



Union des Entreprises Luxembourgeoises (UEL)

7, rue Alcide de Gasperi

Boite Postale 3024

L-1030 Luxembourg

Numéro d'identification au registre des représentants d'intérêts : 82936193787-44

Consultation de la Commission européenne

A European contract law for consumers and businesses:

Publication of the results of the feasibility study carried out by the Expert Group on European contract law for stakeholders' and legal practitioners' feedback

Dans le cadre de sa Stratégie Europe 2020, la Commission européenne œuvre pour supprimer les entraves au marché unique, ce qui permettrait, outre une meilleure intégration au niveau européen, de stimuler la reprise économique. Les entraves d'origine légale en font également partie, et notamment celles au niveau du droit des contrats. Actuellement, les entreprises et les consommateurs ont affaire, dans le cadre de leurs transactions transfrontières, à des législations nationales différentes, du fait de la fragmentation légale au sein du marché intérieur dans ce domaine. La Commission a donc chargé un groupe d'experts de réaliser une étude de faisabilité sur une future initiative en matière de droit européen des contrats. Elle soumet désormais l'étude réalisée à la consultation publique.

L'UEL soutient les initiatives qui contribuent à dynamiser les échanges au sein de l'Union européenne. Dans le cadre de la présente consultation, elle se prononce, sous certaines réserves, en faveur de l'idée d'introduire un instrument facultatif de droit européen des contrats qui serait inspiré des dispositions de l'Etude de faisabilité. Elle estime qu'il est indispensable qu'un tel instrument coexiste harmonieusement avec les règles et les usages des droits nationaux des Etats membres, du droit communautaire et du droit international et qu'il apporte une véritable simplification pour les transactions transfrontières.

I. Résumé de l'avis UEL dans le cadre du livre vert relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats

Tandis que la présente consultation sur l'Etude de faisabilité s'attache au contenu d'un éventuel instrument européen de droit des contrats, la Commission a déjà émis, début 2011, un livre vert relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises qui portait davantage sur la question de la forme et du champ d'application que pourrait prendre un tel instrument. Ces deux consultations étant étroitement liées, il convient de rappeler brièvement la position de l'UEL dans le cadre du livre vert sur le droit des contrats.

L'UEL, dans son avis du 27 janvier 2011, avait déjà soutenu la volonté affichée de la Commission de faciliter les transactions transfrontières et d'améliorer l'espace juridique contractuel au sein du marché intérieur. Selon l'UEL, il est indispensable dans ce contexte de remédier au **problème de la fragmentation légale** en droit des contrats dans l'Union européenne afin de dynamiser les échanges au sein du marché intérieur, en permettant aux contrats entre professionnels (B2B) mais surtout aux contrats entre professionnels et consommateurs (B2C) de « passer plus aisément les frontières intra-communautaires ».

Parmi les solutions proposées dans le livre vert, l'UEL s'est dès lors prononcée, sous certaines réserves, en faveur de l'**option 4**, c'est-à-dire en faveur d'un règlement instituant un instrument facultatif de droit européen des contrats qui serait conçu comme un « second régime » dans chaque Etat membre, offrant ainsi aux parties la possibilité de choisir entre deux régimes de droit interne des contrats. Aux yeux de l'UEL, seule cette option permettrait, de résoudre le problème de fragmentation légale grâce à l'harmonisation apportée par cet instrument, sans pour autant heurter les principes de subsidiarité et de proportionnalité ainsi que les sensibilités nationales de par son caractère facultatif. Dans ce contexte, l'UEL a également soulevé la question de la base légale d'un tel instrument et de son lien avec le Règlement No 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (« Règlement Rome I »), lequel devrait, selon l'UEL, s'appliquer de manière « subsidiaire ».

L'UEL considère en outre que l'instrument devrait viser en priorité les contrats entre professionnels et consommateurs, par rapport aux contrats entre professionnels. C'est en effet essentiellement dans les relations **B2C** que se pose le problème de la fragmentation juridique du fait des directives d'harmonisation minimale et de l'application de l'article 6 du Règlement Rome I.

En ce qui concerne le caractère optionnel de l'instrument facultatif de droit européen des contrats, l'UEL insiste pour que

- le professionnel puisse choisir de proposer ou non un contrat suivant les prescriptions de l'instrument facultatif en sus des conditions contractuelles conformes à l'un ou l'autre des droits nationaux. Lui imposer de proposer ce type de contrat serait contraire au principe de simplification administrative.

- le professionnel puisse choisir le type de contrats utilisé (selon les prescriptions nationales ou européennes) avec le consommateur, à tout le moins dans le cadre de transactions transfrontières. Si le type de contrat choisi ne convient pas au consommateur, ce dernier sera libre de renoncer à la prestation du professionnel.

Par ailleurs, la Commission préconise « un niveau manifestement élevé de **protection des consommateurs** » (livre vert, page 10, option 4). L'UEL n'y est pas opposée pour autant que

- un équilibre soit établi entre les droits accordés aux consommateurs qui doivent être responsabilisés et leurs obligations ;

- les professionnels bénéficient également d'une protection adéquate suffisamment élevée;

- les règles protectrices soient suffisamment simples pour être efficacement appliquées en pratique ; et

- la charge bureaucratique soit proportionnée à la protection introduite en faveur des consommateurs.

Pour les transactions entre entreprises (**B2B**), un régime unifié pourrait également s'avérer avantageux. En effet, il constituerait pour les entreprises une alternative intéressante plus

neutre lorsqu'elles ne veulent pas recourir à l'un ou l'autre des droits nationaux des Etats membres dont elles relèvent. L'UEL tient à souligner qu'en pratique, les entreprises réalisent parfois déjà de tels « compromis » en utilisant le droit d'un Etat tiers par souci d'équilibre dans les relations contractuelles ou encore de facilités au niveau linguistique.

Enfin, de manière générale, l'UEL considère que les professionnels devraient pouvoir utiliser l'instrument facultatif tant pour les **transactions** transfrontières que pour les transactions nationales. Cette possibilité est d'autant plus importante pour les Etats membres de petite taille, comme le Luxembourg, dont l'économie est tournée vers l'extérieur. Cela faciliterait la tâche des entreprises qui sont actives **sur les plans national et communautaire**.

Au niveau du **champ d'application matériel** de l'instrument facultatif, il convient d'agir de manière pragmatique. L'UEL propose ainsi de procéder par étape et privilégie un instrument cohérent et ciblé par rapport à un instrument trop ambitieux avec des effets indésirables et contre-productifs en raison de certaines dispositions qui ne seraient pas appropriées ou ne s'intégreraient pas dans le contexte légal ou dans la pratique bien ancrée des relations contractuelles B2B ou B2C.

Les deux consultations étant étroitement liées, l'ensemble de ces considérations restent d'actualité dans le cadre de la présente consultation sur l'Etude de faisabilité.

II. Etude de faisabilité sur un droit européen des contrats

Dans le cadre de la présente consultation, de nombreuses questions restent encore en suspens, notamment au niveau de la valeur légale que prendraient les dispositions de l'Etude de faisabilité et de leur champ d'application. La réponse à la présente consultation n'en est que plus délicate et les réponses de l'UEL sont donc émises avec une certaine réserve. L'UEL répondra d'abord aux questions spécifiques posées par la Commission avant de proposer des commentaires plus généraux sur l'Etude de faisabilité ainsi qu'une analyse plus détaillée des articles de celle-ci.

• Questions spécifiques posées par la Commission dans le cadre de la consultation

1. « On the one hand, a European contract law instrument should cover most of the problems which could appear in contractual practice. On the other hand, the instrument should also be user-friendly and therefore as concise as possible. To which extent does the text developed by the Expert Group meet these objectives? To which extent could it be improved? »

L'UEL apprécie l'effort de clarté qui préside à la rédaction de l'Etude de faisabilité et approuve globalement le choix des aspects couverts par celle-ci. Toutefois, l'Etude est perfectible, notamment au niveau de la structure des chapitres, de l'agencement des articles et de la lisibilité de certaines dispositions qui semblent obscures à première vue. L'UEL ne citera ici que deux exemples et renvoie pour le surplus aux commentaires détaillés des considérations générales et particulières (cf. infra).

L'UEL estime tout d'abord que le champ d'application de l'instrument et des différentes parties doit être clarifié et mis en évidence dans une disposition introductive clairement identifiable pour chaque partie, notamment dans la partie II où le champ d'application des différents chapitres et sections est constamment modifié.

Par ailleurs, la technique du renvoi « with appropriate adaptations », utilisée à de nombreuses reprises et notamment à aux articles 93, 159 (3) et 161 (2), doit être évitée. En effet, elle rend la lecture de ces dispositions laborieuse et ouvre une brèche dans la sécurité juridique pour les parties au contrat.

Selon l'UEL, il est indispensable que l'instrument à venir soit aisément compréhensible. L'effort de simplification et de clarification doit donc être poursuivi.

2. « For consumer contracts, Article 81 of the feasibility study extends the unfairness control of business-to-consumer contract terms, to terms which are individually negotiated (as opposed to covering only non-individually negotiated terms as in the existing EU legislation). Do you think this is appropriate? »

Les principes de « good faith » et de « fair dealing » sont des concepts volontairement vagues qui gouvernent la conclusion du contrat et son exécution, et dont il est difficile, voire impossible, de définir en amont le contenu. L'UEL craint que l'application de l'article 81 et de ces deux principes aux clauses négociées ne bride à outrance la liberté contractuelle. De plus, cela dépasse de loin les principes issus des acquis communautaires en la matière. L'UEL estime qu'il est préférable de ne pas étendre l'article 81 aux clauses négociées. . A notre sens, si une clause a été négociée, elle ne peut, par nature, être abusive, sauf à prouver un dol, pour lequel le recours est toujours possible.

3. « Article 92 foresees an exceptional possibility to alter a contract due to change of circumstances. Do you think that this provision represents real added-value, especially in consumer contracts? Do you think that the procedure which leads to the alteration of a contract is appropriate? »

L'UEL se prononce en faveur d'un dispositif tel que celui prévu par l'article 92. Les garanties semblent suffisantes pour éviter les abus dès lors que les conditions fixées notamment aux paragraphes (5) de l'article 92 sont restrictives et exigent notamment que « (b) the aggrieved party did not at that time take into account, and could not be expected to have taken into account, the possibility or scale of that change of circumstances ; and (c) the aggrieved party did not assume, and cannot reasonably be regarded as having assumed, the risk of that change of circumstances ».

Ce mécanisme repose sur des considérations d'équité. Selon l'UEL, il permettrait par exemple d'éviter des soucis financiers conséquents voire une éventuelle faillite pour le professionnel qui pourrait s'en prévaloir. Ce mécanisme semble plus utile dans les relations B2B que B2C, ces derniers étant souvent de moindre importance au niveau des enjeux financiers. Il n'y a toutefois pas lieu d'en exclure d'office les contrats B2C. L'UEL se demande dans quelle mesure un professionnel qui se serait engagé dans une multitude de contrats B2C identiques ne pourrait pas être couvert par un dispositif similaire à l'article 92, si ces contrats deviennent tous plus onéreux dans des circonstances exceptionnelles qu'il n'était pas censé prévoir. Dans cette hypothèse, c'est la multitude de contrats devenus plus onéreux qui pourrait poser problème et le professionnel mériterait une protection similaire.

L'UEL s'interroge sur l'important pouvoir laissé au juge au paragraphe (3) de l'article 92 d'adapter le contrat « in order to bring it into accordance with what the parties would reasonably have agreed at the time of contracting if they had taken the change of circumstances into account » en cas d'échec des négociations entre parties et s'il ne serait pas

préférable de s'en tenir à un pouvoir de résolution du contrat et d'octroi de dommages et intérêts. En tout état de cause, les conséquences financières du changement exceptionnel de circonstances suivant l'article 92, devraient être réparties en équité entre les deux parties au contrat B2B ou B2C, ce qui ne ressort pas du texte actuel.

4. « According to Article 110, in business-to-business contracts, the seller of a faulty product has in principle a right to cure the defect. Do you consider this rule appropriate? ».

L'UEL privilégie la liberté contractuelle dans les relations B2B. Elle ne s'oppose toutefois pas à un tel mécanisme, si les parties peuvent y déroger contractuellement. Selon l'UEL, l'article 110 devrait pouvoir s'appliquer également dans les relations B2C sous réserve d'être compatible avec les autres « buyer's remedies » accessibles au consommateur suivant le chapitre 11. L'article 110 (7) protégerait en tout état de cause le consommateur lésé par l'octroi, si nécessaire, de dommages et intérêts.

Si l'UEL peut admettre l'article 110 en son principe, elle considère que de nombreux aspects devraient être clarifiés.

Les conditions d'application de l'article 110, prévues aux paragraphes (1) et (2) ne sont pas claires et devraient être réaménagées. L'UEL ignore si les auteurs ont voulu opérer des distinctions suivant le type d'obligation (livraison de bien ou la prestation de services) ou suivant le délai dans lequel a eu lieu l'exécution de l'obligation ou du remède ou encore si les auteurs ont voulu faire jouer ces deux critères en même temps.

Selon l'UEL, le critère temporel devrait être le premier critère de distinction. Ainsi, si « the cure » pour une livraison de bien ou une prestation de service « can be done within the time allowed for performance », le vendeur devrait bénéficier d'un « right to cure ». Le vendeur remédierait alors au problème à ses frais, la précision en ce sens du paragraphe (2) devant donc jouer également au paragraphe (1)), tandis que le paragraphe (3) ne devrait pas jouer, sauf disposition contractuelle contraire. Si les conditions susmentionnées ne sont pas remplies, le vendeur devrait avoir la possibilité de proposer un remède à ses frais que l'acheteur pourrait refuser s'il se trouve dans une des hypothèses du paragraphe (3).

Si ce raisonnement ne devait pas être suivi, l'hypothèse visée au paragraphe (2), qui traite du « seller who has tendered a performance which is not in conformity with the contract » devrait être clarifiée. Le terme « tendered » notamment ne semble pas adéquat. Il s'agirait plutôt de viser l'hypothèse du « seller who has realised a performance which is not in conformity with the contract ». En outre, dans l'actuel article 110, l'UEL s'interroge si le paragraphe (3), qui reprend le terme « offer », s'applique dans les hypothèses des paragraphes (1), lequel utilise le terme « tender », et (2), où figure le terme « offer », ou seulement dans l'hypothèse du paragraphe (2). « Tender » et « offer » signifient certes la même chose mais ce genre d'incertitude au niveau terminologique ne peut subsister dans un texte qui se doit d'être aisément compréhensible. D'autant que l'application du paragraphe (3) dans l'hypothèse du paragraphe (1) ne semble pas tout à fait justifiée puisque les parties se trouvent encore « within the time allowed for performance ».

La notion de « fundamental non-performance », explicitée à l'article 90 de l'Etude de faisabilité, est également peu claire (cf. infra) et complique le raisonnement à tenir.

Enfin, le paragraphe (8) vise-t-il tous les services ou uniquement les « related services contract » suivant l'article 150 de l'Etude de faisabilité ? L'UEL privilégie la seconde solution si l'instrument est destiné à ne s'appliquer qu'à ce type de services.

5. « Article 177 determines that a buyer who avoids or terminates a contract is, as a matter of principle, liable if the goods to be returned have been destroyed in the meantime.

Article 178 also includes an obligation for the buyer to pay for the use of the goods to be returned. However, this obligation only exists under certain, restricted circumstances. Thus the risk of destruction of the goods is placed on the buyer and the risk of depreciation mainly on the seller. »

L'UEL approuve la logique retenue dans l'article 177, d'autant que les parties conservent la possibilité de demander des dommages et intérêts si l'autre partie est « en tord » (articles 53, 108 et 133). Les principes de restitution sont couverts par le principe d'équité de l'article 180 de l'Etude de faisabilité. Cette notion laisse une marge de manœuvre au juge pour adapter, si nécessaire, les dispositions aux circonstances d'espèce.

Le paragraphe (3) de l'article 177, qui donne un certain droit au vendeur sur le substitut obtenu par l'acheteur en « échange » du bien initial, complique toutefois quelque peu le dispositif et l'UEL se demande s'il est utile de maintenir ce paragraphe.

6. « Article 172 contains specific rules for consumers who are late with payments. In particular, the consumer is obliged to pay interest for late payment only 30 days after receipt of a notice informing him about this obligation and the interest rate. The interest rate is set at the average commercial bank short-term lending rate to prime borrowers. Do you think these rules are appropriate? »

L'UEL approuve les principes, dans les relations B2C, de notification par le professionnel au consommateur pour faire courir les intérêts et de limitation du taux d'intérêts.

L'UEL apprécie également que le professionnel puisse, dans un même document, réclamer paiement au consommateur et le prévenir que des intérêts de retard seront dus en cas de défaillance de sa part. L'article 172 de l'Etude de faisabilité prévoit en effet que « interest does not start to run until 30 days after the creditor has given notice to the debtor specifying the obligation to pay interest and its rate » et que « notice may be given before the date when payment is due », ce qui signifie que la « notice » peut donc a fortiori être donnée en même temps que la demande de paiement. Le Luxembourg connaît un système similaire qui permet également d'éviter une notification supplémentaire spécialement pour faire courir les intérêts (articles 12 et 13 de la loi du 18 avril 2004 relative aux délais de paiement et aux intérêts de retard qui transpose la directive 2000/35/CE du 29 juin 2000 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales).

7. « The text of the Expert Group only covers the durable medium on which digital content can be delivered. Do you think that a European contract law instrument should also cover the digital content itself (whether it is delivered on a durable medium or directly downloaded from the internet)? »

La nature du « digital content » est trop spécifique que pour faire entrer ces contrats sans autre adaptation dans le champ d'application de l'instrument. Une analyse approfondie devrait être

réalisée pour identifier les besoins particuliers de ce domaine.

a. « If you consider it should, do you then believe that the rules on pre-contractual information in Article 13 should be modified? Do you for instance think that it would be appropriate to include specific rules on the functionality of digital content (i.e. the ways in which digital content can be used including any technical restrictions)?

b. If you consider it should, do you then think that the general rules on sales and remedies in Part IV should be modified? Or are you of the opinion that the instrument should provide for specific rules? In the latter case do you think for instance it would be appropriate to include a rule clarifying that for a digital content which is not provided on a one-time permanent basis, the business should ensure that the digital content remains in conformity with the contract throughout the contract period (e.g. by way of updates which are free of bugs)?

c. If you consider it should, do you then think that the general rule on passing of risk in Article 145 could be appropriate? Or do you think it may be necessary to include specific rules, for instance to ensure that the risks of loss or damage of the digital content pass only once the consumer or a third person designated by the consumer has obtained the control of the content. Do you think that the notion of ‘obtaining control of digital content’ would be sufficiently clear? »

- **Considérations générales**

L’Etude de faisabilité reprend 189 articles sur le droit des contrats en général ainsi que sur les contrats de vente et les contrats de service y liés. Elle vise tant les relations entre professionnels (B2B) que les relations entre professionnels et consommateurs (B2C). Elle a été élaborée pour être utilisée dans différents scénarios suivant les diverses formes légales envisageables.

Règlement instituant un instrument facultatif de droit européen des contrats

Dans le cadre du Livre vert en vue de la création d’un droit européen des contrats, l’UEL s’est prononcée en faveur de l’option 4, c’est-à-dire en faveur d’un règlement instituant un instrument facultatif de droit européen des contrats et elle commentera donc l’Etude de faisabilité dans cette optique.

Champ d’application et intégration dans l’environnement juridique

Selon l’UEL, il est indispensable que le champ d’application de l’instrument soit **clairement et adéquatement défini** pour éviter des conséquences néfastes qui résulteraient d’un champ d’application trop vaste. Une attention particulière doit être donnée aux **contrats spéciaux** tels que les contrats du secteur immobilier ou des assurances qui sont susceptibles d’entrer dans le champ d’application notamment sous la notion de « related service contract ». L’UEL estime qu’il est préférable d’exclure de tels contrats trop spécifiques pour lesquels les principes généraux retenus dans l’instrument s’avèreraient inadéquats.

L’UEL voudrait, à titre d’exemple, citer l’article 2 (15) qui définit le « sales contract ». Cette définition est trop large alors qu’elle englobe de manière inadéquate les « contrats d’entreprises », les dispositions de l’Etude étant visiblement rédigées pour les « sales contract » au sens strict du terme. Dans ce contexte également, l’UEL soutient l’exclusion des

contrats financiers du champ d'application de l'Etude de faisabilité (qui ressort de l'article 150 (2)) alors que ces contrats particuliers sont déjà régis par une multitude de textes au niveau communautaire. Selon l'UEL, il faut être raisonnable et couvrir les hypothèses de base les plus fréquentes et identifier précisément les contrats visés et les contrats exclus.

D'autres **questions particulières** doivent encore être résolues comme celle du sort de la vente aux enchères ou encore des chaînes de contrat. L'UEL estime que l'analyse doit être poussée davantage afin de savoir exactement quels seront les aspects visés par l'instrument et ceux qui ne le seront pas et de définir comment ces derniers aspects seront alors réglés.

Il est en outre indispensable d'établir le lien entre le texte qui serait adopté et les autres textes de droit communautaire et international, notamment au regard des directives et règlements en vigueur. Si la **proposition de directive relative aux droits des consommateurs** était adoptée, il conviendrait tout particulièrement d'assurer une coordination harmonieuse de l'instrument facultatif avec celle-ci puisqu'il traiterait de questions identiques sinon similaires. Il convient en effet de ne pas complexifier l'environnement juridique par l'adoption d'une multitude de textes, surtout si ces textes adoptent des solutions différentes, voire contradictoires pour une même problématique.

Enfin, l'UEL estime qu'il est également indispensable de se baser, pour instaurer un instrument facultatif de droit des contrats, sur les traditions juridiques des Etats membres pour en tirer la « substantifique moelle » et sur l'**acquis communautaire existant** dont il ne faut s'écarter que dans la mesure du strict nécessaire. A cet égard, certains principes retenus dans l'Etude de faisabilité semblent dépasser ces limites. L'UEL souhaite citer ici, à titre d'exemple, le pouvoir du juge d'adapter le contrat tel que prévu aux articles 48 (2) et (3) et 92 (3 a) ou encore les clauses considérées comme « surprising » et la protection offerte par l'article 87 dans le cadre des clauses abusives. La possibilité pour les parties de mettre fin unilatéralement au contrat (articles 50, 117 et 138) ou de réduire le prix (articles 108 (1) et (2), 122, 159 (1 d)) et de requérir des garanties qui ne sont pas dans le contrat (articles 118 et 139) méritent également d'être citées. Toutes ces dispositions mettent à mal le principe de la **force obligatoire des contrats** et l'UEL appelle à plus de modération en ce qui concerne les exceptions prévues par l'Etude de faisabilité à ce principe fondamental.

Relations B2B

Dans le cadre du Livre vert en vue de la création d'un droit européen des contrats, l'UEL n'était pas défavorable à l'idée d'instaurer un instrument facultatif pour les relations entre professionnels. Au vu des principes retenus dans l'Etude de faisabilité, elle s'interroge toutefois sur l'**opportunité** d'instaurer un tel instrument dans les relations B2B à ce stade.

Selon l'UEL, la **liberté contractuelle** est le principe de référence pour les contrats B2B. Il est également nécessaire que l'instrument envisagé s'intègre harmonieusement dans les pratiques et usages bien établis au niveau international.

A cet égard, l'Etude de faisabilité s'est clairement et à juste titre inspirée pour de nombreuses dispositions de la « United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods » (1980, CISG). Elle traite également des retards de paiement lesquels sont désormais déjà régis par la directive 2011/7/UE concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales dont l'Etude s'est également inspirée.

L'Etude de faisabilité innove certes sur certains points, comme par exemple à l'article 85 qui soumet les clauses des contrats B2B au test des clauses abusives. L'UEL se demande toutefois si ces quelques modifications sont suffisantes (et même adéquates) pour instaurer cet instrument supplémentaire dans les relations entre professionnels.

Au vu de ces incertitudes, l'UEL préconiserait de se concentrer par **priorité** sur les **relations B2C**. Les remarques de l'UEL concernant les dispositions relatives aux relations B2B sont donc formulées sous le couvert de cette réserve émise à titre général.

Relations B2C

Comme indiqué dans ses réponses au Livre vert sur le droit des contrats, les problèmes de fragmentation légale se posent essentiellement dans les relations entre professionnels et consommateurs. C'est donc à ce niveau qu'il convient prioritairement d'agir et d'instaurer un instrument facultatif de droit des contrats. L'UEL souhaite rappeler qu'il convient de responsabiliser le consommateur et que l'instrument doit garder un **équilibre entre les droits et les obligations** respectives des parties.

Si le principe de la liberté contractuelle est proclamé à l'article 7 de l'Etude de faisabilité, ce principe et cet équilibre sont quelque peu mis à mal par les nombreuses dispositions impératives imposées par l'Etude. L'UEL souhaite attirer l'attention sur le fait que les professionnels se détourneront d'un instrument déséquilibré en leur défaveur. Certaines dispositions semblent créer un tel déséquilibre, et notamment les devoirs d'information importants à charge du professionnel, la possibilité pour le consommateur de mettre fin unilatéralement au contrat pour des défauts de conformité qui ne sont pas fondamentaux, ou l'absence d'obligation pour le consommateur de notifier le défaut de conformité. L'équilibre devrait être rétabli afin d'éviter que l'instrument ne reste lettre morte.

- **Considérations particulières**

Il convient de souligner que la durée de la consultation de deux mois à peine est trop courte par rapport à la longueur du texte à analyser, à la durée des travaux dans ce domaine (10 ans) et aux enjeux liés à l'adoption d'un instrument facultatif européen de droit des contrats. Les remarques seront donc émises sous réserve, notamment de l'évolution du dossier de la proposition de directive relative aux droits des consommateurs, et ciblées sur certaines dispositions qui semblent a priori les plus importantes.

Commentaires « Part I : Introductory provisions »

Article 1 : L'UEL approuve le **caractère autonome** donné dans l'Etude de faisabilité. Cette émancipation par rapport aux droits nationaux permettra de donner à l'instrument facultatif l'indépendance nécessaire pour devenir l'instrument juridique de référence au niveau des transactions transfrontières.

Article 2 : L'UEL considère que certaines **définitions** données dans l'Etude de faisabilité sont **tantôt trop larges, tantôt trop restrictives**.

Point (2) : La définition du « **business premises** » devrait être élargie comme suit :

« business premises means:

(a) any immovable or movable retail premises, including seasonal retail premises, where the trader carries on his activity on a permanent [or usual] basis, or

(b) market stalls and fair stands where the trader carries on his activity on a regular or temporary basis » (inspiré de l'article 2 (9) de la proposition de directive COM(2008)614 relative aux droits des consommateurs).

Dans toutes ces hypothèses, le consommateur se rend dans des lieux où il sait qu'il se verra proposer des biens et des services. La protection suivant le régime de contrats hors établissement est de ce fait disproportionnée car le consommateur n'est pas pris par surprise et peut discuter de vive voix avec le professionnel.

Point (9) : Il faudrait préciser que les courriers électroniques sont également suffisants lorsque l'Etude de faisabilité fait référence au « **durable medium** ». Les courriers électroniques sont de plus en plus courants dans le cadre de transactions et, sans constituer un support durable en tant que tel, permettent de véhiculer et de sauvegarder des informations.

Point (13) : La définition du « **off-premises contract** » est trop large. Elle ne respecte pas l'esprit de la directive 85/577/CE dont elle est issue. La lecture des considérants de cette directive permet de comprendre que le but recherché est de protéger le consommateur dans une situation bien spécifique, à savoir lorsque le professionnel prend l'initiative de proposer un bien ou un service au consommateur hors établissement, ce qui peut surprendre ce dernier dans son consentement. Pour remédier au problème de consentement donné à la hâte, le législateur communautaire a instauré un droit de rétractation. La directive contient par ailleurs très peu d'obligations d'information à charge du professionnel puisque le défaut d'information n'était pas le risque contre lequel le législateur communautaire voulait protéger le consommateur. L'UEL constate que les modifications opérées dans l'Etude de faisabilité vont bien au-delà de ces considérations.

Selon l'UEL, les dispositions protectrices de l'instrument facultatif ne devraient pas s'appliquer aux contrats hors établissement lorsque le consommateur n'est pas pris par surprise ou bénéficie d'un temps de réflexion avant de conclure le contrat. Les hypothèses des points (b) et (c) devraient être supprimées. En effet, ces situations peuvent être couvertes à suffisance par les règles de droit commun (telles que the « mistake », « fraud » ou « threats » reprises dans l'Etude de faisabilité).

L'UEL considère qu'une définition inadéquate étendra le champ d'application des dispositions protectrices des contrats hors établissement. La solution sera problématique notamment lorsque le professionnel ne travaille pas principalement dans un établissement (exemples : plombier et autres prestataires à domicile), et, de façon générale, pour les professionnels chaque fois qu'ils effectuent un service suite à la demande du consommateur dans les opérations commerciales de la vie courante et pour lesquelles les contrats sont parfois oraux. Le professionnel sera soumis dans ces circonstances à de lourdes obligations particulièrement en termes d'information. Il sera également soumis au risque du droit de rétractation. Les obligations à charge du professionnel dans ces conditions ne sont pas réalistes. Un régime allégé, commun pour les différents Etats membres, réaliste et soutenable en pratique, devrait être adopté pour ce type de professionnels.

Point (15) : La définition du « **sales contract** » est trop large alors qu'elle englobe de manière inadéquate les « contrats d'entreprise », qui ont en droit national un régime juridique bien distinct (notamment au niveau de la réception et des garanties). La seconde phrase « it includes a sales contract under which the seller is to manufacture or produce the goods for the buyer » devrait être supprimée alors que les dispositions de l'instrument ont été clairement

rédigées pour rencontrer l'hypothèse du contrat de vente pris au sens strict, c'est-à-dire du contrat qui opère un transfert de propriété d'un bien contre paiement d'un prix.

Point (16) : Les **distinctions entre les différentes notions de « service »** reprises dans l'Etude de faisabilité ne sont pas claires.

L'article 3 dispose en effet, en ce qui concerne les « **mixed-purpose contracts** », que
« (1) Any reference to a sales contract in this instrument includes a reference to a sales contract under which the seller undertakes to perform a service for the buyer in relation to the goods.

(2) Where a contract provides both for the sale of goods and for the provision of a service, the rules of Part IV apply to the obligations and remedies of the parties as seller and buyer and the rules of Part V apply to the obligations and remedies of the parties as service provider and customer. »

L'article 44 définit les « **ancillary contract** » comme « a contract by which a consumer acquires goods or services related to a distance contract or an off-premises contract with a business and these goods or services are provided by the business or a third party on the basis of an arrangement between that third party and the business. »

L'article 150, qui traite du « **related services contract** », dispose quant à lui que « contracts under which a seller of goods (in this Part called “the service provider”) undertakes to provide the buyer (in this Part called “the customer”) with services related to the goods, such as installation, maintenance or repair (“the service”), whether under the sales contract or under a separate service contract which was concluded at the same time as the sales contract or provided for, even if only as an option, in the sales contract.

(2) This Part does not apply to transport services, training services, telecommunications support services, or financial services. »

Il convient d'évaluer si toutes ces distinctions sont nécessaires ou si certaines définitions ne pourraient pas utilement fusionner.

Article 4 : L'article sur la « reasonableness », qui définit un principe d'évaluation des contrats, devrait être déplacé dans la Section 2 du Chapitre 1 de la Partie I qui traite des « General principles ».

Article 6 : Cet article qui traite des « effects of termination of a contract » devrait être intégré dans la Section 4 du Chapitre 13 de la Partie IV portant sur la « Terminaison » des contrats.

Article 6 (4) : Cet article peut s'avérer trop strict en pratique alors que les parties, ou l'une d'entre elles, peuvent avoir intérêt à ce que le « **related service contract** » puisse survivre au contrat de vente ou même alors que les parties peuvent avoir expressément prévu que le « related service contract » survive au contrat de vente.

Commentaires « Part II : Making a binding contract »

Section 1 (articles 13 à 22) : Afin de réduire les formalités à de justes proportions, il convient de délimiter les **informations** à ce qui est nécessaire pour permettre aux consommateurs de faire leur choix en connaissance de cause.

Certaines informations requises par l'instrument sont superflues et ne devraient pas faire partie intégrante du contrat, comme par exemple celles sur « the existence and the conditions of after-sale customer assistance » (article 14, (1 f)). L'introduction d'autres informations dans le contrat devrait être laissée à l'appréciation des parties, comme celle sur « the possibility for out-of-court dispute resolution, where applicable » (article 14, (1 g)). Les informations sur les droits du consommateur en cas de non-conformité (article 17 (2)) ne sont pas indispensables et ne devraient donc pas être obligatoires, alors qu'elles figureraient déjà dans l'instrument facultatif qui serait un document public accessible à tous. Le professionnel est également tenu de donner bon nombre d'informations sur le droit de rétractation (article 18) alors que seule l'existence et la durée du droit de rétractation constituent réellement des informations essentielles. En définitive, le contrat reprendra, suite aux exigences formulées dans l'Etude de faisabilité, tellement d'informations qu'il risque de devenir illisible pour le consommateur. Les obligations d'information devraient donc être ciblées de manière raisonnable.

En outre, les formalités imposées à l'article 19, lequel exige que les informations et le contrat soient données sur support durable en cas de contrat hors établissement avec un consommateur, ne correspondent ni à la pratique, ni aux réalités du terrain. Si un plombier vient pour réparer une fuite et installe une nouvelle robinetterie, il tombera probablement, à tort (cf. supra), sous la définition de contrat hors établissement et sera soumis aux formalités de l'article 19. Il devra donc par écrit fournir des informations sur le prix ou la manière de le calculer et sur les autres frais (article 15), l'adresse de l'établissement pour lequel il travaille (article 16), le droit de rétractation ou l'absence de droit de rétractation (article 18) et encore d'autres informations (article 17). Ces obligations constituent des charges administratives importantes et ce système ne laisse plus aucune place à un certain pragmatisme ni aux contrats oraux. A noter que l'article 19 devrait à tout le moins, à l'instar de l'article 20 (7), indiquer que ces formalités doivent être remplies « after the conclusion of the (...) contract ».

Pour les contrats à distance « concluded through a medium which allows limited space or time to display the information », les informations à fournir suivant l'article 20 (4) pourraient se limiter aux types de services ou de biens proposés, et le cas échéant, avec la mention du prix ou du fait que service ou le bien est payant, et renvoyer pour le surplus à un autre endroit (exemple : site internet) où le consommateur pourra obtenir les informations supplémentaires.

L'UEL estime que seules les informations de base, comme celles sur le service et/ou le bien, et sur le prix, sont indispensables à la conclusion du contrat. Elle considère que bon nombre d'informations peuvent utilement être données à la demande du consommateur (notamment celles sur le service après-vente et les modes alternatifs de résolution des litiges). Selon elle, le professionnel devrait pouvoir prouver par tout moyen de droit qu'il a correctement informé le consommateur, c'est-à-dire qu'il lui a donné les informations suffisantes pour lui permettre de choisir en connaissance de cause. La section 1 devrait être amendée suivant cette conception plus pragmatique des obligations d'informations précontractuelles.

Enfin, il est indispensable de coordonner le présent texte avec les autres textes communautaires qui fixent également des obligations d'information, et plus particulièrement avec la directive 2006/123/CE du 12 décembre 2006 sur les services dans le marché intérieur et la directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur.

Section 4 (article 25) : Cet article est excessif et devrait être supprimé.

Point (1) : En cas d'« **incorrect information** » ou d'« **absence of information** », ce paragraphe prévoit comme **sanction** de consacrer une obligation, normalement inexistante, à charge du professionnel en fonction de ce que « the other party reasonably understood ». Ce mécanisme est critiquable car le professionnel est soumis à deux grandes incertitudes inévitables au niveau juridique découlant

- d'une part du manquement à l'obligation de devoir d'information qui n'est pas précisément défini par l'article lequel vise indistinctement « any duty to provide information under the precedent Articles » ;
- d'autre part, de l'obligation mise à sa charge pour sanctionner ce défaut d'information laquelle découlera d'un exercice de fiction hasardeux pour tenter de définir ce que « the other party reasonably understood ».

Cette sanction disproportionnée qui posera en pratique plus de problèmes qu'elle n'est supposée en résoudre devrait être supprimée. Si ce paragraphe devait être maintenu, il conviendrait à tout le moins de s'en tenir à des dommages et intérêts et/ou à la résolution du contrat.

Point (2) : Cette sanction va trop loin. La partie qui se dit avoir été « induite en erreur » par de fausses informations ou par un défaut d'information, a déjà le droit d'invoquer les dispositions sur « the mistake, the fraud, the threats or the unfair exploitation » (articles 45 à 48) et de demander des « damages for loss » (article 53).

Article 26 : Si un contrat par « sms » via un téléphone mobile devait être considéré comme un contrat « **to be concluded by electronic means** », il ne serait pas possible d'y intégrer l'ensemble des informations requises par le paragraphe (3) et il conviendrait d'appliquer par priorité l'article 20 (4).

Articles 27 (3) et 28 (2) : Ces articles, qui utilisent la notion de « **loss** » devraient faire référence aux dispositions de la Section 1, du Chapitre 17 de la Partie VI relative aux « Damages ».

Article 38 (1) : En cas de **conflit**, les « **standard terms** » de l'offrant devraient prévaloir, sauf les hypothèses prévues au paragraphe (2).

Article 43 (3) : L'extension du **délai de rétractation** à 6 mois en cas de défaut de certaines informations semble excessive au regard des nombreux autres moyens dont dispose déjà le consommateur (notamment ceux prévus aux articles 15 (3), 25, 43 (7) et 43 (10)). Par ailleurs, le professionnel devrait, contrairement à ce qui est actuellement prévu, pouvoir attendre le retour des biens pour rembourser le consommateur qui a fait usage de son droit de rétractation alors que ce n'est qu'à ce moment là qu'il pourra évaluer si le consommateur n'a pas abusé de ses droits.

Article 43 (7) : La solution actuelle est source de litige. Le consommateur devrait être déchu de son **droit de rétractation** s'il use du bien « in a way other than what is necessary to ascertain the nature and functioning of the goods ». Cette solution claire protégerait le professionnel adéquatement contre les abus des consommateurs dont certains achètent les biens pour s'en servir et les retournent une fois qu'ils n'en ont plus besoin.

Article 48 (2 et 3) : En cas d'« **unfair exploitation** », le pouvoir du juge devrait être limité à l'octroi de dommages et intérêts et/ou à terminer le contrat, d'autant que la partie abusée n'aura plus confiance dans l'autre partie.

Article 49 : La portée de l'article 49 n'est pas claire mais il semble déraisonnable de tenir compte du comportement d'une personne « for whose acts a party is not responsible ».

Article 50 : Dans les relations B2C, la partie qui entend se prévaloir d'un vice de consentement, à défaut d'accord avec l'autre partie pour annuler le contrat, devrait aller en justice pour faire valoir son droit, la simple « **notice of avoidance** » n'étant pas suffisante. Sans cette exigence, le professionnel risque de devoir introduire des procédures judiciaires pour faire respecter le contrat contre des consommateurs qui se seront fait justice à eux-mêmes en invoquant un vice de consentement.

Article 53 : Il conviendrait de faire référence à la Section 1, du Chapitre 17 de la Partie VI relative aux « Damages » pour définir les critères d'évaluation des « **damages** ».

Commentaires « Part III : Assessing what is in the contract »

Article 67 (1) : Bien que le paragraphe (1 a) permette d'exclure le « **statement** » dans le contrat pour qu'il ne soit pas contraignant, l'UEL estime que l'article 67 (1) va trop loin. Les articles 13 (2) et 14 (2) suivant lesquels les informations précontractuelles font partie du contrat sont suffisants à cet égard.

Article 68 (3) : Cet article est trop strict pour les relations B2C alors que le consommateur peut être en mesure de comprendre et d'accepter une « **merger clause** » qui peut s'avérer légitime dans certains cas, notamment lorsque les parties ont longuement négocié pour parvenir à l'accord. Il serait préférable de laisser plus de liberté aux parties et de soumettre, le cas échéant, la « merger clause » au test des clauses susceptibles d'être déclarées abusives.

Article 70 : Cet article est inspiré de l'article 55 de la CISG suivant lequel « Where a contract has been validly concluded but does not expressly or implicitly fix or make provision for **determining the price**, the parties are considered, in the absence of any indication to the contrary, to have impliedly made reference to the price generally charged at the time of the conclusion of the contract for such goods sold under comparable circumstances in the trade concerned ». Sous réserve des considérations émises supra quant à l'opportunité d'un texte pour les transactions B2B, l'UEL propose de limiter la portée de cet article aux relations B2B. Dans les relations B2C, la législation luxembourgeoise, comme d'autres législations des Etats membres, prévoit qu'il faut un accord sur la chose et sur le prix pour qu'il y ait contrat de vente. Ce principe qui protège adéquatement les consommateurs devrait être maintenu.

Article 75 : Il convient de préciser qu'il peut être mis fin au contrat qui a été **reconduit tacitement** et est devenu à durée indéterminée moyennant un préavis raisonnable.

Articles 77 à 79 : Ces articles sur les « **general provisions on unfair terms** » devraient être limités aux contrats B2C, la liberté contractuelle devant prévaloir dans les relations B2B.

Article 81 (2) : Ce paragraphe, suivant lequel une **clause** même **négociée** peut être déclarée abusive dans certaines circonstances, devrait être supprimé parce qu'il va au-delà des acquis communautaire existant et bride de manière injustifiée la liberté contractuelle.

Articles 83 et 84 : L'UEL se prononce contre un système de **listes noire (clauses abusives) et grise (clauses présumées abusives)** car il est impossible d'en prévoir toutes les implications en pratique et que les dispositions de de l'Etude de faisabilité pourront et souvent même devront faire l'objet d'une interprétation qui placera le professionnel dans une insécurité juridique ingérable.

En ce qui concerne l'article 84, l'UEL désapprouve ce renversement de la charge de la preuve car :

- ce renversement est contraire au principe général suivant lequel la charge de la preuve incombe à celui qui affirme quelque chose (« ei incumbit probatio ») ;
- le caractère abusif de la clause devrait être déterminé non pas in abstracto mais plutôt in concreto suivant les circonstances d'espèce au regard du critère du déséquilibre entre les droits et les obligations au préjudice du consommateur.

L'UEL plaide pour un système de **liste de clauses qui peuvent être déclarée abusives** suivant les circonstances d'espèce. Ce système présente notamment deux avantages :

- le professionnel sait qu'il doit se montrer prudent avec ce genre de clauses car il y a une forme de « présomption morale » que ces clauses sont abusives dans tous les Etats membres ou, à tout le moins, qu'il y a des risques qu'elles soient déclarées abusives ;
- les listes peuvent laisser une marge de flexibilité avec des termes tels que « inappropriately » nécessaire pour ne pas entraver de manière indue les relations contractuelles.

Article 83 : L'UEL conteste tout particulièrement les points suivants.

Point (b) : L'application des notions de « deliberately » ou de « gross negligence » dépendra du cas d'espèce. Il n'est donc pas possible pour le professionnel de savoir précisément quelle clause sera considérée comme abusive suivant ce point.

Point (d) : L'UEL désapprouve le caractère général de ce point au vu du développement des modes alternatifs de règlements des litiges. A titre d'exemple, la convention peut prévoir que le consommateur doive d'abord faire usage du mode alternatif de règlement des litiges et que ce n'est qu'en cas d'échec (parce qu'aucune solution n'est donnée et non parce que le consommateur n'a pas obtenu gain de cause) qu'il pourra intenter une action en justice. Etant donné que cette clause empêche le consommateur d'intenter une action en justice, du moins temporairement, cette clause pourrait être déclarée abusive suivant le point (d). Le système retenu au point (d) ne permet pas de promouvoir le recours aux modes alternatifs de règlement des litiges.

Point (e) : Ce point est trop restrictif. Le professionnel qui conclut avec le consommateur « étranger » un contrat dans son établissement doit pouvoir instaurer une clause de juridiction en faveur des juridictions de l'Etat membre où il est établi.

Point (h) : Ce point, qui semble limiter la durée des contrats B2C à un an, sauf reconduction « automatique » en l'absence de dénonciation du contrat par le consommateur, n'est pas adapté aux pratiques commerciales. Il existe en effet des contrats par lesquels le consommateur acquiert la propriété d'un bien (par exemple, un téléphone mobile) sous condition d'être abonné à un certain opérateur pendant deux ans. D'autres prestations encore, comme la conception d'un site internet, prennent obligatoirement du temps et le rendement pour le professionnel ne vient parfois qu'après une certaine durée, supérieure à un an. Si le

point (h) était maintenu, le professionnel demandera davantage au client au niveau financier au début du contrat qu'il ne l'aurait fait sans ce point. Ce point devrait être supprimé ou réaménagé.

Point (j) : Ce point est trop strict. Le consommateur peut, par exemple, être autorisé par le contrat à mettre fin au contrat avec un préavis de 3 mois sans devoir donner de justification tandis que le professionnel peut être autorisé à mettre fin au contrat avec un préavis de 2 mois dans les cas spécifiquement prévus par le contrat. Une telle solution devrait être valable car elle n'est pas « abusive ». Le point (j) devrait être supprimé, sinon, réaménagé.

Point (k) : Le professionnel doit pouvoir demander un acompte, ce qui semble être contraire au point (k), alors que cela est possible suivant l'article 84 (s).

Article 84 : De manière générale, dans l'article 84, l'insertion d'expressions, adverbess et adjectifs tels que « inappropriately » (b, c, q), « disproportionately » (e), « reasonable » et « serious » (g), « unreasonably » et « inadequately » (h, o et p), « valid » (i, j), « excessive » (s et v) et « unjustifiably » (u et v) rendent un exercice d'interprétation inévitable. Ces points sont trop imprécis pour qu'une clause soit présumée abusive sur cette base alors qu'une insécurité juridique importante repose sur le professionnel.

Point (a) : Ce point pourrait être justifié lorsque les règles de preuve nationales sont impératives. Néanmoins, cette rigueur ne se justifie plus dans l'hypothèse où les règles de preuve sont supplétives. Il peut par exemple être dans l'intérêt des deux parties d'exiger un écrit dans certaines circonstances (exemple : écrit requis pour autoriser une prestation ou un changement de prestation dans le cadre d'un contrat qui n'est pas à exécution immédiate).

L'ajout du terme « induly » pour la limitation des moyens de preuve est indispensable. A titre d'exemple, certaines décisions jurisprudentielles luxembourgeoises se réfèrent aux conditions générales entre la banque et le client pour asseoir le principe suivant lequel le fait pour le client de recevoir ses extraits et relevés de compte sans émettre des protestations, soit immédiatement sinon dans un délai essentiellement bref, vaut acquiescement des écritures et des opérations effectuées. Ces décisions admettent donc que les parties peuvent fixer entre elles certains modes de preuve et il convient de maintenir cette flexibilité par l'ajout de l'adverbe susmentionné. Toutefois, l'ajout de cet adverbe entraîne une faculté d'appréciation importante par les juridictions et il est impensable qu'une clause soit présumée abusive sur cette base.

Point (e) : L'article 1152 du Code civil luxembourgeois permet au juge de modérer une clause pénale manifestement excessive et d'augmenter une clause pénale manifestement dérisoire sans que ces notions ne soient définies. La clause est donc valable mais son application est modérée. Une solution similaire pourrait être retenue dans l'Etude de faisabilité.

Article 85 : Dans les relations **B2B**, l'UEL privilégie la liberté contractuelle et l'application du « test de clauses abusives » semble inappropriée. Cet article devrait être supprimé.

Articles 86 et 87 : L'UEL demande la suppression de ces articles qui sont contraires au bon sens et déséquilibrent le contrat de manière totalement inopportune. Ils entraînent également une grande insécurité juridique.

Article 86 : Cet article déresponsabilise totalement à tort la partie qui reçoit l'information. Par ailleurs, un consommateur qui est averti par une **mention dans le contrat de l'existence de clauses** faisant partie du contrat, hypothèse visée par l'article 86 (2), a eu raisonnablement l'opportunité d'en prendre connaissance. Il convient de supprimer cet article.

Article 87 : Le terme « **surprising** » de l'article 87 n'est pas un concept juridique et recevra des interprétations différentes entre Etats membres. Si cet article était maintenu, le professionnel serait tenu de faire accepter « de manière ciblée et spécifique » toutes les clauses potentiellement « surprising » afin d'éviter que ces clauses ne soient considérées comme abusives. Le Luxembourg a connu auparavant un système similaire, suivant lequel certaines clauses importantes du contrat devaient être spécifiquement acceptées par l'autre partie. Ce système a été aboli en 2004, lors de l'adoption de la loi sur le commerce électronique, alors qu'il constituait un obstacle à la conclusion de contrats électroniques et qu'il n'y avait pas lieu de maintenir deux régimes (un pour les contrats « normaux » et un pour les contrats électroniques).

Commentaires « Part IV : Obligations and remedies of the parties to a sales contract »

Articles 90 et 91 : L'UEL constate que les articles 90 et 91 sont directement inspirés des articles 25, 72 et 79 de la CISG. L'UEL approuve le fait de reprendre les principes de la CISG mais considère que certains aménagements devraient être réalisés car la lecture des articles 90 et 91 est particulièrement ardue.

Article 90 : La notion de « **fundamental non-performance of an obligation** » de l'article 90 est complexe et relativement confuse. Elle mixe des éléments de définition ((a) it substantially deprives...), d'« excuse » ((a)... unless at the time of conclusion...) et de temporalité ((b) it is of such a nature as to make it clear that...). Ces différents éléments devraient être scindés. Il est également essentiel que l'article 90 (2 b) fasse référence à la notion de « fundamental non-performance », alors que ce principe était déjà indiqué à l'article 72 de la CISG suivant lequel « If prior to the date for performance of the contract it is clear that one of the parties will commit a fundamental breach of contract, the other party may declare the contract avoided ».

La définition d'une « fundamental non-performance » pourrait prendre ainsi la teneur suivante :

« Non-performance of an obligation by one party is fundamental if it substantially deprives the other party of what that party was entitled to expect under the contract. Is assimilated to a fundamental non-performance the situation where it is of such a nature as to make it clear that the party's future performance cannot be relied on and that this will substantially deprives the other party of what that party was entitled to expect under the contract.

The non-performance describe at the previous paragraph will however not be considered as fundamental if at the time of conclusion of the contract the non-performing party did not foresee and could not be expected to have foreseen that result ». Il faut s'interroger sur la pertinence de cette dernière nuance, directement tirée de l'article 25 de la CISG, la portée de celle-ci étant peu claire, tout comme le lien de cette nuance avec l'excuse prévue à l'article 91.

Article 91 : Dans l'Etude de faisabilité, la « fundamental non-performance » est essentiellement utilisée comme condition pour mettre fin au contrat. La « fundamental non-performance » est également utilisée dans le contexte particulier de l'article 91 relatif à l'« **excused non-performance** ». Le raisonnement de l'article 91, combiné à l'article 90, est

complexe. Suivant l'article 91, la force majeure est une excuse à la « non-performance » (paragraphe (1)), que la partie soit tenue par une obligation de résultat ou de moyen (articles 151 et 152). Si la force majeure est temporaire, l'excuse est temporaire (paragraphe (2)), sauf si le retard équivaut à une « fundamental non-performance ». L'article 91 ajoute en effet que « if the delay amounts to a fundamental non-performance, the other party may treat as such ». La portée de cette exception n'est pas claire. Cela signifie-t-il que la partie lésée peut mettre fin au contrat ? Selon l'UEL, « l'excuse » du paragraphe (1) devrait jouer alors que la partie qui ne s'est pas exécutée est sous le coup de la force majeure. L'UEL estime que la fin du raisonnement de l'article 91 (2) devrait donc être clarifiée comme suit : « if the delay amounts to a fundamental non-performance, paragraphe (3) applies ».

A noter encore, pour achever l'analyse de l'article 91 (2), que l'article 90 actuel auquel il renvoie prévoit une exception ((a) ..., unless at the time of conclusion...) laquelle, si elle est remplie, ramènera le créancier à la situation principale de l'article 91, à savoir que le débiteur sera excusé. Ce type d'analyse montre à quel point il est difficile de fixer des règles claires et accessibles à tous. Il est toutefois impératif de simplifier ces articles et de clarifier le raisonnement à tenir.

Article 92 (3 a) : Le pouvoir du juge devrait être limité à l'octroi de dommages et intérêts et/ou à la résolution du contrat dans l'hypothèse du « **change of circumstances** ».

Article 100 (2) : Ce paragraphe devrait être supprimé ou réaménagé. En effet, lorsque l'acheteur est en **défaut de prendre livraison**, il n'y a pas de raison de limiter les cas où le professionnel est déchargé de son obligation de délivrer les biens. S'il semble admissible de demander au professionnel de conserver les biens pendant un délai raisonnable pour permettre à l'acheteur d'en prendre livraison, le professionnel devrait, après ce délai, être autorisé à considérer que le contrat est résolu, le cas échéant, assortie de dommages et intérêts et sans préjudice des autres « remedies » disponibles (comme demander l'exécution du contrat, par exemple).

Article 105 : Concernant les « **third party rights or claims** », l'UEL ignore pourquoi les auteurs du texte se sont éloignés du texte de la CISG et propose de reprendre en entier les articles 41 et 42 de cette convention.

« Article 41

The seller must deliver goods which are free from any right or claim of a third party, unless the buyer agreed to take the goods subject to that right or claim. However, if such right or claim is based on industrial property or other intellectual property, the seller's obligation is governed by article 42.

Article 42

(1) The seller must deliver goods which are free from any right or claim of a third party based on industrial property or other intellectual property, of which at the time of the conclusion of the contract the seller knew or could not have been unaware, provided that the right or claim is based on industrial property or other intellectual property:

(a) under the law of the State where the goods will be resold or otherwise used, if it was contemplated by the parties at the time of the conclusion of the contract that the goods would be resold or otherwise used in that State; or

(b) in any other case, under the law of the State where the buyer has his place of business.

(2) The obligation of the seller under the preceding paragraph does not extend to cases where:

- (a) at the time of the conclusion of the contract the buyer knew or could not have been unaware of the right or claim; or
- (b) the right or claim results from the seller's compliance with technical drawings, designs, formulae or other such specifications furnished by the buyer. »

Articles 102 et 106 : Le paragraphe (3) de l'article 102, suivant lequel les parties peuvent déroger aux articles 103 à 105 de l'Etude de faisabilité sur la conformité au contrat est indispensable. Il permet, dans une certaine mesure, de sauvegarder la liberté contractuelle dans les relations B2C, notamment en autorisant les parties à s'écarter des **critères de conformité** prévus à l'article 103. La condition pour ce faire, qui est relativement stricte, pourrait toutefois être reformulée comme suit: « only if, at the time of the conclusion of the contract, the consumer knew of and accepted the specific condition of the goods ».

Par ailleurs, une disposition similaire à celle de l'article 106 pourrait être retenue dans les contrats B2C suivant laquelle, si le consommateur qui acquiert le bien était **conscient du défaut de conformité** au moment de la conclusion du contrat, il a en quelque sorte accepté ce défaut.

Article 107 (1) : Cet article prévoit que dans les relations B2C, « the seller is liable for any non-conformity which exists at the time when the risk passes to the buyer ». La **durée de la garantie de conformité** et son point de départ ne sont pas clairement définis. L'application, relativement complexe, des articles 182 et 183 dans ce contexte n'est pas suffisante. Cette question doit être clarifiée. Une disposition identique sinon similaire à celle de l'article 124 devrait être instaurée dans les relations B2C.

Article 107 (2) : Cet article prévoit une **présomption** dans les contrats B2C suivant laquelle « any **non-conformity** which becomes apparent within six months of the time when risk passes to the buyer is presumed to have existed at that time ». La portée de l'exception « unless this is incompatible with the nature of the goods or the nature of the non-conformity » n'est toutefois pas claire. Elle peut signifier qu'il n'y a pas de présomption dans ces deux hypothèses. Elle peut également limiter les moyens par lesquels le professionnel peut renverser la présomption. Cette dernière solution n'est pas acceptable, et le texte devrait être modifié pour enlever toute incertitude à ce sujet.

Article 107 (3) : Si le consommateur n'installe pas le bien, le délai pour la garantie de conformité ne court pas. Cette situation n'est pas pensable car la garantie durerait indéfiniment. Il conviendrait d'insérer, dans cette disposition sur le « **relevant time for establishing conformity** », une précision suivant laquelle le consommateur est supposé avoir installé le bien dans un délai raisonnable après l'acquisition du bien.

Article 108 : Cet article sur les « **buyers's remedies** » et les dispositions y liées appellent beaucoup de commentaires et de réserves.

Point (1 a) – Article 111 : « **Requiring performance of seller's obligation** » est un droit fondamental lié au principe de la force obligatoire des conventions. Ainsi, les autres « remedies » devraient en quelque sorte être subordonnés à l'exécution en nature du contrat, respectivement à la réparation en nature, dont le paragraphe (2) de l'article 111 est une application.

Point (1 c) – Article 115 : Bien que l’UEL privilégie l’exécution en nature, et souhaiterait que les hypothèses pour **mettre fin au contrat** soit limitées au strict minimum, elle apprécie que l’Etude de faisabilité, tout comme la directive 1999/44/CE, limite la possibilité pour le consommateur de mettre un terme au contrat seulement si la « non-performance » n’est pas « insignifiant ». Une solution similaire à celle retenue pour les professionnels (article 115 (1)), suivant laquelle l’inexécution doit être « fondamentale », serait idéale.

Point (1 c) – Articles 117 et 118 : Ces articles sont directement inspirés de la CISG. En effet, l’article 72 dispose que

« (1) If prior to the date for performance of the contract it is clear that one of the parties will commit a fundamental breach of contract, the other party may declare the contract avoided.

(2) If time allows, the party intending to declare the contract avoided must give reasonable notice to the other party in order to permit him to provide adequate assurance of his performance.

(3) The requirements of the preceding paragraph do not apply if the other party has declared that he will not perform his obligations. »

La portée de ces articles devraient être limitée aux contrats B2B. Les consommateurs, qui ne sont pas liés par des relations d’affaire avec le professionnel, pourraient en effet abuser de ces possibilités, d’autant plus facilement du fait que la résolution est actuellement, et à tort, autorisée par voie de simple notification (article 120). Les consommateurs devraient être, tout au plus, autorisés à mettre fin au contrat « if the seller has declared that there will be a non-performance ».

A noter que l’article 72 de la CISG ainsi que les articles 138 et 139 de l’Etude de faisabilité (« sellers’ remedies ») exigent que l’inexécution prévisible soit « fondamentale » pour que l’autre partie puisse mettre fin au contrat. Cette condition devrait être ajoutée aux articles 117 et 118.

Point (1 c) – Article 120 : L’UEL considère que le **pouvoir de mettre fin unilatéralement au contrat** par l’acheteur par simple notification est excessif et met en péril le principe de force obligatoire du contrat. Cette faculté devrait être limitée de manière raisonnable à des hypothèses bien spécifiques, par exemple au cas où « the seller has declared that there will be a non-performance » ou encore si l’acheteur s’est réservé ce droit dans le contrat. Dans les autres cas, pour éviter les abus, le consommateur ne devrait être admis à mettre un terme au contrat que par décision de justice ou de commun accord avec le vendeur. A noter que si le système actuel de résolution unilatérale devait être maintenu, l’article 121 devrait également s’appliquer dans les relations B2C.

Point (1 d) – Article 122 : Cet article 122, qui permet à l’acheteur de **réduire unilatéralement le prix** en cas d’exécution non conforme du contrat, est inspiré de l’article 50 de la CISG. Etant donné qu’il met à mal le principe de force obligatoire des contrats, il devrait s’appliquer uniquement dans les relations B2B. Dans les relations B2C, la réduction du prix ne devrait être possible que de commun accord ou sur décision de justice.

Point (3 a) – Article 110 : Le vendeur devrait également avoir un « **right to cure** » dans les relations B2C alors que le consommateur peut toujours réclamer des dommages et intérêts sur base de l’article 110 (7). Il devrait en être de même au chapitre 16 relatif aux « obligations and remedies of the parties » dans le cadre d’un « related services contract ». Le « right to cure » est une forme d’exécution en nature du contrat laquelle doit être privilégiée autant que possible.

Point (3 b) – Articles 123 et 124 : Il est indispensable que le consommateur avertisse le professionnel du défaut de conformité par une « **notification** ». L'article 123 et surtout l'article 124 devraient également s'appliquer dans les relations B2C.

Article 133 : Les considérations émises dans le cadre de l'article 108 sur la **force obligatoire des contrats** sont également valables, sous réserves des adaptations nécessaires, pour les articles qui traitent des « **sellers' remedies** ». Dans ce contexte également, il convient de privilégier l'exécution en nature du contrat.

Article 145 (2) : L'exclusion des contrats à distance et hors établissement du paragraphe (2) n'est pas justifiée. Si le consommateur est en **défaut de prendre livraison des biens**, lesquels peuvent avoir été livrés dans un lieu autre que son domicile, le risque doit lui être transféré dès le moment où il aurait dû en prendre possession.

Article 149 : L'UEL s'interroge sur les raisons qui ont motivé les auteurs du texte à s'écarter de l'article 68 de la CISG lequel fixe comme principe que « The risk in respect of goods sold in transit passes to the buyer from the time of the conclusion of the contract. However, if the circumstances so indicate, the risk is assumed by the buyer from the time the goods were handed over to the carrier ... » et se demande s'il ne serait pas préférable de revenir au texte de l'article 68.

Commentaires « Part V : Obligations and remedies of the parties to a related services contract »

Articles 151 et 152 : L'UEL approuve la logique suivant laquelle, le professionnel est tenu d'une **obligation de résultat** si le résultat à atteindre est clairement spécifié dans le contrat, sinon, d'une **obligation de moyen**.

Article 157 (2) : Cet article relatif au **paiement du prix** est trop restrictif, alors que le professionnel peut, dans certaines circonstances, être amené à demander légitimement un paiement par anticipation (par exemple, lorsque le contrat indique que le professionnel interviendra au profit du consommateur en cas de problème moyennant le versement « anticipé » d'une somme forfaitaire). Il faudrait en outre préciser que le professionnel peut demander un acompte.

Article 159 : Les considérations émises dans le cadre de l'article 108 sur la **force obligatoire des contrats** sont également valables, sous réserves des adaptations nécessaires, pour les articles qui traitent des « **remedies of the customer** » dans le cadre d'un « related services contract ». Dans ce contexte également, il convient de privilégier l'exécution en nature du contrat.

Commentaires « Part VI : Damages, stipulated payments for non-performance and interest »

Articles 173 à 175 : Ces articles sont directement et à juste titre inspirés de la directive 2011/7/UE concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales. Il convient de rester autant que possible fidèle aux principes repris dans cette directive.

Conclusion

L'UEL apprécie d'avoir pu participer à la présente consultation concernant l'Etude de faisabilité d'un droit européen des contrats. Sous réserve des évolutions dans le cadre de la proposition de directive COM(2008)614 relative aux droits des consommateurs, elle soutient l'idée d'introduire un instrument facultatif de droit européen des contrats qui serait inspiré des dispositions de l'Etude de faisabilité, en tenant compte des considérations émises dans le présent avis, à tout le moins pour les transactions entre professionnels et consommateurs. C'est en effet dans le cadre de ces transactions que le problème de la fragmentation légale au sein du marché intérieur se pose avec davantage d'acuité du fait des dispositions du Règlement de Rome I et des directives actuelles d'harmonisation minimale. En ce qui concerne les transactions entre professionnels, l'UEL doute pour l'instant de la plus-value que pourrait apporter un nouveau texte calqué sur l'Etude de faisabilité par rapport à la situation juridique actuelle, et notamment à la « United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods » (1980, CISG) ou encore à la directive 2011/7/UE relative aux retards de paiement.

L'UEL estime, quelle que soit l'approche retenue en définitive, qu'il est indispensable que le choix opéré facilite les transactions transfrontières. Il est ainsi nécessaire que le texte établisse un équilibre entre les droits et les obligations des parties au contrat, qu'il fixe des règles claires et limite autant que possible les formalités administratives à charge des professionnels. Il est également essentiel que le texte s'insère de manière harmonieuse dans l'environnement juridique actuel par rapport aux législations nationales et communautaires, et tout particulièrement par rapport à la proposition de directive relative aux droits des consommateurs. Et si l'Europe tient à se positionner sur la scène internationale, il convient de veiller à ce que le texte puisse être valorisé comme un document de référence au regard des règles, pratiques et principes internationaux en vigueur actuellement. Ce n'est qu'à ces conditions que le texte présentera une réelle plus-value par rapport à la situation juridique actuelle en droit des contrats au niveau européen.

UEL, le 17 juin 2011

L'UEL regroupe les organisations suivantes :

Association des Banques et Banquiers, Luxembourg · Association des Compagnies d'Assurances · Chambre de Commerce du Grand-Duché de Luxembourg · Chambre des Métiers du Grand-Duché de Luxembourg · clc (Confédération luxembourgeoise du Commerce) · Fédération des Artisans · Fedil - Business Federation Luxembourg · Fédération Nationale des Hôteliers, Restaurateurs et Cafetiers