la taille demandée, le consommateur décide d'intenter une action contre le vendeur.

<sup>27</sup> Pour rappel, trois éléments, repris à l'article 6, § 1<sup>er</sup>, doivent être réunis : voy. *supra*, note 15.



Le juge belge appliquera le droit belge en vertu de l'article 6, § 2, du règlement Rome I, y compris les dispositions d'exécution de la directive 1999/44. Le CESL n'est pas applicable car les parties résident dans le même État, à moins que la Belgique ait opéré l'extension aux cas internes autorisée par le règlement.

9. — *Cas n° 9 : le contrat est conclu entre un vendeur et un acheteur résidant dans le même État membre ; la livraison a lieu dans un pays tiers ; le contrat ne contient pas de clause de choix de loi et prévoit le choix du CESL*

26. — Dans cette hypothèse, le vendeur et l'acheteur résident tous les deux dans le même État membre mais la livraison est effectuée dans un pays tiers. Le contrat prévoit l'application du CESL et désigne le droit de l'État dans lequel les parties résident. L'acheteur a été démarché par le vendeur.

Pour s'appliquer, le CESL doit avoir été choisi par les parties et les parties doivent, en principe, avoir leur résidence habituelle dans deux États différents dont l'un au moins est membre de l'Union européenne. Or, dans cette hypothèse, les parties résident dans le même État membre. Pour pouvoir appliquer le CESL, il faut alors que l'État dont le droit a été choisi ait opéré son extension aux cas internes autorisée par le règlement. Il faut, enfin, que le droit d'un des États soit désigné par les règles de rattachement du juge saisi.

Le juge d'un État membre utilisera la règle de rattachement en matière de vente du règlement Rome I. L'article 4, § 1<sup>er</sup>, a)<sup>28</sup>, désigne le droit de l'État dans lequel le vendeur a sa résidence habituelle. Le CESL s'applique pour autant que cet État ait étendu son application aux cas internes.

Le droit désigné pourrait encore être écarté par l'intervention de lois de police (article 9 du règlement Rome I), à savoir celles de l'État de livraison. Cette réserve pourrait affecter l'application du CESL.

27. — *Cas pratique* : le vendeur et l'acheteur résident en Belgique. L'acheteur commande des châssis mais s'aperçoit au moment de la livraison que les marchandises ne correspondent pas à ce qu'il avait commandé. Il intente une action contre le vendeur. Le contrat prévoit l'application du CESL. Pour pouvoir l'appliquer, il faut que la Belgique ait opéré l'extension aux cas internes autorisée par le règlement. Par ailleurs, il faut s'assurer que les règles de rattachement du juge saisi désignent le droit d'un État membre.

<sup>28</sup> Notons que le règlement Rome I s'applique uniquement si les juridictions saisies sont celles d'un État membre (dans ce cas sur la base de l'article 2 du règlement Bruxelles I). Dès lors que la livraison a ici eu lieu dans un pays tiers, la saisine des juridictions d'un État tiers ne peut être exclue, même si elle est peu probable. Dans ce cas, les règles de droit international privé en vigueur dans cet État désignent le droit applicable au litige.

En l'espèce, l'article 4 du règlement Rome I désigne le droit belge. Le CESL n'est pas applicable à moins que la Belgique ait opéré son extension aux cas internes.

10. – *Cas n° 10 : le contrat est conclu entre un vendeur résidant dans un pays tiers et un consommateur résidant dans un État membre ; il désigne le droit du pays tiers et prévoit le choix du CESL*

28. – Le contrat est conclu entre un vendeur résidant dans un pays tiers et un consommateur résidant dans un État membre. Ce dernier désigne le droit du pays tiers et prévoit l'application du CESL. Le consommateur a été démarché par le vendeur.

Dès lors qu'une des parties réside dans un pays tiers, il y a avant tout lieu de vérifier quelles sont les juridictions saisies.

Si le demandeur saisit les juridictions du pays tiers, le droit applicable est déterminé conformément aux règles de droit international privé en vigueur dans ce pays<sup>29</sup>. Si ces règles désignent le droit d'un pays tiers, le CESL pourrait être appliqué si ce droit autorise l'intégration de ces règles comme dispositions supplétives.

Si le demandeur saisit les juridictions d'un État membre, il faut vérifier si le CESL s'applique au cas d'espèce<sup>30</sup>. Pour s'appliquer, le CESL doit avoir été choisi par les parties et les parties doivent avoir leur résidence habituelle dans deux États différents dont l'un au moins est membre de l'Union européenne. Il faut, préalablement, que le droit d'un de ces États soit désigné par les règles de rattachement du juge saisi.

En l'espèce, la règle de rattachement pertinente est celle de l'article 6, § 2, du règlement Rome I puisque les parties ont adopté une clause de choix de loi et que le contrat en cause est un contrat de consommation au sens de cette disposition<sup>31</sup>. Le règlement autorise le choix de loi pour autant que ce choix n'ait pas pour effet « de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord en vertu de la loi qui aurait été applicable, en l'absence de choix ». Cet article impose de comparer les règles impératives indérogeables de la loi choisie et celles de la loi de la résidence habituelle du consommateur applicable à défaut de choix. Dans le cas d'espèce, le consommateur peut-il invoquer, parmi les règles impératives indérogeables de l'État membre de sa résidence, celles du CESL seulement ou aussi celles du droit commun de cet État ? Il n'est pas exclu que ce droit

<sup>29</sup> La compétence des juridictions dépend des règles de droit international privé de l'État tiers.

<sup>30</sup> Si l'action est intentée par le vendeur, les juridictions sont compétentes sur la base de l'article 16, § 2, du règlement Bruxelles I. Si l'action est introduite par le consommateur, les règles de compétence du règlement Bruxelles I ne trouveront pas à s'appliquer car le défendeur n'est pas domicilié dans un État membre. La compétence sera déterminée par les règles de droit international privé nationales applicables dans cet État membre. En Belgique par exemple, il s'agit de l'article 97 du Codip.

<sup>31</sup> Pour rappel, trois éléments, repris à l'article 6, § 1<sup>er</sup>, doivent être réunis : voy. *supra*, note 15.



soit plus protecteur, notamment du fait que la directive 1999/44 sur la vente n'établit qu'une harmonisation minimale.

Ce cas soulève des interrogations sur la cohérence des résultats<sup>32</sup>.

29. — *Cas pratique* : le vendeur et le consommateur résident respectivement aux États-Unis et en Belgique. Les parties ont adopté une clause de choix de loi désignant le droit américain et ont prévu l'application du CESL. Le consommateur a passé commande via un site du vendeur rédigé en langue française et permettant la livraison en Europe. Considérant que les châssis n'ont pas la taille commandée, le consommateur intente une action contre le vendeur.

S'il saisit les juridictions américaines, le droit applicable est déterminé en fonction des règles de droit international privé applicables dans cet État<sup>33</sup>. Le CESL peut être appliqué si la loi américaine autorise l'intégration de ces règles comme disposition supplétive.

S'il saisit les juridictions belges<sup>34</sup>, il faut vérifier l'application du CESL. La règle d'applicabilité du CESL est ici remplie dès lors que les parties ont choisi son application et qu'elles résident dans deux États différents dont l'un au moins est membre de l'Union. Encore faut-il que les règles de rattachement du juge saisi renvoient au droit d'un État membre.

Dans le cas d'espèce, l'article 6, § 2, du règlement Rome I permet le choix du droit américain pour autant qu'il n'ait pas pour effet de « priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord en vertu de la loi qui aurait été applicable, en l'absence de choix ». Cet article impose de comparer les règles impératives indérogeables du droit américain et celles du droit belge. Si les règles américaines offrent une protection supérieure ou équivalente à celle prévue par le CESL, le droit américain s'applique. Si elles offrent une protection moins favorable que celles prévues par le CESL, ce dernier s'applique. Néanmoins, le consommateur pourrait encore invoquer des règles plus protectrices du droit belge de la vente, ce que n'exclut pas la directive 1999/44 qui n'établit qu'une harmonisation minimale. À tout le moins, il peut bénéficier de la directive 1999/44, si la désignation du droit applicable résulte du choix du droit d'un pays tiers et que le contrat présente de lien étroit avec l'Union normalement concrétisé par la localisation de la résidence du consommateur (art. 7 de la directive).

<sup>32</sup> Voy. *infra*, partie III.

<sup>33</sup> La compétence des juridictions américaines dépend des règles de droit international privé applicables aux États-Unis.

<sup>34</sup> En vertu des dispositions du Code belge de droit international privé (art. 97 Codip), puisque le règlement Bruxelles I ne régit pas les actions introduites contre un défendeur domicilié dans un pays tiers.

11. — *Cas n° 11 : le contrat est conclu entre un vendeur résidant dans un État membre et un acheteur résidant dans un pays tiers ; il ne contient pas de clause de choix de loi et prévoit le choix du CESL*

30. — Dans cette hypothèse, le contrat est conclu entre un vendeur résidant dans l'Union européenne et un acheteur résidant dans un pays tiers. La livraison est effectuée dans un État membre. Les parties n'ont pas fait de choix de loi mais ont choisi d'appliquer le CESL. L'acheteur a pris l'initiative de contacter le vendeur.

Dès lors que l'une des parties réside dans un pays tiers, il y a avant tout lieu de vérifier quelles sont les juridictions saisies.

Si le demandeur saisit les juridictions du pays tiers, le droit applicable est déterminé conformément aux règles de droit international privé en vigueur dans ce pays<sup>35</sup>. Le CESL peut être appliqué si la loi du pays tiers autorise l'intégration de ces règles comme dispositions supplétives.

Si le demandeur saisit les juridictions d'un État membre, il faut examiner l'application du CESL<sup>36</sup>. Pour s'appliquer, le CESL doit avoir été choisi par les parties et les parties doivent avoir leur résidence habituelle dans deux États différents dont l'un au moins est membre de l'Union européenne. Il faut, préalablement, que le droit d'un de ces États soit désigné par les règles de rattachement du juge saisi.

En l'espèce, la règle de rattachement pertinente est celle inscrite à l'article 4 du règlement Rome I. Celui-ci désigne la loi de l'État de la résidence habituelle du vendeur. Dans le cas d'espèce, il s'agit d'un État membre. Par conséquent, le CESL est appliqué.

Le droit désigné pourrait encore être écarté par l'intervention de lois de police (article 9 du règlement Rome I). Cette réserve pourrait affecter l'application du CESL.

31. — *Cas pratique* : le vendeur et l'acheteur résident respectivement en France et aux États-Unis. Ce dernier a pris l'initiative de contacter le vendeur. Il a commandé des châssis qui doivent être livrés en Belgique. Les parties ont prévu l'application du CESL. Considérant que les châssis livrés ne correspondent pas à ceux qu'il avait commandés, l'acheteur décide d'agir contre le vendeur.

Si l'acheteur saisit les juridictions américaines, le droit applicable est déterminé conformément aux règles de droit international privé applicables dans cet État<sup>37</sup>.

<sup>35</sup> La compétence des juridictions dépend des règles de droit international privé de l'État tiers.

<sup>36</sup> La compétence des juridictions est fondée sur les règles de droit international privé de la juridiction saisie si c'est le vendeur qui intente l'action, et sur la base de l'article 2 ou de l'article 5, 1°, b), premier tiret, du règlement Bruxelles I si c'est l'acheteur qui l'introduit.

<sup>37</sup> La compétence des juridictions américaines dépend des règles de droit international privé applicables aux États-Unis.



Le CESL peut être appliqué si la loi du pays tiers autorise l'intégration de ces règles comme disposition supplétive.

Si l'acheteur agit devant les juridictions françaises<sup>38</sup>, se pose la question de l'application du CESL. La règle d'applicabilité du CESL est ici remplie dès lors que les parties ont choisi son application et qu'elles résident dans deux États différents dont la France. L'article 4 du règlement Rome I renvoie au droit français. Le CESL peut donc être appliqué. Cependant, le juge pourrait encore donner effet à une loi de police du droit belge (art. 9, § 3, du règlement Rome I). En revanche, l'acheteur ne semble pas pouvoir bénéficier de la directive 1999/44, quoiqu'il puisse être consommateur au sens de celle-ci, car le droit applicable ne résulte pas du choix de la loi d'un pays tiers et le contrat ne présente pas de lien étroit avec l'Union normalement concrétisé par la localisation de la résidence du consommateur.

*12. — Cas n° 12 : le contrat est conclu entre un vendeur résidant dans un État membre et un consommateur résidant dans un pays tiers ; il ne contient pas de clause choix de loi et prévoit le choix du CESL*

32. — Dans cette hypothèse, le contrat est conclu entre le vendeur, résidant dans l'Union européenne, et un consommateur, résidant dans un pays tiers. Ce contrat ne contient pas de clause de choix de loi mais prévoit l'application du CESL. Le consommateur a utilisé un site du vendeur rédigé dans la langue du pays du consommateur et permettant de livrer dans ce pays.

Dès lors que l'une des parties réside dans un pays tiers, il y a avant tout lieu de vérifier quelles sont les juridictions saisies.

Si le demandeur saisit les juridictions du pays tiers, le droit applicable est déterminé conformément aux règles de droit international privé en vigueur dans ce pays<sup>39</sup>. Le CESL peut être appliqué si la loi du pays tiers autorise l'intégration de ces règles comme dispositions supplétives.

Si le demandeur saisit les juridictions d'un État membre, il faut examiner l'application du CESL<sup>40</sup>. Pour s'appliquer, le CESL doit avoir été choisi par les parties et celles-ci doivent avoir leur résidence habituelle dans deux États différents dont l'un au

<sup>38</sup> La compétence des juridictions françaises ou belges dépend du règlement Bruxelles I. Seules les juridictions françaises seront compétentes (article 2 ou article 5, 1°, b), premier tiret, du règlement).

<sup>39</sup> La compétence des juridictions dépend des règles de droit international privé de l'État tiers.

<sup>40</sup> La compétence des juridictions est fondée sur l'article 16 du règlement Bruxelles I si le consommateur est demandeur à l'action, et sur les règles de droit international privé applicables dans l'État du juge saisi si le vendeur est demandeur à l'action. Dans ce dernier cas, le règlement Bruxelles I ne peut s'appliquer dès lors que le défendeur n'est pas domicilié dans un État membre.

moins est membre de l'Union européenne. Il faut préalablement que le droit d'un de ces États soit désigné par les règles de rattachement du juge saisi.

En l'espèce, l'article 6, § 1<sup>er</sup>, du règlement Rome I désigne la loi de la résidence habituelle du consommateur<sup>41</sup>. Or, le consommateur réside dans un pays tiers. L'application du CESL dépend donc du fait que le droit du pays tiers autorise l'intégration de ces règles comme dispositions supplétives. Si ce droit n'admet pas l'intégration des règles du CESL comme dispositions supplétives, le litige sera résolu par le droit commun du pays tiers.

33. – *Cas pratique* : le vendeur et le consommateur résident respectivement en France et aux États-Unis. Le consommateur a utilisé un site Internet du vendeur permettant de livrer aux États-Unis. Les parties n'ont pas désigné le droit applicable à leur litige mais ont prévu l'application du CESL. Considérant que les châssis livrés ne correspondent pas à ceux qu'il avait commandés, le consommateur décide d'agir contre le vendeur.

Si le consommateur saisit les juridictions américaines, le droit applicable est déterminé conformément aux règles de droit international privé en vigueur aux États-Unis<sup>42</sup>. Le CESL peut être appliqué si le droit américain autorise l'intégration de ces règles comme disposition supplétive.

Si le demandeur saisit les juridictions françaises<sup>43</sup>, il faut examiner l'application du CESL. La règle d'applicabilité du CESL est ici remplie dès lors que les parties ont choisi son application et qu'elles résident dans deux États différents dont la France. Encore faut-il que les règles de rattachement du juge saisi renvoient au droit d'un État membre.

L'article 6, § 1<sup>er</sup>, du règlement Rome I désigne le droit américain. L'application du CESL dépend du fait que le droit américain autorise l'intégration de ces règles comme dispositions supplétives. En revanche, le consommateur ne semble pas pouvoir bénéficier de la directive 1999/44 sur la vente, car le droit applicable ne résulte pas du choix de la loi d'un pays tiers et le contrat ne présente pas de lien étroit avec l'Union normalement concrétisé par la localisation de la résidence du consommateur.

<sup>41</sup> Le contrat en cause est un contrat de consommation. Pour rappel, trois éléments, repris à l'article 6, § 1<sup>er</sup>, doivent être réunis : voy. *supra*, note 15.

<sup>42</sup> La compétence des juridictions est quant à elle déterminée par les règles de droit international privé applicables aux États-Unis.

<sup>43</sup> Les juridictions françaises seront compétentes sur base de l'article 16 du règlement Bruxelles I.



13. — *Cas n° 13 : le contrat est conclu entre un vendeur résidant dans un pays tiers et un consommateur résidant dans l'Union européenne ; il ne contient pas de clause de choix de loi et prévoit le choix du CESL*

34. — Dans ce dernier cas, le vendeur réside dans un pays tiers alors que le consommateur réside dans un État membre. Le contrat ne contient pas de clause de choix de loi mais prévoit l'application du CESL. Le consommateur a utilisé un site Internet du vendeur permettant une livraison dans son pays de résidence et utilisant la langue de ce pays.

Dès lors que l'une des parties réside dans un pays tiers, il y a avant tout lieu de vérifier quelles sont les juridictions saisies.

Si les juridictions saisies sont celles de l'État tiers, le CESL peut être appliqué si la loi du pays tiers autorise l'intégration de ces règles comme dispositions supplétives.

Si le demandeur saisit les juridictions d'un État membre, il faut examiner l'application du CESL. Pour s'appliquer, le CESL doit avoir été choisi par les parties et les parties doivent avoir leur résidence habituelle dans deux États différents dont l'un au moins est membre de l'Union européenne. Il faut préalablement que le droit d'un de ces États soit désigné par les règles de rattachement du juge saisi.

En l'espèce, l'article 6, § 1<sup>er</sup>, du règlement Rome I désigne le droit de l'État de la résidence habituelle du consommateur<sup>44</sup>. Dès lors que celui-ci réside dans un État membre, les dispositions du CESL s'appliquent normalement. Cependant, celui-ci peut-il invoquer les dispositions impératives indérogeables du droit commun de la vente de cet État si celles-ci lui sont plus favorables, hypothèse nullement exclue, notamment du fait que la directive 1999/44 n'établit qu'une harmonisation minimale ?

En termes de cohérence, ce cas suscite des interrogations<sup>45</sup>.

35. — *Cas pratique* : le vendeur et le consommateur résident respectivement aux États-Unis et en Belgique. L'acheteur a utilisé un site Internet du vendeur rédigé en français et permettant la livraison en Belgique. Les parties n'ont pas désigné le droit applicable à leur litige mais ont prévu l'application du CESL. Considérant que les châssis livrés ne correspondent pas à ceux qu'il avait commandés, le consommateur décide d'agir contre le vendeur.

S'il saisit les juridictions belges<sup>46</sup>, il faut examiner l'application du CESL. La règle d'applicabilité du CESL est ici remplie dès lors que les parties ont choisi son application et qu'elles résident dans deux États différents dont la Belgique. Encore faut-il

<sup>44</sup> Le contrat en cause est un contrat de consommation. Pour rappel, trois éléments, repris à l'article 6, § 1<sup>er</sup>, doivent être réunis : voy. *supra*, note 15.

<sup>45</sup> Voy. *infra*, partie III.

<sup>46</sup> Les juridictions belges seront compétentes sur base de l'article 97 du Codip, l'action introduite contre un défendeur domicilié dans un pays tiers n'étant pas régie par le règlement Bruxelles I.

que les règles de rattachement du juge saisi renvoient au droit d'un État membre. En l'espèce, l'article 6, § 1<sup>er</sup>, du règlement Rome I désigne le droit belge. Le CESL est donc normalement applicable. Pourtant, le consommateur pourrait encore invoquer des dispositions plus favorables du droit belge de la vente, sans exclure le bénéfice de la directive 1999/44.

Si le consommateur saisit les juridictions américaines<sup>47</sup>, le droit applicable est déterminé conformément aux règles de droit international privé en vigueur aux États-Unis. Le CESL peut être appliqué si le droit applicable autorise l'intégration de ces règles comme dispositions supplétives.

### III. – Analyse des résultats

36. – Les résultats de l'analyse d'impact suscitent des observations sous l'angle, d'une part, de la cohérence de la politique législative de l'Union et de celle des États membres et, d'autre part, de l'objectif de sécurité juridique, respectivement pour le consommateur et pour l'entreprise, objectif inhérent au projet CESL.

#### A. – COHÉRENCE / INCOHÉRENCE DE L'OBJECTIF DE POLITIQUE LÉGISLATIVE

37. – L'analyse d'impact sous l'angle de la cohérence de la politique est de nature à susciter des questions d'interprétation concernant l'articulation précise du CESL et de l'article 6 du règlement Rome I.

##### 1. – *Incohérence de la politique du législateur européen*

38. – La règle de conflit de lois posée par l'article 6, § 2, du règlement Rome I, disposition dont la proposition de règlement concernant le CESL ne supprime pas formellement l'application, a pour objectif de protéger le consommateur contre un choix de loi opéré dans le contrat. En termes de technique de rattachement, cet objectif se traduit par l'utilisation d'une méthode de rattachement alternatif : le consommateur peut invoquer, au choix, soit la loi de sa résidence, soit la loi choisie dans le contrat, en fonction du niveau de protection offert. En d'autres termes, le CESL ne devrait être appliqué que s'il est plus favorable au consommateur que les dispositions impératives de la loi de résidence de celui-ci. Une préférence éventuelle pour le CESL ne pourrait résulter que d'une interprétation du droit de cet État, selon laquelle le CESL qui y est intégré exclut désormais toute forme de protection

<sup>47</sup> La compétence sera déterminée en fonction des règles de droit international privé en vigueur dans l'État du juge saisi.



plus élevée du consommateur dès que celui-ci a choisi de renoncer à cette protection plus élevée. Cela reviendrait à estimer que le consommateur puisse renoncer à ce niveau de protection plus élevé au moment de la formation du contrat. Or, cette forme de renonciation est normalement inopposable au consommateur dans un but de protection de la partie faible.

Une application du CESL par l'effet de la clause d'*opt-in* au détriment des règles impératives indérogeables de l'État de résidence du consommateur serait un résultat curieux car la désignation du CESL découlerait d'une règle de rattachement, celle de l'article 6, § 2, du règlement Rome I, qui vise à protéger le consommateur en écartant précisément la loi qui régit le contrat en vertu d'un choix des parties si celle-ci n'assure pas de protection équivalente. Il y a donc contradiction entre l'objectif de l'article 6, § 2, et le résultat obtenu, à moins que le CESL donne un niveau de protection équivalent.

39. – Il y aurait aussi une incohérence d'ordre technique à faire reposer la désignation du droit national qui contient le CESL sur une règle de rattachement qui entend précisément écarter ce droit en tant que loi choisie par les parties. Le considérant n° 12 du préambule de la proposition de règlement sur le CESL estime que l'article 6, § 2, du règlement Rome I « n'a aucune importance pratique » dans le cas visé car celui-ci « est fondé sur l'existence d'écarts entre les niveaux de protection des consommateurs assurés dans les États membres ».

Les termes « aucune importance pratique » sont ambigus : signifient-ils que l'article 6, § 2, doit être écarté, ou plutôt, comme c'est probable, qu'il reste applicable mais qu'en toute hypothèse, le renvoi fait aux dispositions impératives de la loi de résidence du consommateur n'aura jamais lieu parce que le CESL aurait supprimé les écarts constatés ? Pourtant, cette assertion sur la disparition des écarts semble contredite par le considérant n° 3 du préambule, selon lequel « L'harmonisation du droit de la consommation réalisée au niveau de l'Union a certes permis un rapprochement dans certains domaines, mais les divergences entre les législations des États membres demeurent substantielles : l'harmonisation actuelle laisse aux États membres un large choix d'options quant à la manière de se conformer aux exigences de la législation de l'Union et au degré de protection des consommateurs à assurer ». De fait, en matière de vente même, la directive 1999/44 du 25 mai 1999 ne réalise qu'une harmonisation minimale, permettant aux États d'adopter un niveau de protection plus élevé. Ainsi, malgré le CESL, des divergences importantes subsistent entre les droits des États membres et l'article 6, § 2, conserve donc une importance pratique potentielle. De plus, les termes du considérant n° 12 ne peuvent avoir égard qu'à une comparaison des droits des États membres et négligent ce que peut prévoir le droit d'un pays tiers. Or, l'article 6, § 2, peut conduire à désigner le droit d'un tel État, chaque fois que le consommateur réside hors de l'Union.

40. – Les termes du CESL selon lesquels celui-ci constitue un système autonome et complet excluant, dans le domaine matériel couvert, l'application de toute norme qui lui est extérieure, pourraient encore s'interpréter comme excluant toute norme autre de l'État membre même dont le droit a été choisi par les parties, non les dispositions pertinentes de tout autre système juridique également déclaré applicable par la règle de rattachement. Selon la structure alternative de l'article 6, § 2, le droit national choisi par les parties régit le rapport contractuel en tant que tel, dans son ensemble, alors que le droit du pays du consommateur intervient à titre dérogatoire et ponctuel, pour les seules dispositions impératives indérogeables, si celles-ci sont plus favorables au consommateur. Ainsi, le CESL combiné avec l'article 6, § 2, pourrait se comprendre comme excluant que le consommateur invoque une disposition impérative nationale du droit choisi par les parties, non toute disposition impérative d'un autre système juridique déclaré applicable par l'article 6, § 2, à savoir du droit de la résidence du consommateur.

L'articulation du CESL avec l'article 6, § 1<sup>er</sup>, du règlement Rome I, désignant le droit applicable à défaut de choix des parties, pourrait soulever une question d'interprétation analogue, mais en des termes quelque peu différents. Cette disposition soumet au droit du pays de résidence du consommateur le rapport contractuel dans son ensemble, en tant que rapport juridique, sans expliciter d'objectif spécifique de protection. On pourrait donc croire que cette soumission au droit de cet État emporte l'application du CESL en cas d'*opt-in*, sans possibilité d'invoquer d'autres dispositions impératives de cet État. Toutefois, ce résultat serait peu compatible avec l'objectif général de protection de l'article 6, disposition qui déroge précisément au principe de rattachement de l'article 4, principe tendant à privilégier plutôt la loi du vendeur.

41. – Une autre forme d'incohérence systémique de la politique législative semble liée à la coexistence de différentes catégories d'acheteurs non professionnels, soumis à des dispositions distinctes. En effet, le règlement Rome I n'assure de protection spécifique qu'au consommateur dit passif ou semi-passif, recevant une offre, une publicité dans son pays de résidence, ou contractant avec une entreprise dirigeant ses activités vers ce pays. Le consommateur dit actif relève, quant à lui, des mêmes dispositions que tout acheteur, commerçant ou non. Aussi est-il prévisible qu'un consommateur protégé par l'article 6 n'aura pas intérêt à conclure un *opt-in*, alors que le consommateur non protégé et donc soumis aux rattachements des articles 3 et 4 aura intérêt à le faire<sup>48</sup> : on observerait alors un résultat contre-productif de la politique, puisque, d'un côté, le législateur européen, en adoptant le règlement Rome I, n'a entendu protéger qu'une catégorie de consommateurs alors que, par l'effet du CESL, d'autres catégories pourraient organiser une forme de protection analogue.

<sup>48</sup> Voy. *infra*, point B, 1.



42. — Autre chose cependant serait de s'interroger sur l'impact du principe de reconnaissance mutuelle sur le processus de désignation du droit applicable, dont pourrait résulter un frein à l'applicabilité des règles impératives indérogeables de l'État membre de résidence du consommateur, chaque fois que le droit national — ou le CESL — choisi par les parties offre un niveau de protection équivalent. Cette problématique déborde le cadre de l'adoption du CESL car elle affecte, de manière plus générale, l'applicabilité des lois de police de l'État membre d'accueil chaque fois que celle-ci ne serait pas nécessaire eu égard au niveau de protection équivalent déjà offert par la loi de l'État membre d'origine. Une telle interrogation affectait déjà plus généralement la mise en œuvre des articles 6, 7, 8 et 9 du règlement Rome I. À tout le moins, cet élément ne semble guère avoir été mis en exergue en tant que tel par la motivation de la proposition de règlement sur le CESL. Au demeurant, l'application du principe de reconnaissance mutuelle au motif d'une mise en équivalence des droits nationaux par le CESL aurait curieusement pour prémisse qu'il serait de la responsabilité même du consommateur de déclencher cette application en optant pour le CESL et de renoncer, par le fait même, à un niveau de protection éventuellement accru offert par le droit de son pays.

## 2. — *Incohérence pour le législateur national*

43. — Grâce à l'applicabilité immédiate du règlement, celui-ci est intégré dans le droit national : il reçoit la même normativité (force obligatoire) que les lois nationales. Ainsi, l'ensemble des sources normatives en vigueur dans l'État du for comprend, d'une part, un régime optionnel basé sur l'objectif d'un certain niveau de protection du consommateur, d'autre part un régime de droit commun qui est également basé sur un objectif de protection du consommateur, parfois au départ d'une harmonisation minimale<sup>49</sup>.

Ainsi, le droit national, tout en constituant un ensemble systémique, exprime une contradiction en présentant une forme de *legal shopping* entre deux réseaux de normes impératives plus ou moins protectrices du consommateur. Cette approche semble peu compatible avec la notion de règle impérative ou d'ordre public en droit privé. Seule la circonstance que le CESL ne concernerait que les contrats transfrontières pourrait apparemment lever la contradiction, ce qui devrait inciter les États à ne pas prévoir d'élargissement aux cas internes. Pourtant, l'impérativité même des règles nationales de protection implique leur applicabilité potentielle à des contrats transfrontières, que ce soit via le concept de lois de police ou via le rattachement opéré par l'article 6, § 2, du règlement Rome I.

<sup>49</sup> Directive 1999/44 sur la vente ; directive 93/13 sur les clauses abusives.



B. – DEGRÉ DE SÉCURITÉ JURIDIQUE  
ATTEINT PAR LE RÉGIME OPTIONNEL

44. – La consécration de l'autonomie de la volonté dans les situations internationales peut se voir assigner pour objectif d'assurer la sécurité juridique pour les parties, dans la mesure où elle offre à celles-ci une prévisibilité optimale du droit applicable, tant du moins que cette consécration prévaut en droit international privé comparé. Or, il n'est pas certain qu'un régime optionnel, tout en reposant aussi sur un concept d'autonomie, suffise à réaliser un tel objectif.

1. – *Évaluation de la sécurité juridique  
pour le consommateur*

45. – L'acheteur non professionnel doit tenir compte d'un certain nombre de variables pour connaître le droit applicable à la vente. Or, au moment même de la conclusion du contrat, il doit décider un *opt-in* ou non : il doit donc pouvoir pratiquer des simulations pour déterminer le choix le plus approprié.

La réalisation de telles simulations en vue de la conclusion du contrat apparaît plutôt hypothétique. On voit mal un consommateur engagé dans un achat transfrontière, au demeurant de faible importance, procéder à une telle analyse stratégique avant de s'engager.

1° La position du consommateur protégé

46. – En cas d'*opt-in*, s'il veut assurer l'application du CESL, le consommateur doit faire un choix préalable de la loi d'un État membre s'il réside hors de l'Union. S'il réside dans l'Union, sans choix de loi applicable, l'article 6, § 1<sup>er</sup>, du règlement de Rome I suffit à désigner le CESL comme loi de sa résidence. S'il choisit la loi d'un État membre, l'article 6, § 2, pourrait conserver un effet utile s'il est interprété comme préservant avec plus de certitude la possibilité d'invoquer des dispositions impératives plus protectrices que celles de la loi choisie.

Normalement, le consommateur protégé n'aura pas intérêt à faire un *opt-in*. Cependant, une différence de stratégie pourrait dépendre du pays de résidence du consommateur dans l'Union. Si celui-ci réside dans un État membre qui connaît un niveau de protection peu élevé (par exemple qui ne dépasse pas le niveau de protection minimale dans un domaine harmonisé ou qui ne connaît pas de tradition de protection du consommateur), il aura intérêt à faire un *opt-in*. Le régime optionnel pourrait alors augmenter un risque de cristallisation d'un marché dual de la consommation dans l'Union, en fonction de l'état d'évolution du droit général des contrats ou de la consommation dans le pays d'origine de l'acheteur.



## 2° La position du consommateur non protégé

47. — Selon le système du règlement Rome I, le consommateur non protégé est pratiquement celui qui achète à l'étranger, dans l'État du vendeur ou qui achète dans le pays de sa résidence où le vendeur n'exercerait aucune activité dans le cadre duquel entre le contrat qui a été conclu. Le droit normalement applicable sera celui du vendeur, dans ses dispositions posant le droit commun de la vente.

En revanche, une clause d'*opt-in* permettra d'assurer l'application du CESL pourvu que l'une des parties au moins réside dans l'Union, et à condition d'un choix préalable du droit d'un État membre ou, à défaut de choix, si le vendeur réside dans un État membre.

Ce consommateur aura normalement intérêt à faire un *opt-in*. S'il ne le fait pas, il ne pourrait que tenter d'invoquer les dispositions impératives de l'article 9 du règlement Rome I.

## 2. — Évaluation de la sécurité juridique pour l'entreprise européenne

48. — Il est douteux que le système optionnel suffise à permettre à l'entreprise européenne de soumettre l'ensemble de ses contrats de vente à un régime unique. N'est pas considérée ici la question de l'applicabilité de la CVIM. Ce régime constitue pourtant une variable supplémentaire à prendre en compte si l'on inclut dans l'analyse l'ensemble des contrats commerciaux.

## 1° Distinction entre marché européen et marché mondial

49. — Si l'entreprise est présente sur le marché mondial, une distinction se fera en fonction de trois variables : selon que l'acheteur est européen ou non ; selon que celui-ci est protégé ou non au sens de l'article 6 du règlement Rome I ; et, si l'acheteur est non européen, selon que l'action est portée devant un juge de l'Union ou devant le juge d'un pays tiers.

L'entreprise européenne qui veut obtenir l'unicité de loi pour l'ensemble de ses contrats cherchera vraisemblablement à obtenir dans le contrat le choix de la loi d'un État membre et un *opt-in* du CESL. Ce double choix sera efficace si l'acheteur n'est pas un consommateur protégé, peu importe que cet acheteur soit européen ou non. Cependant, s'il veut s'assurer de la saisine d'une juridiction d'un État membre, seule à même d'assurer l'application du CESL dans la mesure où celui-ci devrait être dépourvu de force normative pour une juridiction d'un pays tiers, il devrait chercher à négocier une clause attributive de compétence, tout en sachant que l'opposabilité d'une telle clause à l'égard d'un consommateur visé par la directive 93/13 sur les clauses abusives est limitée...

En revanche, dans le cas d'un acheteur consommateur protégé, l'article 6 du règlement Rome I servira au juge d'un État membre à piloter le processus de désignation du droit applicable au contrat. Si ce consommateur est européen, le choix du droit d'un État membre pourrait être contre-productif pour l'entreprise si l'article 6, § 2, peut s'interpréter comme sauvegardant l'effet utile des dispositions plus protectrices de la loi de résidence du consommateur<sup>50</sup>. En l'absence de choix de loi, il semble incertain si l'*opt-in* se comprend comme suffisant à désigner le CESL en tant que loi régissant le contrat. Si le consommateur est non européen, tout *opt-in* assorti du choix du droit d'un État membre pourrait se révéler inefficace si la loi de résidence du consommateur peut rester applicable dans ses dispositions impératives indérogeables<sup>51</sup>. Dans ce cas, la portée pratique de l'article 6, § 2, du règlement Rome I serait préservée intégralement.

## 2° Appréciation globale de la diversité de lois potentiellement applicables

50. – Si l'entreprise décide d'utiliser la technique d'*opt-in*, elle risque d'augmenter la diversité de lois potentiellement applicables.

D'une part, la technique sera efficace si l'acheteur est une PME ou un consommateur non protégé, car ces acheteurs – sauf à la PME de comparer avec la CVIM – auront normalement intérêt à adhérer à l'*opt-in* : l'entreprise pourra donc conclure le contrat de manière satisfaisante pour elle.

D'autre part, si le consommateur est un consommateur européen protégé, il pourra estimer plus prudent de ne pas accepter d'*opt-in* : l'entreprise aura alors le choix, soit de refuser de contracter, soit de contracter sans *opt-in*.

Ensuite, si le consommateur protégé est non européen, la portée d'un *opt-in* sera aléatoire, en raison de deux variables : soit parce que l'action sera portée devant le juge d'un pays tiers, soit parce que le droit de résidence du pays tiers ne donne aucune portée normative au CESL.

Enfin, si l'État dont le droit est applicable n'a pas étendu le CESL aux contrats internes, l'entreprise verra ces contrats, qui sont normalement les plus nombreux, régis par un autre régime que les contrats internationaux. Ce phénomène est cependant commun à toute entreprise présente sur les marchés internationaux.

51. – En cumulant ces diverses variables, on peut estimer que leur combinaison peut générer trente-six résultats potentiellement différents sous l'angle du conflit de lois, selon le tableau suivant :

<sup>50</sup> Voy. *supra*, point A, 1.

<sup>51</sup> Voy. *supra*, point A, 1.



| Devant un juge EM |               | Acheteur UE  |          |              | Acheteur PT  |          | Consom. UE (C.) |               | Consom. PT (C.) |              |
|-------------------|---------------|--------------|----------|--------------|--------------|----------|-----------------|---------------|-----------------|--------------|
|                   |               | Choix loi EM | No choix | Choix Loi PT | Choix loi EM | No choix | Choix loi EM    | No choix      | Choix loi EM    | No choix     |
| Vendeur UE (V.)   | <i>Opt-in</i> | CESL         | CESL     | Loi PT       | CESL         | CESL     | CESL? Loi C?    | CESL? Loi C?  | CESL? Loi C?    | CESL? Loi C? |
|                   | No            | Loi EM       | Loi V.   | Loi PT       | Loi EM       | Loi V.   | Loi EM ou Loi C | Loi C         | Loi EM ou Loi C | Loi C        |
| Vendeur PT (V.)   | <i>Opt-in</i> | CESL         | Loi V.   | Loi PT       | Loi EM       | Loi V.   | CESL? Loi C?    | CESL? Loi C ? | Loi EM ou Loi C | Loi C        |
|                   | No            | Loi EM       | Loi V.   | Loi PT       | Loi EM       | Loi V.   | Loi EM ou Loi C | Loi C         | Loi EM ou Loi C | Loi C        |

Dans l'ensemble des 36 cas potentiels, le CESL ne serait appliqué que dans 11 cas dont 6 incertains en raison d'un problème d'interprétation concernant l'articulation entre le CESL et l'article 6 du règlement Rome I. Ces 11 cas sont ceux où un *opt-in* a été fait. Du point de vue d'une entreprise européenne, la fréquence serait de 8 cas sur 18. Sur l'ensemble des cas, la loi du vendeur serait applicable dans 6 cas et la loi du consommateur, dans 15 cas, dont 6 incertains.

À ces variables peuvent s'en ajouter d'autres, notamment, selon que le juge saisi est celui d'un État membre ou d'un État tiers, ou selon que l'action est intentée par le vendeur ou par le consommateur protégé, ou encore en fonction du degré de protection relative de l'acheteur en comparant les contenus matériels de diverses lois nationales potentiellement applicables par rapport au contenu du CESL. Or, cette comparaison risque d'être malaisée, dans la mesure où une première lecture du CESL suggère l'hypothèse qu'il pourra assurer un degré de protection variable en fonction de l'objet du litige : se posera alors le dilemme entre une comparaison globale des régimes et une comparaison point par point. Enfin, l'entreprise devra tenir compte d'une ventilation des domaines matériels d'application respectifs du CESL et du droit national applicable, puisque le CESL, dont le domaine matériel est certes étendu, ne couvre pas tout litige lié à un rapport contractuel.

La complexité engendrée par ces variables multiples est amplifiée par le système à double détente prévu par le législateur européen pour déterminer le droit applicable au contrat de vente : selon ce système, le juge saisi devra, avant d'appliquer le CESL et de vérifier les conditions de son applicabilité dans l'espace (vérification de la validité



de la convention d'*opt-in* ; vérification de la condition de résidence des parties), s'assurer de la désignation du droit d'un État membre par ses règles de rattachement, posées dans le règlement Rome I<sup>52</sup>. Cette technique à double détente est inusitée comme telle en droit international privé général et mériterait un examen technique approfondi<sup>53</sup>.

52. — La structure des règles de rattachement du règlement Rome I soulève une difficulté supplémentaire que les auteurs de la proposition de règlement ne semblent pas avoir aperçue. En effet, il est faux de croire que le règlement soumet le contrat à une loi unique. Des rattachements spéciaux peuvent provoquer un dépeçage du régime contractuel, affectant le consentement et la validité au fond (art. 10), la validité formelle (art. 11), l'incapacité (art. 13), la cession de créances et la subrogation conventionnelle (art. 14), la pluralité de débiteurs (art. 16), la compensation légale (art. 17). L'impact de ces divers rattachements spéciaux devrait être examiné avec soin, tout en tenant compte des limites du domaine matériel du CESL. Selon le préambule de la proposition de règlement (considérant 26), le CESL couvre :

« les matières du droit des contrats qui présentent un intérêt concret pendant le cycle de vie des types de contrats relevant des champs d'application matériel et personnel, plus particulièrement les contrats conclus en ligne. Outre les droits et obligations des parties et les moyens d'action possibles en cas d'inexécution, le droit commun européen de la vente devrait donc régir les obligations d'information précontractuelle, la conclusion du contrat (y compris les conditions formelles), le droit de rétractation et ses conséquences, l'annulation du contrat pour cause d'erreur, de dol, de menace ou d'exploitation déloyale et les conséquences de cette annulation, l'interprétation, le contenu et les effets du contrat, l'appréciation du caractère abusif des clauses contractuelles et les conséquences de celui-ci, la restitution consécutive à l'annulation et à la résolution, et la prescription et la forclusion des droits. Il devrait définir les sanctions applicables en cas de violation de toutes les obligations qu'il prescrit ».

Le préambule cite des questions non couvertes par le CESL (considérant 27) :

« Il s'agit de la personnalité juridique, de la nullité du contrat consécutive à l'incapacité, à l'illégalité ou à l'immoralité, de la détermination de la langue du contrat, de la non-discrimination, de la représentation, de la pluralité de débiteurs ou de créanciers, du changement de parties en cas de cession, compensation ou fusion, du droit de la propriété y compris le transfert de propriété, du droit de la propriété intellectuelle, et du droit de la responsabilité délictuelle. En outre, le droit commun européen de la

<sup>52</sup> Voy. *supra*, Introduction.

<sup>53</sup> Voy. à ce sujet, M. FALLON, « Les frontières spatiales du droit privé européen selon le droit de l'Union européenne », *Cahiers du CeDIE*, 2011/1, [www.uclouvain.be/370462.html](http://www.uclouvain.be/370462.html), à paraître in *Discussing the Boundaries of European Private Law – Les frontières du droit privé européen*, Bruxelles, Larcier, 2012.



vente n'aborde pas la question de savoir si des actions concurrentes en responsabilité contractuelle et extracontractuelle peuvent être intentées parallèlement ».

La difficulté précitée peut surgir à propos de la validité du consentement, qui peut relever de la loi de la résidence habituelle de la partie qui prétend n'avoir pas consenti (art. 10). Il en va de même des conditions de forme du contrat, qui peuvent relever de la loi qui régit le contrat au fond ou de la loi du pays de conclusion du contrat ou, en cas de contrat conclu à distance, de la loi de résidence d'une partie, en faveur de la loi qui permet d'assurer la validité du contrat. La forme du contrat de consommation visé par l'article 6 relève de la loi de résidence du consommateur (art. 11).

Par exemple, si le litige porte sur l'absence de consentement d'une partie à un contrat commercial comprenant un *opt-in* et que cette partie réside hors de l'Union alors que l'autre y réside et que le contrat contient un choix du droit d'un État membre, le contrat sera certes soumis dans son ensemble au droit d'un État membre par l'effet de ce choix – ou, à défaut de ce choix, parce que le vendeur réside dans l'Union – mais la question du consentement ne le sera pas : il semble alors que le règlement Rome I oblige le juge à appliquer à cette question la loi de résidence de la partie concernée. Un raisonnement analogue vaudrait pour la forme d'un contrat conclu par un consommateur résidant hors de l'Union lorsque le contrat contient par ailleurs un choix du droit d'un État membre.

En revanche, il ne semble pas y avoir de difficulté à propos de la capacité de contracter, de la pluralité de débiteurs, de la cession de créances, exclues du domaine matériel du CESL.

On peut donc estimer que l'entreprise soucieuse de préserver au mieux ses intérêts dans le commerce international devra se soumettre à une analyse multifactorielle complexe nécessitant le recours au service de juristes spécialisés dans les questions internationales avant de déterminer la voie la plus appropriée. Parmi ces variables multiples, celles relatives à la qualité de l'acheteur et à sa localisation géographique conservent un rôle non négligeable.

#### IV. – Conclusion

53. – La création d'un régime optionnel de droit commun européen de la vente (CESL) risque de ne pas atteindre l'objectif de simplification du processus de choix du droit applicable aux contrats transfrontières. D'une part, la technique d'applicabilité choisie, loin de faire l'impasse des règles de conflit de lois, crée un système à double détente superposant deux niveaux de règles de conflit. D'autre part, le régime optionnel crée, en termes de choix stratégiques offerts aux parties, une voie supplémentaire par rapport à la détermination d'un droit étatique, ce qui constitue un facteur de com-

plication et, partant, d'incertitude. De plus, la mesure de l'articulation exacte de l'applicabilité du CESL et des règles de rattachement de l'article 6 du règlement Rome I reste délicate en raison de difficultés d'interprétation dues à une forme d'incohérence de la politique législative poursuivie.

Le résultat est de nature à desservir un objectif de sécurité juridique, tant pour le consommateur que pour le vendeur. Pourvu qu'il soit à même de déterminer ses choix avant de conclure, le premier aurait tendance à accepter un *opt-in* s'il est un consommateur actif ou un consommateur passif ou semi-passif originaire d'un pays tiers ou de certains États membres dont le droit de la consommation est moins avancé que dans d'autres États membres, alors que les consommateurs passifs ou semi-passifs originaires d'États connaissant un régime élevé de protection devraient tendre à ne pas formuler d'*opt-in*. Quant au vendeur, un *opt-in* ne suffirait pas à lui assurer une unicité de régime de l'ensemble de ses contrats, vu le nombre de variables de nature à influencer la détermination du droit applicable à l'ensemble de ses contrats, internes et internationaux, conclus avec un consommateur protégé ou non protégé, européen ou non européen.

Les parties contractantes restent donc, malgré le CESL, confrontées à un espace de diversité normative inhérent à l'espace transfrontière. Les résultats de l'analyse d'impact suggèrent l'irréductibilité du conflit de lois et la nécessité pour les décideurs politiques de se résoudre à ce constat de réalité. Cet espace transfrontière de diversité se doublerait cependant, avec le CESL, d'une autre forme de diversité à l'intérieur du système juridique, due à la spécificité de la politique législative européenne. Celle-ci, par le jeu conjugué, sinon décuplé, de l'harmonisation minimale et d'un régime optionnel, provoquerait l'émergence dans l'espace du marché intérieur européen, d'un régime contractuel à trois étages, celui de la protection minimale d'une directive, celui de la protection complémentaire du droit commun de l'État et celui, nouveau, du « second » régime optionnel. L'objectif répété de la proposition de règlement d'une réduction des coûts de transaction pourrait donc ne pas être atteint. Il est vrai cependant que l'analyse d'impact, centrée sur le potentiel de disparité inhérent à tout contexte de diversité normative, n'a pas porté sur une comparaison point à point des contenus respectifs des droits de la vente des États, des directives d'harmonisation minimale et du CESL. Même si une approche superficielle suggère le maintien de disparités sensibles, seule une analyse comparative point à point est de nature à établir l'indifférence – affichée par la proposition de règlement concernant le CESL – des choix en termes de droit applicable à la vente internationale.

