

# UNE CULTURE CONTRACTUELLE COMMUNE EN EUROPE

**Catherine PRIETO** \*

Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III

Si l'on admet l'idée de définir la culture comme un processus, et non pas seulement comme un aboutissement, il est alors permis d'affirmer d'ores et déjà l'existence d'une culture européenne du contrat. De fait, quelle que soit l'appréciation portée sur l'état du droit des contrats dans sa dimension européenne, on ne saurait nier que des actions et des pratiques ont été engagées. Ces premières expériences sont ambivalentes : la démarche pointilliste du droit communautaire, tout en apparaissant négative, peut être utile en ce qu'elle permet d'affirmer des erreurs de méthode et une certaine inefficacité ; la démarche ambitieuse du droit comparé peut apparaître illusoire si elle reste à l'état de droit virtuel ou de simple élucubration savante. Ces deux voies explorées constituent chacune à leur manière, y compris avec leurs faiblesses et peut-être grâce à elles, des acquis de la culture européenne du contrat. Il est évidemment permis de ne pas s'en satisfaire et d'aspirer à un nouvel élan qui tienne compte des limites de ces expériences passées pour creuser plus loin et plus profondément les sillons de cette culture européenne du contrat. C'est tout l'objet du débat ouvert par la Commission européenne, qui suscite ces derniers mois en France tant de passion.

Des différentes options proposées par la Commission, l'option II se dégage comme étant la solution la plus prometteuse. Encore faut-il bien la préciser pour qu'elle reste conforme aux principes de subsidiarité et de proportionnalité, mais aussi pour qu'elle serve des valeurs comme le respect du pluralisme culturel et l'acceptation par le corps social de ces nouvelles normes européennes. A cet effet, il apparaît prudent de cantonner l'application de ces normes aux seuls contrats transfrontières. La solution semble la plus adaptée au diagnostic initial selon lequel le marché intérieur ne serait pas encore devenu une réalité pour les consommateurs et les petites et moyennes entreprises. Il s'agit donc de faciliter la conclusion de contrats transfrontières en posant un cadre structurant par des règles générales. De la sorte, les nouvelles normes européennes n'auraient pas vocation à se substituer aux droits nationaux, qui continueraient de régir les contrats internes. Cette coexistence des droits nationaux du contrat avec les normes de droit européen, loin d'être un facteur de complexité, devrait être accueillie comme une voie possible de maturation. A condition de leur donner un caractère expérimental, ces normes élaborées sur la base d'études de droit comparé très poussées devraient bénéficier d'une comparaison continue avec les droits nationaux et être ainsi bonifiées. Ceci devrait conduire à une interpénétration naturelle qui, par la grâce du temps, présenterait le droit européen du contrat comme l'héritier respectueux de toutes les traditions juridiques européennes.

---

\* L'auteur tient à remercier Laure Merland, Maître de conférences, et Jean-Christophe Roda, Allocataire-moniteur, pour l'aide apportée dans la recherche de la documentation. Elle remercie également les étudiants du DEA Droit des affaires pour la pertinence de leurs observations et la richesse des débats qu'ils ont nourris.

Mais un tel cheminement suppose des changements de perception, proches d'une "révolution culturelle". La norme communautaire doit être conçue comme une norme souple et évolutive, reposant sur un nouveau partenariat entre la Commission européenne et les universitaires et praticiens du droit. La qualité de ce partenariat appelle toutes les attentions. Il serait mal venu de laisser s'installer les doutes et le risque d'une confiscation de la culture européenne du contrat. Celle-ci doit être vécue comme une authentique culture commune, c'est-à-dire une culture partagée. La question de la représentativité scientifique de toutes les traditions juridiques doit être posée dans la définition de ce partenariat. Des pistes intéressantes méritent, à ce titre, d'être encouragées. Ainsi, la proposition de création d'un Institut du Droit Européen pourrait soutenir les efforts à l'échelle européenne de la communauté des juristes, en termes de crédibilité et d'impartialité scientifiques. La culture européenne du contrat servirait par là-même d'aiguillon pour dégager de nouvelles formes d'élaboration de la norme juridique. L'Europe, laboratoire juridique si souvent encensé, se lancerait dans de nouvelles formes d'expérimentation, d'approche à la fois plus modeste, mais aussi plus approfondie et finalement plus prometteuse d'enrichissement et d'ajustement permanents. C'est ce goût de la comparaison, de la créativité et du perfectionnement qu'il faut éveiller chez les jeunes juristes, avec la perspective d'un beau droit européen à bâtir et à consolider.

<b>I - Les acquis ambivalents d'une culture européenne du contrat .....</b>	<b>11</b>
A - L'harmonisation communautaire des droits nationaux des contrats.....	11
B - L'harmonisation savante des droits nationaux du contrat .....	17
<b>II - Les actions envisagées pour l'épanouissement d'une culture contractuelle commune .....</b>	<b>25</b>
A - L'éventail des options proposées par la Commission européenne .....	25
B - L'éventail d'actions proposées par les universitaires et praticiens du droit.....	32

*Continuons de préparer le terrain, dans un climat serein et de tolérance, pour que la rose puisse éclore au bon moment. Et laissons aux générations futures le soin de découvrir la couleur de la rose".*

Claude Witz, rapport de synthèse, in "L'harmonisation du droit des contrats en Europe", dir. Ch. Jamin et D. Mazeaud, Economica 2001

**1. - Est-il provocateur, en France, d'affirmer l'existence d'une culture européenne du contrat ?** Ce le serait si le terme "culture" devait être pris dans le sens d'un aboutissement, à travers un corpus de règles encensé par la majorité des acteurs juridiques en Europe en général et au sein de chaque Etat membre en particulier. Cela ne l'est plus si le terme désigne un processus. S'agissant de la terre comme des belles-lettres, la culture est avant tout définie comme un travail<sup>1</sup>. Avant d'apprécier la récolte, il s'agit de mettre en oeuvre les opérations propres à l'obtenir. La culture est donc affaire d'action. L'exercice, en tant que tel, a autant de

\* L'auteur tient à remercier Laure Merland, Maître de conférences, et Jean-Christophe Roda, Allocataire-moniteur, pour l'aide apportée dans la recherche de la documentation. Elle remercie également les étudiants du DEA Droit des affaires pour la pertinence de leurs observations et la richesse des débats qu'ils ont nourris.

<sup>1</sup> Littré, verbo Culture.

valeur que le résultat auquel il tend<sup>2</sup>. S'agissant du droit européen du contrat, nous constatons déjà des modes dispersés de développement, avec des phénomènes de blocage ou d'accélération, d'éclatement et d'unification, suscitant les uns comme les autres autant d'exaspération que d'enthousiasme. Ces modes de développement sont, en tous les cas, objets d'études, d'interrogations et de propositions. En cela, le labour et les sillons sont bien là, quand bien même il reste à les tracer plus loin et plus profondément.

**2. - Le beau droit français du passé.** Bien sûr, on aimerait brûler les étapes et s'enorgueillir, déjà, d'un droit européen du contrat, en harmonie avec toutes les composantes d'un vaste corpus de règles, beau et puissant par son souffle, sa simplicité et son efficacité, par sa force d'adhésion. N'avons nous pas comme modèle, dans notre mémoire collective, l'oeuvre de Domat<sup>3</sup> ? Le souffle inspiré de ses "*Loix civiles dans leur ordre naturel*" a porté deux fois la grandeur française, celle de Louis XIV, puis celle de Napoléon tant on sait ce que notre Code civil de 1804 lui doit<sup>4</sup>. De même, la méthode et la concision du "*Traité des obligations*" font de Pothier le pré-rédacteur du Code civil : il est fréquent de retrouver ses définitions dans ledit code<sup>5</sup>. La clarté, la sobriété et l'élégance de l'expression reflètent une tradition de plusieurs siècles forgée, dès les adages de Loysel, dans la force des images, la musicalité et le rythme d'une poésie juridique<sup>6</sup>. C'est en cela que l'on reconnaît la beauté linguistique qui embrasse non seulement l'art du mot, mais aussi le génie de l'ordonnement<sup>7</sup>. Néanmoins le beau style qu'affectionnait tant Stendhal, en se délectant de la lecture du Code civil<sup>8</sup>, ne suffit pas<sup>9</sup>. Dans une "*gradation encore plus cérébrale*", le droit atteint la beauté quand il est conforme à ses propres exigences, à sa finalité de Justice<sup>10</sup>. Or, sur la substance du droit, les rédacteurs reconnaissent eux-mêmes leurs dettes : le droit romain et le droit naturel, sous le couvert duquel ils ont largement instillé la perception de l'idéal de Justice de leur époque, même si en partie, à travers l'oeuvre de Domat, cet idéal était empreint du passé<sup>11</sup>. Cependant, alors qu'il invoquait la puissance du droit naturel comme source d'inspiration, "*Portalis savait qu'il n'avait pas légiféré pour l'éternité*"<sup>12</sup>.

**3. - Un beau droit non exempt d'ambivalence.** Le droit, perçu comme beau aujourd'hui, ne l'a pas toujours été. De fait, dès 1880, les critiques ont fusé sur les lacunes et l'inadaptation du

<sup>2</sup> André Lalonde, Vocabulaire technique et critique de la philosophie, PUF, Quadriga 2002, p.199.

<sup>3</sup> Y. Noda, Jean Domat et le Code civil français, Essai sur l'influence de Domat sur le Code civil français, in Comparative Law Review, III, 2, 1956 ; F. Todescan, "Domat et les sources du droit", Arch. philo. du droit 1982, p.55 ; Stéphane Rials, Simone Goyard-Fabre et Marie-France Renoux-Zagamé, "Jean Domat : un juriste au grand siècle", Revue d'histoire des facultés de droit 1989, n°9, p.69 ; Pierre.-Yves Gautier, "Jean Domat : l'un de ces messieurs de Port-Royal", RTDCiv 1994, 529 ; C. Prieto, "Domat et la mémoire du droit", in "Le droit dans le souvenir", Liber amicorum Benoît Savelli, PUAM 1998, p.119

<sup>4</sup> Jean-Louis Gazzaniga, Introduction historique au droit des obligations, Coll. Droit fondamental, Droit privé, PUF 1992, p.55 et 59. Voir aussi Jean-Jacques Arnaud, Origines doctrinales du Code civil français, LGDJ, 1969.

<sup>5</sup> Jean-Louis Gazzaniga, préc., p.56 et 59.

<sup>6</sup> André Laingui, La poésie dans le droit, Droit et esthétique, Arch. philo du droit, tome 40, Sirey 1996, p.139 ; Gérard Cornu, Linguistique juridique, Précis Domat, 1990, p.395. Cette poésie du droit ne saurait être confondue, selon André Laingui, avec la "poésie anémiée", illustrée par la tentative pathétique de Decamberousse de versifier le Code Napoléon, cf p.135.

<sup>7</sup> Gérard Cornu, Droit et esthétique, Présentation, Arch. philo. du dr., préc.

<sup>8</sup> Stendhal, Correspondance t.III, Lettre à Balzac, 30 octobre 1840.

<sup>9</sup> Philippe Jestaz, Le beau droit, Droit et esthétique, préc., p.15.

<sup>10</sup> Gérard Cornu, ibid. Voir aussi Rainer Rochlitz, Critériologie du juste et du beau, ibid, p.65, spéc. p.75 : "*Une justice parfaite ne peut être "belle" que par métaphore : elle satisfait à ses propres exigences. Une oeuvre d'art n'est "juste" que par métaphore : elle a trouvé le ton juste de sa cohérence*".

<sup>11</sup> Jean-Louis Gazzaniga, préc., p.180.

<sup>12</sup> Jean-Louis Gazzaniga, préc., p.60.

Code civil de 1804, au regard des phénomènes liés à la révolution industrielle. Elles ont atteint un point culminant lors de la célébration du centenaire du Code en 1904 et ont suscité un clivage dans les esprits du temps : d'un côté, Saleilles, chef de file des partisans de la réforme ; d'un autre côté, Planiol, parmi les farouches adversaires de toute révision<sup>13</sup>. S'agissant du droit des obligations, le Code n'est pas à l'abri de critiques. En termes de techniques juridiques, le plan est déséquilibré et certains concepts souffrent d'imprécision, voire d'ambiguïté comme c'est le cas de la cause<sup>14</sup>. Quant à la justice contractuelle, les débats sur l'exigence d'équilibre des contrats et la lésion révèlent l'âpreté des confrontations. Les arguments échangés à la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle renvoyaient aux divergences exprimées déjà au début de ce même XIX<sup>ème</sup> siècle par Berlier, qui était hostile à toute correction de la lésion, et Portalis, qui y était favorable pour des considérations morales<sup>15</sup>. C'est dire que la justesse d'analyse du Code n'a pas nécessairement fait l'unanimité en toutes ses dispositions. Du point de vue de Portalis lui-même, il serait ainsi permis d'avancer que la beauté du Code n'était pas absolue.

Du point de vue de l'ensemble du corps social de son époque, elle serait encore plus relative. Un Code civil bâti sur les cendres de la Révolution française et à la gloire de l'Empereur pouvait ne pas susciter l'adhésion de tout le corps social. Ce qui est perçu comme beau aujourd'hui pouvait inspirer la plus vive détestation au moment de sa conception. Quant au rayonnement du Code à l'étranger, qui a pu le faire passer pour un droit commun européen<sup>16</sup>, il a été d'abord porté par la force des armes, même si l'on peut penser qu'il a duré dans le temps par sa force intrinsèque<sup>17</sup>. La grandeur du Code civil de 1804 n'est pas exempte d'ambiguïté, d'ambivalence.

**4. - Le beau droit : un élan donné vers l'avenir.** En réalité, le beau droit du passé est perçu comme tel, pour la puissance du lien social qu'il a pu inspirer aux générations suivantes. En ce sens, le Code civil français est à juste titre présenté comme la "*Constitution civile de la France*"<sup>18</sup>. L'identifiant de la beauté du droit réside dans l'élan prometteur d'un avenir harmonieux que plusieurs générations ont pu percevoir. Même si l'ambiguïté l'accompagne, le beau droit est tel parce qu'il porte un souffle, une espérance, une volonté d'unité qui donnent confiance à un corps social, souvent désespéré, pour aller de l'avant. La beauté du droit surgit quand le droit réalise sa propre finalité. Or, sa finalité suprême est de promouvoir la paix sociale<sup>19</sup>. La beauté formelle est certes un atout non négligeable : elle sert la compréhension, l'adhésion, la mémorisation, la réalisation<sup>20</sup>. Mais la beauté essentielle réside dans une promesse de paix sociale et de prospérité partagée. En ce sens, la valeur fondamentale du droit a pu être discernée dans la prospective qu'il nourrit<sup>21</sup>. Même sous la gangue d'une laideur formelle, cette beauté doit transparaître et prévaloir. C'est la raison pour laquelle on ne saurait se limiter à la seule perception de l'esthétique de l'ordonnement, du cadre posé. Il faut aussi appréhender l'esthétique de la mutation, de l'énergie impulsée<sup>22</sup>. Chacune des ces esthétiques, aussi fascinante soit-elle, produit des dérives pathologiques, sauf à ce que l'une et

<sup>13</sup> Jean-Louis Gazzaniga, préc., p.62 et 185.

<sup>14</sup> Jean-Louis Gazzaniga, préc., p.60 et 186.

<sup>15</sup> Jean-Louis Gazzaniga, préc. 185.

<sup>16</sup> Norbert Rouland, n°225, citant J.-L. Reitemeier, Das Napoleonsrecht als allgemeines Recht in Europa, insbesondere in Deutschland betrachtet, Francfort sur l'Oder, 1809.

<sup>17</sup> Norbert Rouland, ibid

<sup>18</sup> Jean Carbonnier, Le Code civil, in Les lieux de mémoire, dir. Pierre Nora, t.2, La nation, p.293, spéc. p.309.

<sup>19</sup> Philippe Jestaz, Le beau droit, préc.

<sup>20</sup> Gérard Cornu, Droit et esthétique, préc.

<sup>21</sup> François Rigaux, Introduction à la science du droit, Bruxelles 1974, p.370.

<sup>22</sup> Pierre Schlag, The Aesthetics of American Law, 115 Harv. L. Rev. 1047.

l'autre s'entrecroisent. Le beau droit serait ainsi "à mi-chemin entre l'académisme et le désordre"<sup>23</sup>.

**5. - Un beau droit européen : persister dans la provocation ?** La doctrine civiliste s'interroge et souffre du fait de la construction européenne. On pressentait que cette construction dérangerait l'ordonnement du droit privé et la logique interne des disciplines dans le système français. Pour faire émerger ce marché commun et donner substance aux libertés économiques posées par le Traité, la démarche de la Commission avait été pourtant prudente : elle n'agissait que par touches successives. Néanmoins, la mauvaise perception des normes communautaires allait grandissant, malgré des tentatives pour l'atténuer. Il fallait se garder de présenter l'évolution du droit privé comme "le résultat d'une contrainte extérieure subie en opposant de façon caricaturale les autorités de Bruxelles au législateur français"<sup>24</sup>. L'élaboration de la norme communautaire pouvait être douce et consentie si l'on prenait en considération le rôle des experts nationaux dans les études commandées par la Commission, donnant souvent lieu à des "discussions raffinées"<sup>25</sup>. Mais rien n'y fit. La qualité de la législation fut parfois admise, au regard du fond préparé sur la base d'études comparées poussées, mais pour une part très restreinte<sup>26</sup>. Dans l'ensemble, la législation communautaire fut stigmatisée comme une législation du détail, pléthorique et confuse<sup>27</sup>. L'inflation d'euro-normes fut perçue comme un rouleau compresseur d'uniformisation. Cette opinion n'a cessé de croître en France. En définitive, on ne saurait plus parler d'harmonisation dans la mesure où les directives ne sont plus de simples textes d'orientation. Elles portent un degré de précision révélant "une frénésie uniformisatrice et isonomique qui a atteint un degré paroxystique"<sup>28</sup>. Le droit communautaire, enlisé dans l'obsession de réalisation du Marché unique, est dépourvu de message spirituel et n'est pas porteur de valeurs de civilisation<sup>29</sup>. La sanction tombe : "cette masse énorme de nature réglementaire, si disparate, ne mérite pas la qualification de système juridique"<sup>30</sup>. La détestation est grande<sup>31</sup> et réitérée<sup>32</sup>. Elle ne pouvait qu'être avivée par la Communication de la Commission du 11 juillet 2001<sup>33</sup> et surtout la résolution du Parlement européen<sup>34</sup>. Les réactions sont à la mesure du choc ressenti<sup>35</sup>. Le

<sup>23</sup> Philippe Jestaz, Le beau droit, préc. Voir, infra, n°23.

<sup>24</sup> Claude Berr, L'influence de la construction européenne sur le droit privé, Mélanges Teitgen, Pedone 1984, p.1.

<sup>25</sup> L'analyse de Claude Berr est confirmée, quelques années plus tard, par Jérôme Huet, Les sources communautaires du droit des contrats, in Le renouvellement des sources du droit des obligations, Travaux de l'Association Capitant, Journées de Lille, LGDJ 1997, p.26. Selon ce dernier, les échanges entre les experts juridiques nationaux sont "une grande source d'enrichissement... Les textes adoptés bénéficient eux-mêmes de cet apport. Tantôt on voit repris un concept de tel droit, tantôt une règle empruntée à un autre. Tout se passe un peu comme si l'on puisait ce qu'il y a de meilleur dans chacun".

<sup>26</sup> Christian Mouly, Le droit peut-il favoriser l'intégration européenne ?, RIDC 4-1985, p.900.

<sup>27</sup> Christian Mouly, ibid, p.944

<sup>28</sup> Bruno Oppetit, Le mythe du législateur suprême, D. 1990, crhon XIII, p.73.

<sup>29</sup> Bruno Oppetit, Droit commun et droit européen, Mélanges Loussouarn, 1994, p.311

<sup>30</sup> Bruno Oppetit, ibid, note 7.

<sup>31</sup> Philippe Malaurie, rapport de synthèse, in Le droit privé européen, dir. Pascal de Vareilles-Sommières, coll. Etudes juridiques, Economica 1998 : "Je ne connais pas le droit privé européen et je ne l'aime pas. Ce que j'aime dans mon Europe, c'est sa diversité. L'uniformité monotone de l'architecture contemporaine m'ennuie. Non, vraiment, je n'aime pas le droit européen unifié. Une superposition compliquée de règles de Conventions, de directives et de décisions obscures et sans âme".

<sup>32</sup> Philippe Malaurie, Droit romain des obligations, Droit français contemporain des contrats et l'Europe d'aujourd'hui, JCP 2000, p.1415.

<sup>33</sup> JOCE C 255-1, 13 septembre 2001

<sup>34</sup> Parlement européen

<sup>35</sup> Philippe Malinvaud, Réponse-hors délai- à la Commission européenne : à propos d'un code européen des contrats, D. 2002.

projet d'un code civil européen est ressenti comme "*un acte de spoliation*"<sup>36</sup>. C'est la Constitution civile de la France, au sens développé par le Doyen Carbonnier, qui serait mise à bas<sup>37</sup>. Le pluralisme culturel est menacé<sup>38</sup>. Les résistances sont fortes. De fait, les codifications nationales du XIX<sup>ème</sup> siècle ont surmonté plusieurs régimes. Elles sont perçues comme des monuments culturels, parce qu'elles sont enracinées dans la conscience collective et figurent parmi les composants de l'identité nationale<sup>39</sup>. Elles contribuent aussi à forger les identités individuelles, dans la mesure où les juristes se sont formés en leur sein et ont développé des réflexes, des affinités naturelles, une forme de lien affectif.

**6. - Le droit privé européen : une belle question, une belle controverse.** La part de la confrontation dans l'élaboration d'une culture est essentielle. La dialectique, au sens de joute ou dialogue<sup>40</sup>, est au coeur de notre culture juridique depuis les premiers débats sur le Juste et la Loi, tels qu'ils sont retranscrits dans les Dialogues de Platon<sup>41</sup>. Elle est le fondement de la formation de notre pensée juridique<sup>42</sup>. Il n'est guère étonnant que le beau droit ait pu être décelé dans la controverse<sup>43</sup>. Une belle question n'est belle qu'en ce qu'elle stimule l'esprit de raisonnement et suscite de belles argumentations. Il ne saurait s'agir de pur exercice de style car l'enjeu est de convaincre. Il faut donc se féliciter de la tournure, en définitive très prometteuse, que prennent en France les débats sur le droit européen du contrat. Les crispations sont réelles et doivent s'exprimer avec force, tant les uns et les autres détiennent une part de vérité. La culture juridique ne peut être que le droit perçu et pensé par l'individu dans un dialogue avec lui-même et avec les autres.

**7. - La construction européenne, un processus culturel.** Certains l'associeraient plutôt à un processus de destruction culturelle. C'est la raison pour laquelle ils entendent "*s'arc-bouter sur la défense acharnée du patrimoine juridique français*"<sup>44</sup>. Il existe pourtant un processus original de formation du droit européen pour lequel une approche anthropologique, "*dépassant les tabous, permettrait de réfléchir sereinement aux formes d'interpénétration, d'ensemencement réciproque, de bouturage croisé, c'est-à-dire de*

<sup>36</sup> Gérard Cornu, Un code civil n'est pas un instrument communautaire, D. 2002, chron., p.351. L'auteur prend la défense vigoureuse du code civil : "*Irréductible à une réglementation, le code civil est un monument du droit français parmi nos références primordiales. Qui, honnêtement, voudrait l'indécence de l'évincer par un instrument communautaire ? Son bicentenaire n'est pas un requiem... La méconnaissance de cette oeuvre puissante et discrète relève de l'inculture. Les pressions contraires qui la compromettraient seraient mal éclairées... L'unitarisme communautaire serait une entreprise réductrice, récessive et pour tout dire totalitaire, l'obsession fusionniste une aberration culturelle*".

<sup>37</sup> Yves Lequette, Quelques remarques à propos du projet de code civil européen de M. von Bar, D. 2002, p. 2202, n°9.

<sup>38</sup> Philippe Malaurie, Le code civil européen des obligations et des contrats, Une question toujours ouverte, JCP 2002, p.281.

<sup>39</sup> Christoph U. Schmid, Legitimacy Conditions for a European Civil Code, réponse à la Communication de la Commission, p.7. Voir aussi, pour les pays de Common Law, Collins, European Private Law and the Cultural Identity of States, ERPL 3 (1995), 353.

<sup>40</sup> Michel Villey, Archive de philosophie, Dialogue, dialectique en philosophie et en droit, t. 29, Sirey 1984, in Préface et in "L'art du dialogue dans la Somme théologique", p.55.

<sup>41</sup> Voir, ainsi, Janine Chanteur, "Dialogue et dialectique chez Platon", Archives de philosophie du droit, tome 29; "Dialogue, dialectique en philosophie et en droit, 1984, p. 43, spec. p.53 : "*En dépit de ses imperfections, dans la mesure où elle imite le droit naturel, où elle cherche à le retranscrire dans des relations aussi exactes que possible, on peut dire de la législation qu'elle est la pratique de la dialectique qui s'écrit en acte dans les lois*".

<sup>42</sup> Michel Villey, La formation de la pensée juridique moderne, Cours d'histoire de la philosophie du droit, Editions Montchrestien, 1975, p.18.

<sup>43</sup> Philippe Jestaz, Le beau droit, préc., p.17.

<sup>44</sup> Denys Simon, Rapport introductif, in "Vers une culture juridique européenne ?", Montchrestien 1998.

*métissage juridique*<sup>45</sup>. Ce processus fonde d'ailleurs l'idéologie qui porte, au sens traditionnel<sup>46</sup>, cette culture. En effet, c'est en réaction aux deux guerres mondiales et à leurs ravages que les Pères fondateurs ont voulu affirmer l'idéal d'un "*destin commun*", comme en atteste le souffle de la déclaration faite par Robert Schuman, le 9 mai 1950 (<sup>47</sup>). L'ampleur des obstacles et le souci de pragmatisme les a amenés à imaginer un processus selon lequel une prospérité partagée, en tant que solidarité de fait, nourrirait la volonté de progresser dans la voie d'un destin commun toujours mieux assumé. C'est toute la raison d'être de la Communauté Economique : amorcer une économie sociale de marché pour engendrer, au fil du temps, des aspirations autrefois purement chimériques<sup>48</sup>. Les étapes de ces dernières années témoignent de leur clairvoyance, avec le traité sur l'Union européenne signé en 1992 à Maastricht, l'adoption de la monnaie unique à haute valeur symbolique, puis la proclamation de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne en apothéose. Le droit européen est un "chantier" permanent<sup>49</sup>. En cela, la culture juridique européenne nourrit une "*conscience juridique commune*"<sup>50</sup>. Elle a aussi le mérite, par ce processus de construction permanente, de renouveler les contours de la pensée juridique. La norme juridique n'est plus figée : elle n'est qu'une transition pour permettre l'accouchement d'une autre norme en devenir. Les défis sont énormes, puisque ce processus permanent donne l'impression d'une profusion et d'un désordre de normes. C'est pourquoi de nouvelles réflexions surgissent sur les apports d'une théorie générale des systèmes pour maîtriser la complexité<sup>51</sup>, sur l'utilité de normes floues pour permettre l'évolution et la diversité<sup>52</sup>, sur les perspectives de la juxtaposition et de l'internormativité pour dégager un droit commun sans céder à la tentation de réduire à l'unité, ni à celle de rester dans la dispersion<sup>53</sup>. La construction européenne est un appel à l'imagination et à l'innovation : c'est un laboratoire vivant pour le processus de formation du droit. A condition de ne pas s'obstiner à reproduire les schémas théoriques et les critères d'appréciation qui ont eu à juste titre leur valeur dans le passé, le passage se fera d'une "*coalition de cultures*"<sup>54</sup> à une culture de la coalition. En cela le droit européen, nonobstant sa complexité et ses balbutiements, est une promesse pour l'avenir<sup>55</sup>. C'est le contexte dans lequel il convient d'apprécier les résolutions du Parlement européen sur les rapprochements en matière de droit privé<sup>56</sup>. Le Parlement européen y affirme que les traditions juridiques des peuples de l'Europe présentent plus de points communs que de différences. Cette perception,

<sup>45</sup> Denys Simon, *ibid.*

<sup>46</sup> Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, p.139.

<sup>47</sup> Déclaration de Robert Schuman le 9 mai 1950, considérée comme l'acte de naissance de l'Union européenne, (date choisie pour la Journée de l'Europe), <http://europa.eu.int/abc/9-may/files/decl-fr.htm>

<sup>48</sup> Catherine Prieto, La culture européenne de concurrence, in "*L'identité de l'Europe*", Presses Universitaires d'Aix-Marseille 2002.

<sup>49</sup> Conseil Européen, Déclaration Laeken, "*L'avenir de l'Union européenne*", 12 déc. 2001. Cette déclaration pose les défis et les réformes à concevoir dans une Union renouvelée : rapprocher les citoyens du projet européen et de leurs institutions, imaginer une nouvelle structuration de l'espace politique européen, renforcer l'Europe comme facteur de stabilisation dans un monde multipolaire.

<sup>50</sup> Dict. encycl. préc., p.142.

<sup>51</sup> Michel van de Kerchove et François Ost, *Le système juridique entre ordre et désordre*, PUF, Les voies du droit, 1988.

<sup>52</sup> Mireille Delmas-Marty, *Le flou du droit*, 1986.

<sup>53</sup> Mireille Delmas-Marty, *Pour un droit commun*, Seuil 1994 ; "*Réinventer le droit commun*", D. 1995, chron.1.

<sup>54</sup> André-Jean Arnaud, *ibid.*, p.151.

<sup>55</sup> André-Jean Arnaud, *Pour une pensée juridique européenne*, PUF, Les voies du droit, 1991, p. 166.

<sup>56</sup> Résolution du 26 mai 1989 sur un effort de rapprochement du droit privé des Etats membres, JO C 158 du 26.6.1989, p.400 ; Résolution du 6 mai 1994 sur l'harmonisation de certains secteurs du droit privé des Etats membres, JO C 205 du 25.7.1994, p.518 ; Résolution du 15 novembre 2001 concernant le rapprochement du droit civil et du droit commercial des Etats membres, cf site du Parlement.

exagérée pour certains, s'explique par des actes politiques forts qui scellent toujours plus étroitement la volonté d'un destin commun.

**8. - La prise de conscience, en France, de la nécessité d'un droit européen du contrat.** Elle n'est pas nouvelle. Elle coïncide d'ailleurs avec la volonté politique d'engager une réforme du Code civil. Par décret du 7 juin 1945, le général de Gaulle constituait la Commission de réforme du Code civil. Celle-ci allait être présidée de façon magistrale, pendant près de 19 ans, par le Doyen Julliot de la Morandière<sup>57</sup>. Or, dans son rapport remis en 1961, le président faisait le constat que la Commission n'avait pas encore abordé la partie du Code civil concernant les obligations. Envisageant l'avenir, il suggérait que la France n'avait pas intérêt à poursuivre seule son travail de réflexion et de réforme. C'est donc à un double travail de réforme et d'unification du droit qu'il invitait ses collègues français : *"L'unification économique européenne est en voie de réalisation ; en tous les cas, le Traité de Rome entre les six pays du Marché commun entre en application ; est-il concevable qu'un véritable Marché Commun se développe sans unité de législation ? Et la France, au lieu de songer à refaire seule la partie de son code relative aux obligations et aux contrats, ne devrait-elle pas prendre l'initiative de proposer, au moins aux pays signataires du Traité de Rome, une conférence internationale en vue de l'élaboration de règles uniques ?"*<sup>58</sup>.

Le Doyen Houin confortait cette analyse en considérant qu'une telle initiative était à la fois nécessaire, opportune et tout à fait réalisable. Avec perspicacité et pragmatisme, il prévoyait que les entreprises n'auraient pas, dans leur grande majorité, des services juridiques *"rompus aux difficultés du droit comparé et aux subtilités du droit international privé"*. Or, le développement des relations économiques reposant sur le droit des contrats et le droit de la responsabilité, les entreprises manqueraient de certitude et de sécurité. Selon lui, *"seules l'unification du droit et sa codification pouvaient donner cette certitude et cette sécurité"*. Il ajoutait que l'époque était opportune dans la mesure où plusieurs Etats membres avaient de vieilles codifications. Avec sagesse, il considérait : *"sans doute ces codes - et surtout le Code civil de 1804 - ont eu leur heure de gloire et ont rendu d'immenses services ; mais un code n'est pas un article de musée car il doit servir... un code, quelle que soit sa valeur n'est pas non plus une Bible et n'a pas la vertu de défier le temps, car il est une oeuvre simplement humaine et subit nécessairement le vieillissement de l'histoire"*. En parfaite cohérence avec lui-même, le Doyen Houin a été l'un des membres fondateurs de la Commission pour le droit européen et en est resté un membre actif jusqu'à son décès<sup>59</sup>.

**9. - Le faible engouement en France pour le droit comparé du contrat.** La dimension européenne a en partie gelé la réforme du droit du contrat en France. Certes, *"les archaïsmes intolérables du droit familial"*<sup>60</sup> ont contribué *"à laisser délibérément en jachère"*<sup>61</sup> ce terrain. L'attente d'une initiative européenne en matière d'unification du droit du contrat explique aussi le peu d'intérêt du législateur français pour le droit du contrat<sup>62</sup>.

<sup>57</sup> Roger Houin, Pour une codification européenne du droit des contrats et des obligations, in Etudes juridiques offertes à Léon Julliot de la Morandière, Dalloz 1964, p.223.

<sup>58</sup> Roger Houin, préc., p.225.

<sup>59</sup> Les Principes du droit européen du contrat, L'exécution, l'inexécution et ses suites, Préface de Ole Lando, La documentation française 1997.

<sup>60</sup> Gérard Cornu, Des contrats et des obligations conventionnelles en général, (essai de lecture d'un titre du Code), Les cours de droit 1976-77, p.3 ; Jean Carbonnier, Rapport introductif aux Journées René Savatier, Poitiers, 1985, p.29.

<sup>61</sup> Loïc Cadiet, Interrogations sur le droit contemporain des contrats, (citant Jean Carbonnier, Droit civil, t.1, Introduction, Les personnes, PUF 1984, p.77), in Economica 1987, p.10

<sup>62</sup> Gérard Cornu, ibid ; Jean Carbonnier, ibid.

Cependant, cette explication apportée à l'absence de réforme n'est plus acceptée, à la fin des années 80, par ceux qui considèrent que le titre III du livre III aurait tout à gagner d'être enrichi par des apports de droit étranger<sup>63</sup>. En d'autres termes, ils laissent à penser que l'initiative européenne aurait dû être préparée, en France même, par un travail intensif de droit comparé et une appropriation de ses résultats, moyennant un effort de recodification. L'absence d'appropriation des richesses des droits nationaux voisins revenait à laisser le champ entièrement libre à la Commission européenne, sans offrir d'alternative à sa méthode d'action. Il est vrai que le contrat a une charge symbolique forte, comme l'un des trois piliers de l'ordre juridique, aux côtés de la famille et de la propriété<sup>64</sup>. En tant qu'instrument d'échange, il est le vecteur d'un rapport d'altérité de base, que toute organisation sociale entend réguler au nom de sa cohérence, de son identité. Elle en fera son estampille, le creuset de sa conception du Juste. On comprend ainsi les réticences à s'engager dans une forme de métissage culturel. Mais toute forme de distanciation, dans la confrontation européenne des traditions nationales, présente aussi le risque d'isoler la tradition française en matière de droit du contrat, voire de la présenter en position de frilosité ou de perte de confiance, ce qui ne correspond nullement à la réalité.

**10. - La situation du droit du contrat en Europe.** Deux voies pouvaient être envisagées: la voie savante et la voie bruxelloise. Celle d'une oeuvre doctrinale élaborée par une conférence d'experts européens promettait des difficultés évidentes de rapprochement de points de vue<sup>65</sup>. Elle pouvait aussi revêtir tous les atouts d'un droit savant, comme le pressentait le Doyen Houin. Un certain courant en France a pu penser qu'il y avait lieu de laisser faire la machine bruxelloise, malgré les critiques apportées très vite à ses modes d'intervention<sup>66</sup>. Un autre courant a considéré que cette voie n'était pas exclusive de l'autre<sup>67</sup>. Ainsi, la Commission européenne poursuivit, en vue de la réalisation du Marché commun, un travail d'harmonisation des normes par le biais de directives et même un travail d'unification par le biais de règlements. Certes, elle le fit sans omettre de consulter des experts. Il n'en demeure pas moins que la démarche suivie ne fut pas celle d'un droit commun. Le marché intérieur s'est bâti, paradoxalement, sans l'appui d'un droit commun du contrat, sur une simple approche d'harmonisation sectorielle des contrats. Cette méthode montre désormais clairement ses limites et ses défauts. En contrepoint, les travaux de droit comparé de certains groupes transnationaux de comparatistes apparaissent comme des voies de recours.

**11. - Les contours d'une culture contractuelle.** Quelle que soit l'appréciation portée sur l'état du droit du contrat dans sa dimension européenne, on ne saurait nier que des actions et des pratiques ont été menées. Résultant d'une mise en oeuvre par la Commission européenne ou par des professionnels du droit, elles caractérisent une culture juridique en Europe en matière de droit des contrats. Ces premières expériences sont certes ambivalentes : une expérience négative peut être utile en ce qu'elle permet d'affirmer des erreurs de méthode ; d'autres efforts, tout en étant ambitieux, peuvent apparaître illusoire. Ces expériences n'en constituent pas moins des acquis d'une culture européenne en matière de contrat (I). Il est toutefois permis de ne pas s'en satisfaire. Les Institutions européennes, elles-mêmes, ne se satisfont pas de la communautarisation pointilliste du droit des contrats et veulent

---

<sup>63</sup> Philippe Rémy, Droit des contrats : questions, positions, propositions, in *Le droit contemporain des contrats*, dir. L. Cadiet, préc.

<sup>64</sup> Jean Carbonnier, *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ 1988, p.179.

<sup>65</sup> Jean Carbonnier, *Droit et passion du droit*, Forum, Flammarion, 1996, p.175.

<sup>66</sup> Jean Carbonnier, *ibid.*

<sup>67</sup> Olivier Beaud, *L'Europe entre droit commun et droit communautaire*, in *L'Europe et le droit*, *Droits* 14, 1991.

expérimenter d'autres voies. Quant aux universitaires comparatistes, ils ne se satisfont pas de l'idée que leurs travaux resteraient à l'état de droit virtuel et d'élucubrations savantes. C'est tout l'objet du débat engagé entre la Commission européenne et divers interlocuteurs, à propos des nouvelles formes d'actions à engager. Le mode de production des normes pourrait notamment être changé par le croisement de ces deux expériences jusqu'alors parallèles. En tout état de cause, des avancées doivent être faites pour une élaboration d'un droit commun dans une plus grande transparence et ouverture, avec des garanties de représentativité des cultures nationales pour assurer de la réalité d'un enrichissement mutuel. Des avancées doivent également être réalisées en matière de diffusion pour permettre une bonne appropriation des efforts d'élaboration des normes. Tous ces éléments, facteurs d'une légitimité renforcée, devraient permettre de passer d'une culture européenne du contrat à une culture contractuelle véritablement commune en Europe (II)

## **I - LES ACQUIS AMBIVALENTS D'UNE CULTURE EUROPEENNE DU CONTRAT**

**12. - Les voies du rapprochement entre les droits européens.** Très vite après la seconde guerre mondiale, les comparatistes se sont interrogés sur les méthodes de rapprochement entre les droits européens. Le problème se posait de savoir quel était le meilleur procédé pour sceller, par le droit, le destin de l'Europe<sup>68</sup>. Le procédé des lois uniformes suscitait réserve et même appréhension s'il devait concerner toutes les branches du droit de tous les pays européens. Son emploi était encore prématuré, sauf à considérer des matières comme le droit des obligations dont les bases traditionnelles étaient communes selon René David. Mais l'éminent comparatiste restait très prudent et pragmatique : "*L'enthousiasme ne saurait remplacer ni la science, ni le travail ; il faut nous défier des succès de façade*". C'est pourquoi il recommandait deux types de projets : la voie législative pour gommer les antagonismes les plus radicaux entre les droits européens ; la voie doctrinale pour dégager un nouveau droit commun. C'est la seconde voie qui était, à ses yeux, la plus ambitieuse et la plus prometteuse. Il s'avère que ces deux voies ont été explorées et constituent, chacune à leur manière, y compris avec leurs faiblesses et peut-être grâce à elles, des acquis de la culture européenne du contrat.

### **A - L'harmonisation communautaire des droits nationaux des contrats**

**13. - Une incidence de la réalisation du marché commun, mais non un objectif communautaire.** Le droit du contrat ne fait pas l'objet, en tant que tel, d'une attention spécifique dans le Traité CE. Le rapprochement des droits privés nationaux n'est pas un objectif du traité. Son article 3 vise de manière générale "*le rapprochement des législations nationales*" et seulement "*dans la mesure nécessaire au marché commun*". Cependant, on s'accorde à reconnaître une influence du droit communautaire sur le droit privé et sur le droit des contrats en particulier<sup>69</sup>. Il ne pouvait pas en être autrement dans la mesure où le Traité CE vise la création d'un marché intérieur fondé sur des libertés économiques fondamentales : quatre libertés de circulation et la liberté de concurrence. La diversité des droits nationaux pouvait être un obstacle à leur pleine réalisation et c'est dans cette perspective que certains rapprochements ont pu être opérés. Ainsi est reconnue l'existence de sources communautaires pour le droit des contrats<sup>70</sup>. Ces rapprochements inspirent trois constats. Ils ont été effectués de la manière la plus douce à l'égard des droits nationaux par la voie de directives. Ils ont été

---

<sup>68</sup> René David, L'avenir des droits européens unification ou harmonisation, in *Le droit comparé, Droits d'hier, Droits de demain*, Economica 1982, article publié en langue allemande in Zweigert (K), dir.: *Europäisches Zusammenarbeit im Rechtswesen*, Verlag J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1955, p.1-17.

<sup>69</sup> Emmanuel Putman, L'influence du droit communautaire en droit privé français, RRJ 1997 ; Conor Quigley, *Droit communautaire des contrats, L'effet du droit communautaire sur les obligations contractuelles*, Bruylant Bruxelles, Kluwer Law International 1998 ; Hélène Gaudemet-Tallon, *Droit privé et droit communautaire, quelques réflexions*, Revue du marché Commun et de l'Union européenne, avril 2000, n°437, p.228.

<sup>70</sup> Jérôme Huet, Les sources communautaires du droit des contrats, Journées de l'Association Capitant, in "*Le renouvellement des sources du droit des obligations*", LGDJ 1997, p.11

inspirés par une logique de dynamisation du marché et se sont cantonnés, pour cette raison, aux aspects de la protection des consommateurs et des agents de la distribution. Ils s'avèrent, en définitive, très insuffisants, ce qui incite des interrogations sur l'opportunité d'une nouvelle ambition communautaire : dégager les bases d'un véritable droit privé européen<sup>71</sup>, en s'appuyant sur une première réalisation en matière de contrat.

**14. - Les instruments communautaires du rapprochement.** Parmi tous les instruments du droit dérivé, le règlement ne paraissait pas adapté. En effet, le règlement est obligatoire en tous ses éléments et se trouve directement applicable, en s'insérant automatiquement dans les ordres juridiques nationaux<sup>72</sup>. L'emploi d'un tel instrument revient à l'adoption d'une loi uniforme. La directive présente, en revanche, le double avantage de la souplesse et d'une nature normative suffisamment forte. C'est l'instrument par excellence de l'harmonisation des législations entre Etats membres : il donne un cadre commun de convergence, qu'il incombe ensuite aux législateurs nationaux de mettre en oeuvre avec une certaine marge d'adaptation. Néanmoins, la distinction entre règlement et directive s'est estompée au fil du temps. Les directives sont devenues de plus en plus précises par souci de sécurité juridique. Elles se sont rapprochées des règlements par le degré de détail, à seule fin d'éviter certains exercices délicats de transposition, parfois à la demande des Etats membres eux-mêmes<sup>73</sup>. A l'inverse, certains règlements sont apparus en étant dépourvus de force obligatoire. Les règlements d'exemption n'existent que pour donner une présomption de licéité à des contrats de la distribution, apparemment constitutifs d'ententes verticales restrictives de concurrence<sup>74</sup>. La conformité au règlement donne le bénéfice de l'exemption, mais la non-conformité ne signifie pas pour autant une illicéité automatique<sup>75</sup>. Le règlement d'exemption constitue une forme souple d'orientation des pratiques contractuelles, suffisamment incitative par la sécurité juridique qui l'assortit. D'autres instruments sont encore plus souples, comme les résolutions, les recommandations, les communications, les lignes directrices ou encore les codes de conduite. Ces actes, non prévus dans le traité CE, se sont imposés dans la pratique institutionnelle de manière tout à fait notable. Il semble que seul un examen au cas par cas permette de dégager leur place dans le système et que c'est le contenu de l'acte, et non sa nature, qui détermine le véritable effet créateur de droit<sup>76</sup>. On peut relever l'existence de quelques recommandations en matière contractuelle<sup>77</sup>. Mais l'influence du droit communautaire sur les contrats s'est manifestée essentiellement par la voie des directives et des règlements d'exemption. Dans l'avenir, les actes non prévus pourraient toutefois présenter une certaine utilité, comme le suggère la communication de la Commission du 11 juillet 2001 concernant le droit européen des contrats.

---

<sup>71</sup> Peter-Christian Müller-Graff, Les perspectives d'un droit privé européen, RAE-LEA 1998, p.242.

<sup>72</sup> Joël Rideau, Droit institutionnel de l'Union et des communautés européennes, 4ème éd., LGDJ 2002, p.151.

<sup>73</sup> Joël Rideau, *ibid*, p.156.

<sup>74</sup> J.Schapira, G.Le Tallec, J.-B. Blaise et L. Idot, Droit européen des affaires, Themis PUF 1999, t.1, p.314.

<sup>75</sup> CJCE, 30 avril 1998, C-230/96, aff. Cabour, Contrats, Conc., Consom. 1998, obs. L. Vogel, Europe, 1998, n°201, obs. L. Idot (arrêt rendu sur question préjudicielle de la Cour d'appel de Douai), pt 47: "*les dispositions des règlements d'exemption n'imposent pas aux opérateurs économiques de faire usage de ces possibilités ; elles n'ont pas non plus pour effet de modifier le contenu d'un tel accord ou de le rendre nul lorsque toutes les conditions dudit règlement ne sont pas remplies*". Voir aussi l'application faite par Douai, 1er février 2001, affaire Cabour, Dalloz 2001, Cah.dr. aff. n°39, note C. Prieto p.3178. Déjà en ce sens : CJCE, 18 déc. 1986, 10/86, VAG, JCP 1987, II, 20821, P. Durand.

<sup>76</sup> Joël Rideau, *ibid*, p.164

<sup>77</sup> Voir, par exemple, la recommandation du 19 octobre 1998 par laquelle la Commission propose un accord type européen en matière d'échanges de données informatisées.

### 15. - Les rapprochements en matière de contrats conclus avec les consommateurs.

Ce fut le terrain de prédilection de l'influence du droit communautaire dans le domaine des contrats<sup>78</sup>. Pourtant, on ne dénombre que sept directives ayant une incidence sur la technique contractuelle<sup>79</sup>. Ce faible nombre explique en partie pourquoi le droit français des contrats conclus avec les consommateurs ne s'en est pas trouvé bouleversé. Mais la raison principale de cette absence de bouleversement tient surtout au fait que le droit français de la consommation contenait déjà en son sein les raisons d'être et les techniques de protection portées par ces directives<sup>80</sup>. Il n'est guère étonnant que ces directives aient été aisées à transposer dans l'ordre juridique français<sup>81</sup>. Dans une vision d'ensemble, il faut observer que l'influence du mouvement consumériste sur la technique contractuelle a progressé sur le plan européen de manière segmentaire : les champs d'application de ces directives sont très étroits. Certes, il faut convenir que cette influence a été longtemps "*perçue comme un sous-produit de la politique du marché intérieur*"<sup>82</sup>. L'article 129 A, introduit par le Traité de Maastricht et devenu l'article 153 du Traité CE, a finalement consacré la dynamique consumériste et a élevé au rang de "politique communautaire" la protection du consommateur. Ceci a suscité un élan nouveau dans la réflexion doctrinale. Des propositions sont faites pour dégager un ensemble homogène et cohérent qui constituerait le véritable acquis communautaire<sup>83</sup>. Ainsi en matière de contrat, quand bien même les expressions sont distinctes dans les détails, des axes communs à plusieurs directives sont établis : le renforcement des obligations pré-contractuelles de renseignement ; l'accroissement du formalisme du contrat ; l'octroi d'un délai de réflexion ; l'élimination des clauses abusives ; la conformité du contrat régénérée par le concept d'attente légitime du consommateur. Des éléments structurants sont bien là pour

---

<sup>78</sup> Anne-Marie de Matos, Les contrats transfrontières conclus par les consommateurs au sein de l'Union européenne, PUAM 2001.

<sup>79</sup> Directive 85/577/CEE du Conseil du 20 décembre 1985 concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux ; Directive 87/102/CEE du Conseil, du 22 décembre 1986 relative aux rapprochements de dispositions législatives et réglementaires en matière de crédit à la consommation ; Directive 90/314/CEE du Conseil du 13 juin 1990 concernant les voyages, vacances et circuits à forfait ; Directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus entre les consommateurs ; Directive 94/47/CE du Parlement et du Conseil, du 26 octobre 1994 concernant la protection des acquéreurs pour certains aspects des contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation à temps partiel de biens immobiliers ; Directive 97/7/ CE du Parlement et du Conseil, du 20 mai 1997, concernant la protection des consommateurs en matière de contrats conclus à distance ; Directive 1999/44/CE du Parlement et du Conseil, du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation.

<sup>80</sup> Ainsi, la loi du 22 décembre 1972 relative au démarchage a précédé la directive de 1985 sur les contrats conclus négociés hors des établissements commerciaux ; la loi n°78-22 du 10 janvier 1978 sur les dangers du crédit précède la directive de 1986 en matière de crédits à la consommation ; la loi n°78-23 du 10 janvier 1978, contenant des dispositions sur les clauses abusives, précède la directive de 1993 sur les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs ; la loi du 6 janvier 1988 sur la vente à distance contient les mécanismes principaux de la directive de 1997 ; la loi du 11 juillet 1975 fut une amorce de la directive de 1990 sur les voyages et circuits à forfait ; la loi du 6 janvier 1986 sur l'attribution d'immeubles en jouissance à temps partagé contient les prémisses de la directive de 1990.

<sup>81</sup> La défense du consommateur a fait l'objet d'une rapide prise de conscience chez les juristes francophones, suivie d'un effort substantiel de théorisation, cf Gérard Cas, La défense du consommateur, PUF, que sais-je ? 1975 ; Cas et Ferrier, Traité de droit de la consommation, PUF 1986 ; Thierry Bourgoignie, Eléments pour une théorie du droit de la consommation, Story Scientia, Bruxelles 1988 ; Jean Calais-Auloy et Frank Steinmetz, Droit de la consommation, Précis Dalloz 1996. Les experts francophones ont assurément été une force de proposition. A certains égards, il serait même permis de renverser le rapport d'influence et de revendiquer un certain degré d'influence du droit français de la consommation sur le droit communautaire.

<sup>82</sup> Thierry Bourgoignie, L'impact du droit européen de la consommation sur le droit privé des Etats membres, in L'harmonisation du droit des contrats en Europe, Economica 2001

<sup>83</sup> Thierry Bourgoignie, *ibid.*

constituer la promesse d'un code européen de la consommation<sup>84</sup>. Mais cette promesse s'accompagne d'un regret. Le droit spécial l'emporterait sur la théorie générale des obligations. En effet, un code européen de la consommation, avec un volet sur les contrats conclus par les consommateurs, verrait le jour avant même qu'une perception commune du contrat soit posée à l'échelle européenne. Quoiqu'il en soit, l'influence communautaire sur la technique contractuelle se cantonne pour l'instant à sept directives qui, en raison de leur champ étroit, ont un potentiel d'harmonisation très modeste.

**16. - Les rapprochements en matière de contrats conclus entre les professionnels.** Ils se limitent à cinq directives<sup>85</sup>. Leur point commun est de porter sur le domaine de la distribution<sup>86</sup>. A l'instar du droit de la consommation, le rattachement à la politique du marché intérieur est manifeste, puisque c'est la seule justification d'une intervention de la Commission en matière de contrats. Ici encore, l'objectif de la Commission est de dynamiser le marché en facilitant les contrats de représentation des intermédiaires, les flux de marchandises et les flux financiers<sup>87</sup>. Cependant, il convient de relever que la Communication de la Commission du 11 juillet 2001 ne mentionne pas les règlements d'exemption relatifs aux contrats de la distribution. Ceux-ci ont été souvent qualifiés de contrats types déguisés<sup>88</sup> et, partant de puissants facteurs d'uniformisation<sup>89</sup>. En réalité, la Commission européenne a procédé à une réforme de sa politique en matière de restrictions verticales. Abandonnant une approche excessivement juridique par laquelle chaque catégorie de contrat se voyait affublée d'un règlement d'exemption, avec des clauses noires, grises et blanches<sup>90</sup>, la Commission s'est ralliée avec sagesse à une approche plus économique<sup>91</sup>. Tout repose désormais sur le pouvoir de marché des opérateurs économiques et l'efficacité économique du réseau, même si quelques clauses noires demeurent. Cette réforme induit un vaste reflux dans la communautarisation des contrats de la distribution. Ainsi, en l'état, l'influence du droit communautaire sur la technique contractuelle se cantonne à cinq directives. Il faut convenir

<sup>84</sup> Vers un code européen de la consommation, dir. F. Osman, Bruylant Bruxelles 1998.

<sup>85</sup> Directive 85/374/CEE du Conseil du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives et réglementaires en matière de responsabilité du fait des produits défectueux ; Directive 86/CEE du Conseil, du 18 décembre 1986, relative à la coordination des droits des Etats membres concernant les agents commerciaux indépendants ; Directive 97/5/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 janvier 1997 concernant les virements transfrontaliers ; Directive 2000/31/CE du Parlement et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information et notamment du commerce électronique dans le marché intérieur ; Directive 2000/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 juin 2000, concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales.

<sup>86</sup> Pour satisfaire les intérêts du consommateur, la directive sur la responsabilité des produits défectueux pèse sur les relations de tous les opérateurs de la chaîne économique, du producteur au dernier intermédiaire avec le consommateur, en leur faisant partager le poids de la réparation. En ce sens, c'est une directive qui relève, avant tout, du domaine de la distribution. La directive sur les virements frontaliers et sur les retards de paiement dans les transactions commerciales tendent à faciliter et à réguler les circuits financiers de la distribution.

<sup>87</sup> Didier Ferrier, La politique d'harmonisation du droit des contrats de la distribution en Europe, in *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, p.83, n°2.

<sup>88</sup> Laurence Idot, Droit communautaire et contrats, in "Vers une culture juridique européenne ?", Montchrestien 1998, p.53, n°21 ; Jérôme Huet, Les sources communautaires du droit des contrats, Journées de l'Association Capitant, in "Le renouvellement des sources du droit des obligations", LGDJ 1997, p.11 ; Michel Trochu, Incidence du droit communautaire sur la rédaction des contrats de la distribution, D. 1995, chron. 179.

<sup>89</sup> Didier Ferrier, préc., n°15.

<sup>90</sup> Sont abandonnés le règlement n°1983/83 du 22 juin 1983 concernant les accords de distribution exclusive, le règlement n°1984/83 du 22 juin 1983 concernant les accords d'achat exclusif, le règlement n°4087/88 du 30 novembre 1988 concernant les accords de franchise. Il faut observer l'exception remarquable des contrats de concession automobile : le règlement n°1475/95 du 28 juin 1995 a été maintenu et est désormais remplacé par le règlement n°1400/2002 du 31 juillet 2002.

<sup>91</sup> Règlement n°2790/1999 du 22 décembre 1999 général à tous les accords verticaux.

que trois d'entre elles ont une incidence assez marginale<sup>92</sup> et que les deux autres ont un potentiel d'harmonisation assez modeste<sup>93</sup>.

**17. - Le constat : une harmonisation segmentaire, artificielle et peu incitative pour la conclusion de contrats transfrontières.** Les champs étroits des directives, tant en matière de contrats conclus avec les consommateurs que de contrats conclus entre professionnels, suffisent à eux seuls à établir un bilan modeste. L'harmonisation n'existe que sur des segments de la pratique contractuelle. Mais ce n'est pas la seule critique. Le processus d'harmonisation, en lui-même, est remis en cause. Un phénomène de "dé-harmonisation" est constaté à travers le fait que les transpositions de directives créent des disparités au sein de l'ordre juridique national. Celui-ci devient complexe et perd sa lisibilité, à défaut d'un second travail d'harmonisation avec les règles nationales hors du champ des directives<sup>94</sup>. L'harmonisation n'est qu'illusion en raison du champ étroit des directives et de leur transposition superficielle dans les ordres internes. Mais y-a-t-il lieu de s'en étonner ? Ce constat est à la mesure des objectifs posés dans le Traité CE. Il ne s'est jamais agi d'harmoniser le droit des contrats, dans une logique propre au droit des contrats, mais seulement de dynamiser le marché intérieur : la distinction est d'importance. La surprise vient du constat que, précisément sur ce terrain, l'objectif n'est pas satisfait. Il ne pouvait pas en être autrement. C'est pourquoi, en l'absence de profonds mouvements de convergence, la conclusion des contrats transfrontières est restée l'apanage des grandes entreprises. Les petites et moyennes entreprises et les consommateurs restent à l'écart de cette pratique contractuelle et ne sont pas des acteurs pleinement impliqués dans le marché intérieur. Il reste à savoir si l'adoption de l'euro et la croissance du commerce électronique pourraient pallier ce manque de lisibilité des normes contractuelles.

**18. - Les acquis pour une culture contractuelle en Europe : à partir d'aspects négatifs.** Les acquis doivent être compris comme les fruits de toute expérience, quelle soit négative ou positive. Il importe de bien cerner les insuffisances d'une méthode d'action, de telle sorte à poser des nouvelles exigences. Il est donc acquis que la politique du marché intérieur n'a pas servi une véritable harmonisation, respectueuse des arcanes du contrat. Elle a servi l'intrusion du droit économique dans la pratique contractuelle<sup>95</sup>. La communautarisation des contrats désigne, en définitive, le remodelage de la technique contractuelle par voie d'injection d'un ordre public communautaire de nature économique. Il ne s'en est pas dégagé un rapprochement en profondeur des droits nationaux des contrats. En cela, la démarche "*au coup par coup*" a failli. La Commission européenne en a pris conscience et il faut comprendre sa communication du 11 juillet 2001 non seulement comme une autocritique, mais aussi comme un aveu d'impuissance fondé sur une compétence limitée. Cette prise de conscience semble être bien partagée, puisque cette communication est une réponse aux demandes convergentes du Parlement européen<sup>96</sup> et du Conseil européen<sup>97</sup>. En effet, ces deux institutions

---

<sup>92</sup> La responsabilité sur les produits défectueux n'a pour incidence sur la technique contractuelle que la neutralisation du principe de l'effet relatif du contrat. Quant aux directives sur les virements transfrontaliers et sur les retards de paiement dans les transactions commerciales, elles n'intéressent la technique contractuelle qu'à la marge.

<sup>93</sup> La directive sur les agents commerciaux et celle sur le commerce électronique ont une réelle emprise sur les pratiques contractuelles de la distribution.

<sup>94</sup> W. van Gerven, L'harmonisation du droit des contrats en Europe, Rapport introductif, p.5 ; Claude Witz, *ibid*, Rapport de synthèse, p.164.

<sup>95</sup> Laurence Idot, *Droit communautaire et contrats*, préc., n°5 et 44.

<sup>96</sup> Résolution A-2-157/89 du ... 1989, JO C 158 du 26.6.1989, p.400 ; Résolution A3-0329/94 du .... JO C 205 du 25.7.1994, p.518.

ont reconnu la nécessité d'étudier le rapprochement des législations en matière civile et le Parlement européen a même évoqué un "*Code européen commun de droit privé*". Ainsi, le pouvoir structurant du droit civil triomphe et, à travers cette communication de la Commission européenne, on comprend en filigrane que le droit des obligations pourrait être le fer de lance d'un nouveau mode d'élaboration des normes européennes<sup>98</sup>. C'est un espoir pour ceux qui aspirent à un beau droit européen du contrat.

### **19. - Les acquis pour une culture contractuelle commune : à partir d'aspects positifs.**

Une expérimentation n'est jamais exclusivement négative. Des aspects positifs peuvent être décelés. Ainsi, il ne faudrait pas s'arrêter aux formes éclatées et très complexes que l'ordre public économique a pu emprunter. Cette influence du droit communautaire a permis aux droits nationaux de se familiariser avec de nouvelles logiques de nature économique et sociologique. Une dynamique commune se dégage avec la prise en compte de relations inégalitaires dans le rapport contractuel<sup>99</sup>. Le phénomène est bien connu en France dans les rapports entre professionnels et consommateurs. Il a eu, cependant, plus de mal à être admis dans les rapports entre professionnels<sup>100</sup>. C'est pourquoi il importe de souligner comment la finalité du droit de la concurrence peut rejoindre celle d'une justice contractuelle exigeante. En effet, en posant des bornes à un pouvoir de domination propre aux rapports verticaux du droit de la distribution, les règlements d'exemption tentaient de préserver la viabilité économique des distributeurs de réseaux<sup>101</sup>. Sans cette viabilité, on ne peut pas concevoir une concurrence interne dans le réseau, qui est indispensable pour ne pas léser le consommateur final. Or, cette viabilité souffre d'une précarité contractuelle incompatible avec l'amortissement des investissements auxquels le distributeur est incité, par le maître du réseau lui-même. Elle souffre aussi de profits injustes que s'arroge parfois ce maître du réseau. Le droit de la concurrence a dû emprunter des formes lourdes et complexes, parce qu'il devait contourner une perception théorique du droit du contrat, fondée sur une égalité abstraite. Mais la lourdeur et la complexité disparaîtraient si la théorie générale n'était pas déconnectée, dans ses principes, de la réalité économique. Pour en régénérer les principes, il est utile de faire valoir que les déséquilibres contractuels ne servent pas les mécanismes de l'économie de marché, mais créent du désordre économique et induisent la lourdeur de l'ordre public. Déjà, au début du XX<sup>ème</sup> siècle, on regrettait que les réformes dues aux relations économiques et sociales se multiplient en dehors du code civil<sup>102</sup>. Il est symptomatique de constater que la communautarisation des contrats, dictée par le seul objectif de réalisation d'un marché commun, ne pouvait qu'accentuer cette vague déferlante, doublement alimentée par le droit de la consommation et le droit de la concurrence. Des considérations purement économiques rejoignent les considérations morales déjà exprimées par Portalis sur l'équilibre contractuel.

<sup>97</sup> Conclusions de la Présidence, Conseil européen de Tampere des 15 et 16 octobre 1999, SI (1999) 800.

<sup>98</sup> Nicolas Charbit, *L'esperanto du droit ?*, La rencontre du droit communautaire et du droit des contrats, JCP G 2002, I, 100. Voir aussi, pour l'affirmation préalable d'une telle aspiration, Peter-Christian Müller-Graff, *Les perspectives d'un droit privé européen*, préc. et Hélène Gaudemet-Tallon, *Droit privé et droit communautaire, quelques réflexions*, préc. Voir infra pour l'exposé d'une nouvelle forme d'élaboration du droit européen.

<sup>99</sup> Peter-Christian Müller-Graff, *Les perspectives d'un droit privé européen*, préc.

<sup>100</sup> Voir, cependant, Georges Virassamy, *Les contrats de dépendance*, préf. Jacques Ghestin, LGDJ 1986 ; *Les clauses abusives entre professionnels*, dir. Ch. Jamin et D. Mazeaud, *Economica* 1998 ; *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, dir. Ch. Jamin et D. Mazeaud, *Economica* 1999 ; D. Mazeaud, "Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?", *ibid.*, p.603 ; Ch. Jamin, *Plaidoyer pour le solidarisme contractuel*, *Etudes offertes à J. Ghestin*, LGDJ 2001, p.441.

<sup>101</sup> Pour un exposé du contrôle indirect des clauses abusives entre professionnels par les règlements d'exemption par catégorie, cf Laurence Idot, *La protection par le droit de la concurrence*, in *Les clauses abusives entre professionnels*, préc.

<sup>102</sup> Jean-Louis Gazzaniga, *Introduction historique au droit des obligations*, préc., p.63.

Cette faille dans le code civil de 1804 a été malheureusement très accentuée dans les interprétations ultérieures, non seulement par l'ascendant d'une vision ultra-libérale mais aussi par fascination d'une beauté perverse de la symétrie<sup>103</sup>. Les juristes français devraient être sensibles au fait que la beauté de l'ordonnement peut parfois cacher "*des distorsions intellectuelles et sociales*"<sup>104</sup>, alors que la laideur d'un droit éclaté, touffu et complexe peut malgré tout abriter une part de vérité, forte dans sa simplicité. Beauté et vérité doivent s'épouser pour donner la "vraie beauté".

C'est donc à un rejet de la méthode expérimentée par la Commission européenne, assorti toutefois de nuances, auquel conduit le bilan de l'influence du droit communautaire sur les contrats. L'harmonisation devrait pouvoir emprunter d'autres voies plus ambitieuses. Le glissement effectué va d'une approche segmentaire des contrats à une approche de la théorie générale du contrat. L'initiative appartient alors aux universitaires et praticiens dans une quête commune d'autorité persuasive.

## **B - L'harmonisation savante des droits nationaux du contrat**

**20. - Le jus commune, comme source d'inspiration.** Il s'agit bien de s'inspirer de la méthode, et non pas du système juridique existant au Moyen-Age. L'idée de normes unifiées, sous la dénomination de jus commune, est assurément un mythe. Mais un fonds culturel commun a existé en Europe de manière vivace et a laissé des traces. C'est pourquoi certains avaient pressenti que l'intégration européenne la plus authentique ne se réaliserait pas au coup par coup des directives communautaires, mais au fil d'un travail en profondeur pour lequel l'Université servirait de catalyseur en faisant renaître l'esprit du jus commune<sup>105</sup>. Pour autant, il faut bien comprendre l'universalisme du jus commune au Moyen-Age. Il tenait, avant tout, à une méthode de raisonnement et à une méthode d'enseignement fondées sur la dialectique. Mais il est vrai qu'il tendait aussi à élaborer un droit idéal, par la reconstitution du droit romain mêlé aux principes moraux de l'Eglise. En définitive, il apparaissait comme un droit commun, aux côtés de multiples sources de droit local. Sa force était de fournir un cadre de pensée et d'interprétation susceptible de dominer l'enchevêtrement des normes et des statuts<sup>106</sup>. Son prestige a certes décliné au cours de l'histoire, après avoir connu un grand rayonnement. Au XIIème siècle, un idéal d'unité nourri à la fois par l'Eglise, l'Empire et l'admiration persistante pour le droit romain a conduit à ce que les normes locales ne fussent comprises qu'au titre de dérogations ou de transitions dans l'attente d'une reconstitution de l'unité<sup>107</sup>. Le déclin progressif du jus commune accompagne l'essor, à partir du XVIème siècle, des législations unitaires des monarchies : le droit devient alors un instrument pour asseoir une autorité politique. Enfin, l'effacement du jus commune est entériné avec l'avènement du

---

<sup>103</sup> Philippe Jestaz, *Le beau droit*, préc., p.23 : "*ce qui a freiné la nécessaire protection du contractant le plus faible n'est pas seulement la persistance d'un individualisme que Saleilles avait sérieusement mis à mal dès le début du siècle, mais aussi une certaine esthétique de la symétrie dont la théorie du contrat a toutes les peines du monde à se débarrasser. Convenons-en, le droit de la consommation est moins séduisant, mais plus efficace que le classique droit des obligations.*"

<sup>104</sup> Philippe Jestaz, *ibid.*

<sup>105</sup> Voir notamment Christian Mouly, *Le droit peut-il favoriser l'intégration européenne ?*, RIDC 4-1985.

<sup>106</sup> Marie-France Renoux-Zagamé, *Le droit commun européen entre Histoire et raison*, Droits 1991 ; Bruno Oppetit, *Droit commun et droit européen*, Mélanges Loussouarn, 1994

<sup>107</sup> Jean-Louis Halpérin, *L'approche historique et la problématique du jus commune*, RIDC 4-2000, p.718.

nationalisme au XIX<sup>ème</sup> siècle. Quoiqu'il en soit, une parenthèse de deux siècles, comparée aux six ou sept siècles d'existence, paraît suffisamment courte pour que les historiens italiens et les comparatistes allemands s'efforcent de ressusciter le jus commune, comme base d'une critique du positivisme et des codes d'expression nationaliste<sup>108</sup>. Il est vrai que l'Allemagne et l'Italie ont été fortement marqués par l'empreinte du droit romain<sup>109</sup>. Les historiens français, plus réservés sur l'emprise du droit romain en France, le sont également sur la réalité du jus commune dans toute l'Europe. Il n'en demeure pas moins que, si l'on fait la distinction entre ordre normatif et science juridique, le jus commune a sa place comme un continuum dans la pensée juridique européenne. Il n'est plus alors ni archaïque, ni anachronique et encore moins réactionnaire de s'y référer<sup>110</sup>. Le jus commune a alors le mérite de relativiser les cloisonnements issus des nationalismes juridiques en portant témoignage d'une histoire commune, avec des sources communes, un vocabulaire commun, des institutions communes, des méthodes de raisonnement communes, semblables à une "*grammaire juridique*" commune, et souvent aussi des règles identiques<sup>111</sup>. Par un effet de miroir, le jus commune nous invite surtout à se réapproprier et à renouveler une méthode commune à l'échelle européenne. C'est une promesse de renouveau de la science juridique qui, avec l'émergence des droits nationaux au XIX<sup>ème</sup> et le cloisonnement induit, s'est appauvrie comme l'avait prédit Savigny<sup>112</sup>.

**21. - Les travaux de droit comparé en Allemagne.** Il faut ici souligner le grand rayonnement de l'ouvrage de Konrad Zweigert et Hein Kötz portant sur l'introduction au droit comparé<sup>113</sup>. Cet esprit d'ouverture, fondé sur approche fonctionnaliste, a trouvé une application particulière en droit du contrat grâce à Hein Kötz et Axel Flessner<sup>114</sup>. L'objectif est de fournir une vue synthétique des règles de droit positif de chaque pays européen. Mais le pré-supposé est bien de dégager les fondements communs du droit européen et de présenter les spécificités nationales comme des variantes. Les solutions particulières sont étudiées avec

<sup>108</sup> Mauro Bussani et Ugo Mattei, *Le fonds commun du droit privé européen*, RIDC 2000, p.29 ; Jean-Louis Halpérin, *ibid* ; R. Zimmermann, *Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Clarendon Press, Oxford 1996. Voir aussi la ferme position de René David : "*Les codes du 19<sup>ème</sup> siècle n'ont pas été le produit du nationalisme juridique, mais celui de l'Ecole du droit naturel. Il est paradoxal que la codification, qui devait marquer le triomphe de cette Ecole, ait engendré une génération de juristes nationalistes, strictement positivistes, qui ont cru trouver tout le Droit dans les textes des codes de leur Etat*", in "*L'avenir des droits européens : unification ou harmonisation*", *Le droit comparé d'hier et d'aujourd'hui*, Economica 1982, p.300.

<sup>109</sup> S'agissant de l'Allemagne du XIX<sup>ème</sup> siècle, il suffit d'évoquer le nom de Savigny et de son Ecole historique, qui a débouché sur le mouvement d'étude systématique du droit romain dans l'Ecole des Pandectes, cf Zweigert and Kötz, *préc.*

<sup>110</sup> Jean-Louis Halpérin, *ibid.*

<sup>111</sup> Il faut souligner ici que Jean-Louis Halpérin ne fonde sur la réalité juridique du jus commune, dépouillée de tout effet d'exaltation, pour considérer que le droit anglais n'est pas resté isolé. C'est pourquoi il ne partage pas le point de vue pessimiste de Pierre Legrand sur les possibilités de rapprochement entre Common Law et droit continental, cf note 35.

<sup>112</sup> R. Zimmerman, *Savigny's Legacy : Legal History, Comparative Law and the Re-emergence of a European Legal Science*, 1996, 112 LQR 576. L'auteur ne manque pas de souligner que la science juridique est dominée depuis plus d'un siècle, à l'inverse d'autres sciences humaines ou exactes, par des considérations et des approches quasi exclusivement nationales. Il est notable de relever avec lui que ce sont des préoccupations commerciales (constitution du marché intérieur européen ; globalisation de l'économie) qui remettent en cause cette prégnance nationale.

<sup>113</sup> Konrad Zweigert et Hein Kötz, *An introduction to Comparative Law*, translated by Weir, Clarendon Press Oxford 1998.

<sup>114</sup> Hein Kötz et Axel Flessner, *European Contract Law : vol.1, Formation, Validity and Content of Contracts ; Contracts and Third Parties*, par Hein Kötz, traduction anglaise par Tony Weir, Clarendon Press 1997 ; vol.2 par Axel Flessner, sur l'inexécution, à paraître.

un double souci : discerner les meilleures d'entre elles et les promouvoir, afin de bonifier la science juridique européenne ; souligner les germes d'évolution convergente dans chaque droit national. A notre connaissance, aucune traduction française n'est disponible, ce qui peut expliquer en partie l'indifférence assez générale des juristes français à l'égard de ces travaux<sup>115</sup>. L'existence d'une traduction en anglais peut faire l'objet de plusieurs interprétations. Elle peut signifier que les juristes anglais sont plus avides que d'autres de s'emparer des travaux européens de droit comparé, précisément pour mesurer la réalité du clivage entre la famille romano-germanique et le Common Law. Elle peut également signifier que les juristes allemands ont l'habileté de diffuser leurs travaux, en aidant ou en suggérant une traduction dans la langue la plus communément pratiquée. Les mêmes réflexions valent pour l'ouvrage de Christian von Bar en matière de responsabilité délictuelle<sup>116</sup>. Il faudrait s'interroger sur les causes, en partie imputables aux français eux-mêmes, qui entravent la diffusion à un large public en France. Notre pays risque fort de souffrir d'un isolement intellectuel dans les développements contemporains de la pensée juridique européenne. En tout état de cause, ces travaux existent et sont désormais considérés comme des références dans l'élaboration d'une culture juridique commune. Ils visent à décrire le fonds commun européen des obligations, sans omettre les spécificités nationales.

## 22. - La Commission pour le droit européen du contrat, présidée par Ole Lando.

C'est le groupe de travail le plus ancien et la participation active de membres français a permis d'assurer une traduction en langue française<sup>117</sup>. L'idée de créer cette Commission est née lors d'une conférence donnée à Copenhague en 1974 sur le projet de convention communautaire relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles et non contractuelles. Lors des débats, les limites des règles de conflit avaient été soulevées au regard du besoin d'intensification des relations contractuelles transfrontières. Winfried Hanschild, directeur de la direction générale du Marché intérieur de la Commission européenne, aurait alors spontanément déclaré : "*Nous avons besoin d'un Code européen des obligations*"<sup>118</sup>. Ceci indique bien la lucidité des fonctionnaires bruxellois sur les limites de leurs moyens d'actions. Ole Lando prit l'initiative de réunir des juristes européens sensibles à ce projet. Son action resta dans le cadre d'une oeuvre privée, malgré le soutien financier -parmi d'autres- de la Commission européenne. Le constat de départ portait sur le fait que le droit communautaire souffrait de l'absence d'une "*théorie générale du contrat pouvant servir d'infrastructure à ces mesures communautaires spécifiques*"<sup>119</sup>. Le projet consistait à présenter "*le reflet d'un fonds commun de solutions aux problèmes du droit du contrat*". Il va de soi que le défi le plus difficile était d'établir une passerelle entre le système romaniste et la Common Law. Malgré tout, leur ambition était

<sup>115</sup> Ils seraient pourtant sensibles à plusieurs éléments. D'abord, l'ouvrage commence par une longue appréciation sur la définition du contrat par ... Pothier ! Ensuite, dans la liste des ouvrages cités par le seul nom des auteurs figurent six ouvrages français, sur un total de seize ouvrages. C'est dire la place accordée à l'exploration du droit français.

<sup>116</sup> Christian von Bar, *Gemeineuropäisches Delikrechts*, t.1, Munich, Verlag C.H. Beck 1996 et t.2, 1999 et la version anglaise *The Common European Law of Torts*, Oxford University Press, 2000.

<sup>117</sup> *Les Principes du droit européen du contrat, L'exécution, l'inexécution et ses suites*, préface de Ole Lando, La documentation française 1997 (Version française par Isabelle de Lamberterie, Georges Rouhette et Denis Tallon) ; *Principles of European Contract Law, Parts I et II*, prepared by Commission on European Contract Law, edited by Ole Lando & Hugh Beale, Kluwer Law International 2000, (avec la traduction française des seuls Principes et non des commentaires).

<sup>118</sup> *Les Principes du droit européen du contrat*, préface de Ole Lando, La documentation française 1997, préc.

<sup>119</sup> *Les principes ...*, *ibid.*, Introduction. Voir aussi Ole Lando, *Principes de droit européen des contrats, Une première étape vers un code civil européen ?*, RIDA 19097, p.189 ; Georges Rouhette, *Les codifications du droit des contrats*, in *La Codification - 1, Droits 1996* ; Denis Tallon, *Vers un droit européen du contrat ?*, Mélanges Colomer, Dalloz 1993.

grande : fournir un socle à une future législation européenne, mais aussi être une source d'inspiration pour les législateurs nationaux, voire pour les juges et même pour les rédacteurs de contrats et les arbitres<sup>120</sup>. Les auteurs ont choisi le nom de principes pour les règles dégagées. Mais, en leur donnant une substance si précise, ils conviennent eux-mêmes que le terme de "règles" serait plus adéquat<sup>121</sup>. L'objectif poursuivi était de dégager les solutions les plus satisfaisantes de l'étude comparée de seize systèmes nationaux, de la Convention de Vienne et même des Principes Unidroit. La rédaction s'est déroulée en trois temps : d'abord les textes relatifs à l'exécution et l'inexécution du contrat<sup>122</sup> ; puis les textes relatifs à la formation, la validité et l'interprétation du contrat<sup>123</sup> ; enfin ceux relatifs au régime des obligations. Un des traits originaux de leur démarche est d'assortir l'énoncé de chaque principe non seulement de commentaires explicatifs, avec des illustrations pratiques, mais aussi d'annotations récapitulatives de droit comparé. Au regard de la diffusion et des mises en perspective données par les auteurs français du projet<sup>124</sup>, les Principes européens du droit du contrat ont suscité en France d'abord des réserves<sup>125</sup>, puis un effort notable d'ouverture<sup>126</sup>.

**23. - Les travaux de l'Académie des privatistes européens.** Le constat de départ fut, là encore, qu'il manquait à la construction européenne une armature commune en droit du contrat pour donner toute sa mesure à la Communauté économique. Dans la perspective lointaine d'une harmonisation de tout le droit civil, le droit du contrat paraissait se prêter assez naturellement à des travaux de forte convergence, à la différence du droit des personnes et de la famille. A seule fin de donner une base de travail efficace, Giuseppe Gandolfi proposa d'user du Code civil italien, en son Livre IV, comme schéma directeur<sup>127</sup>. La proposition pouvait apparaître comme l'expression d'un chauvinisme juridique, à contre-courant de la volonté d'harmonisation. En outre, si la méthode était jugée pragmatique, le code néerlandais était susceptible d'être le mieux indiqué, en raison de son caractère récent et marqué par cinquante ans de travaux comparatistes très poussés. Mais le Code italien présente la singularité d'une vocation médiatrice importante. En effet, sa réforme a commencé sous les auspices d'un projet italo-français d'un Code commun des obligations, approuvé à Paris en 1927. Les travaux s'étant achevés en 1938, il était en voie d'être adopté en Italie, mais il fut retiré en 1939. Le Comité interministériel s'orienta alors vers des solutions inspirées du Code allemand. Toutefois, l'influence du droit français demeura perceptible dans le Livre IV du Code civil adopté en 1942. Cette double matrice, revendiquée comme un très grand avantage pour le droit européen par Giuseppe Gandolfi, avait déjà été soulignée par le Doyen Houin lorsque celui-ci appelait à une initiative française pour les travaux d'harmonisation du droit du

<sup>120</sup> Denis Tallon, Les principes pour le droit européen du contrat : quelles perspectives pour la pratique ?, Defrénois 2000, art. 37182.

<sup>121</sup> Denis Tallon, *ibid.* Sur la notion de principe, sa banalisation et un effort de restauration, cf Patrick Morvan, Le principe de droit privé, LGDJ 2001, préf. Jean-Louis Sourrioux,

<sup>122</sup> Version française à la fois des Principes et des commentaires, in La documentation française 1997, préc.

<sup>123</sup> Principles of European Contract Law, Parts I et II, Kluwer Law International 2000, préc.

<sup>124</sup> Denis Tallon, préc. ; Georges Rouhette, préc. ; C. Witz, Plaidoyer pour un code européen des obligations, D. 2000, I, p.79 ; Denis Tallon, Les travaux de la Commission Lando, in L'harmonisation du droit des contrats en Europe, p.119 ; Claude Witz, *ibid.*, rapport de synthèse.

<sup>125</sup> Christophe Jamin, Un droit européen des contrats ?, in Le droit privé européen, Economica 1998, p.51 ; Denis Mazeaud, A propos du droit virtuel des contrats : réflexions sur les principes d'Unidroit et de la Commission Lando, Mélanges Cabrillac Litec 1999

<sup>126</sup> "L'harmonisation du droit des contrats en Europe", dir. Ch. Jamin et D. Mazeaud, Economica 2001, voir notamment Denis Mazeaud, La Commission Lando : le point de vue d'un juriste français, p.141.

<sup>127</sup> Giuseppe Gandolfi, Pour un code européen des contrats, RTDCiv. 1992, p.707. Il s'agit de la présentation d'un colloque tenu à l'Université de Pavie, les 20 et 21 octobre 1990, sur "Le futur Code européen des contrats".

contrat<sup>128</sup>. Il soulignait le rapport de Mario Rotondi, aux Journées de Pavie de l'Association Henri Capitant en 1953, qui proposait de reprendre le projet commun pour répondre aux besoins de l'Europe naissante. Le principe de la constitution d'une commission chargée de préparer un Code commun des obligations et du contrat et composée de juristes français, italiens, belges, luxembourgeois, néerlandais, suisses et allemands avaient été alors approuvés à l'unanimité par l'Assemblée de l'Association Capitant<sup>129</sup>. Devant cette nouvelle proposition italienne, émanant du professeur Gandolfi, les réactions françaises ont été plutôt favorables. Jacques Ghestin reconnut que le Code italien était "*un point de départ commode*", tandis que le doyen Carbonnier et Denis Tallon reconnaissaient l'importante avancée que représentait ce code, même s'ils soulignaient le risque de perception chauvine dans tout choix d'un code existant<sup>130</sup>. Giuseppe Gandolfi put convaincre que le Code Italien permettait de renouer avec des racines communes, tout en présentant une modernité dans la mesure où il avait pu être perméable aux évolutions économiques et sociales du XXème siècle. C'est ainsi que fut créée l'Académie des Privatistes Européens, avec une participation importante des juristes français. La démarche s'avéra tout à fait réaliste puisque, quelques années plus tard, était publié un avant-projet de Code européen des contrats<sup>131</sup>. Son intérêt fut reconnu, notamment par le Parlement européen et par la Commission européenne qui le cite, dans sa communication de juillet 2001 relative au droit des contrats, au même titre que les Principes européens de la Commission Lando, en tant que travaux majeurs de la doctrine européenne.

**24. - Le projet de "Common Core of European Private Law".** Ce projet a été lancé en 1995 par Mauro Bussani et Ugo Mattei. Il se fonde sur un double héritage : celui des expérimentations de Rudolf Schlesinger, dans les études de Cornell, et celui de la méthodologie de Rodolfo Sacco, à partir des formants juridiques<sup>132</sup>. Comme le nom l'indique, les travaux sont en anglais et les publications seront, elles aussi, en anglais<sup>133</sup>. La spécificité de la démarche tient au souci d'établir une sorte de cartographie juridique de ce qui est déjà commun et de ce qui ne l'est pas, dans les droits privés européens. L'objectif n'est pas de minorer les différences entre les systèmes juridiques. Bien que les promoteurs du projets revendiquent la diversité culturelle comme une richesse en soi, ils adoptent une position de neutralité. Ils se gardent d'une approche préservatrice, comme d'une approche unificatrice. Ils se gardent aussi de tout jugement de valeur<sup>134</sup>. En tout état de cause, l'harmonisation des droits n'est pas rejetée. Selon ses promoteurs, leurs travaux y contribueront nécessairement. Mais ils ne lui attribuent aucune urgence impérieuse. L'intégration la plus efficace et la mieux acceptée proviendra d'une meilleure connaissance mutuelle, par l'apport d'informations fiables et neutres sur l'état du droit dans chaque pays.

**25. - Le débat sur un Code civil européen.** Certes, la question préalable reste toujours celle de savoir s'il est vain de prétendre dépasser le clivage entre Common Law et droits continentaux, si l'unification des droits nationaux est un acte réducteur et attentatoire au

<sup>128</sup> Roger Houin, Pour une codification européenne du droit des contrats et des obligations, in Etudes juridiques offertes à Léon Julliot de la Morandière, Dalloz 1964, p.223.

<sup>129</sup> cf Travaux de l'Association Henri Capitant, t.VIII, p.58, p.115. Le Doyen Houin précisait ensuite que cette délibération n'avait pas été suivie d'effet, "*du moins prouve-t-elle qu'aux yeux des membres de l'Association Henri Capitant une telle tentative méritait d'être faite et n'était pas vouée ab ovo à l'échec*", p.230

<sup>130</sup> Giuseppe Gandolfi, *ibid.*

<sup>131</sup> Académie des Privatistes Européens (Eds), Code Européen des contrats, Avant-projet, Coordinateur : Giuseppe Gandolfi, 1999.

<sup>132</sup> Mauro Bussani et Ugo Mattei, Le fonds commun du droit privé européen, RIDC 1-2000, p.30.

<sup>133</sup> Les promoteurs annoncent une série de publications chez Cambridge University Press.

<sup>134</sup> Mauro Bussani et Ugo Mattei, *ibid.*, p.32.

pluralisme culturel. Le débat peut aisément prendre une tournure polémique<sup>135</sup>. Néanmoins, les arguments caricaturaux et anachroniques, car isolés des contextes évolutifs des cultures nationales, perdent toute crédibilité<sup>136</sup>. L'outrance dessert même la valeur du débat en termes culturels. Le point de vue a, en outre, l'effet de figer les cultures dans un passé réécrit de manière commode et, en définitive, de militer pour un conservatisme juridique<sup>137</sup>. Plus grave encore, il nie l'existence d'un élan culturel qui transcende les cloisonnements nationaux. Indépendamment des objectifs politiques dessinant un destin commun<sup>138</sup>, des rapprochements très sensibles sont constatés dans la pratique contractuelle d'un côté de la Manche<sup>139</sup>, comme de l'autre<sup>140</sup>. Le débat sur l'opportunité d'un Code civil européen est en lui-même sain. Mais il est permis de penser qu'il a désormais changé de nature. On comprend bien que la démarche serait progressive et que le droit du contrat pourrait, à cet effet, être l'amorce d'un ensemble plus vaste. Mais, surtout, la question de la codification n'occulte plus l'émergence d'un droit commun du contrat d'origine privée. Les deux approches doivent être distinguées : de nombreux comparatistes écartent encore la codification, tout en considérant avec bienveillance l'avancement de travaux comparatistes en matière de droit commun. En tout état de cause, l'élaboration d'un droit commun du contrat paraît accessible. C'est dans cet esprit que s'est déroulée la conférence de Scheveningen sous le titre "*Towards a European Civil Code*"<sup>141</sup>. Celle-ci n'a pas épuisé le sujet, loin s'en faut. Mais le débat semble avoir franchi ici une étape importante. Il s'est poursuivi dans les règles de la dialectique avec, pour ce qui concerne la France, des illustrations remarquées de franches divergences d'opinions<sup>142</sup>.

**26. - Le Groupe d'études sur un code civil européen.** Il vient dans le prolongement de la conférence de Scheveningen. En effet, certains membres de la Commission présidée par Ole Lando ont souhaité donner une suite concrète à ce débat et ont fondé ce Groupe d'études<sup>143</sup>.

<sup>135</sup> Pierre Legrand, Sens et non-sens d'un code civil européen, RIDC 1996, p.779 ; Le primat de la culture, in *Le droit privé européen*, Economica 1998, p.1 ; La leçon d'Apollinaire, L'harmonisation du droit des contrats en Europe, dir. Ch. Jamin et D. Mazeaud, Economica 2001, p.37.

<sup>136</sup> Anthony Chamboredon, La texture ouverte d'un code européen du droit des contrats, JDI 1-2001, p.6 notamment 10 et s. ; Vincezo Zeno-Zencovitch, The "European Civil Code, European Legal Traditions and Neopositivism, *European Review Private Law*, 4-1998, p.349

<sup>137</sup> Pour la critique de Pierre Legrand, à propos de *Fragments of Law as Culture*, cf Ugo Mattei and Anna Di Robilant, *The Art and Science of Critical Scholarship. Post-Modernism and International Style in the Legal Architecture of Europe*, *European Review of Private Law* 1-2002, Special Issue on Critical Legal Theory and European Private Law.

<sup>138</sup> Voir supra n°7.

<sup>139</sup> Philippe Jestaz, Les sources du droit : le déplacement d'un pôle à un autre, RTDCiv 1996, p.306 ; B. Mercadal, Des différences entre la Common Law et la Civil Law, RJC mai 2000.

<sup>140</sup> Basil Markesinis, *The coming together of the Common Law and the Civil Law*, Hart, Oxford, 2000 ; B. Markesinis, *The Gradual Convergence : Foreign Ideas, Foreign Influences and EDuropean Law on the Eve of the 21st Century*, Clarendon Press, Oxford 1993, 1, 30. La recommandation permanente de l'auteur porte sur la proximité des solutions judiciaires, à détacher des concepts qui demeurent difficile à saisir et à traduire. Voir aussi M. H. Whincup, *Contract Law and Practice, The English System and Continental Comparisons*, Kluwer, The Hague 1996.

<sup>141</sup> Après les résolutions du Parlement européen, ce débat a été posé en des termes officiels par le Gouvernement néerlandais, à un moment où les Pays-Bas assuraient la présidence de l'Union Européenne. Il a pris la forme de cette conférence de Scheveningen, dont les travaux ont été publiés à la *Revue Européenne de Droit privé* en 1997.

<sup>142</sup> Claude Witz, Plaidoyer pour un code européen des obligations, D. 2000, I, p.79 ; Philippe Malaurie, *Droit romain des obligations, droit français contemporain des contrats et l'Europe d'aujourd'hui*, JCP G 2000, I, 246.

<sup>143</sup> Christian von Bar, *Le groupe d'études sur un code civil européen*, RIDC 1-2001, p.127. L'auteur mentionne, outre son nom, ceux des professeurs Drobnig, Hartkamp et Lando. Il est regrettable qu'aucun français ne figure parmi ces noms de fondateurs. Cela pourrait être encore l'expression d'un isolement français, dont nous serions les premiers responsables.

Le projet a pour promoteur principal Christian von Bar. Après l'expérience menée à son terme sur le droit du contrat, ces universitaires semblent convaincus qu'il n'est pas utile d'épiloguer sur l'opportunité d'un droit civil européen, mais qu'il importe de faire des propositions concrètes. Ainsi se donnent-ils comme objectif de dresser une ébauche sur laquelle s'engageront les débats à l'échelle européenne. Mais le concept de code civil est vaste et même à géométrie variable selon les pays. En Italie, par exemple, le code civil englobe le droit commercial. La délimitation et l'ampleur des travaux amènent, pour avancer de manière réaliste, à programmer de manière échelonnée les domaines à couvrir. C'est pourquoi les fondateurs proposent de s'en tenir, tout d'abord, à un noyau constitué autour du droit des obligations et du droit des biens immobiliers (sous l'angle du transfert de propriété de biens meubles et des garanties de crédit)<sup>144</sup>. Au demeurant, ils reprennent les Principes européens du droit du contrat, qui feront partie intégrante du corpus. On aurait pu penser que ce Groupe reprenne également l'organisation du travail adoptée par la Commission Lando. Or, l'organisation telle qu'elle est décrite par le promoteur paraît lourde et complexe tant les participants sont nombreux<sup>145</sup>. Elle semble également mal vécue, en raison du non-respect du pluri-linguisme et du pluralisme culturel. L'usage exclusif de l'anglais et la sur-représentation et/ou l'implication excessive de juristes de certains Etats-membres suscitent des doutes<sup>146</sup>. A la décharge du Groupe, il convient de souligner que la traduction est présentée comme un enjeu essentiel<sup>147</sup>, car il détermine dans chaque Etat membre un travail d'appropriation. Cependant, l'impression demeure d'une "*prise de pouvoir doctrinale*"<sup>148</sup>, avec l'objectif de livrer aux Institutions européennes un projet de code civil "clé en main". Il est vrai que Christian von Bar s'est vu confier par le Parlement européen la mission de diriger une étude sur les besoins d'un Code civil européen<sup>149</sup>. La suspicion existe qu'il se sente ainsi autorisé à lancer une marche forcée pour la rédaction d'un prototype de Code civil européen.

**27. - Les acquis d'une culture européenne savante.** Les impasses, auxquelles a conduit l'harmonisation du droit contrat par la voie communautaire, ne mettent que davantage en relief les travaux de la doctrine. Mais l'expérience de la Commission européenne, dans le cadre étroit de ses prérogatives, était une étape nécessaire et finalement très utile. Des règles fragmentaires, sans le support d'une armature de principes généraux, sont inefficaces en termes d'harmonisation et, au surplus, elles ne font qu'alourdir et brouiller les droits nationaux. Le seul et véritable recours réside dans un travail en profondeur que les universitaires, par vocation et disponibilité, sont les mieux à même d'accomplir. Ils prouvent et proclament d'ailleurs qu'ils sont prêts à assumer cette mission visant à préparer l'unification du droit en Europe<sup>150</sup>. Il faut se féliciter de l'existence et de la diversité de cette somme d'efforts de droit comparé. Le rôle des universitaires a été prestigieux dans le passé, à tel point que leurs travaux ont été désignés sous l'expression de droit savant. Aujourd'hui, après deux siècles de positivisme triomphant, leurs initiatives sont désormais désignées, par prudence ou par modestie, sous la désignation anglaise d'approche "from the bottom". Il n'en demeure pas moins que, après le bilan sévère de l'action de la Commission européenne, l'approche "from

---

<sup>144</sup> Christian von Bar, *ibid.*, p.131.

<sup>145</sup> Christian von Bar, *ibid.*

<sup>146</sup> Bénédicte Fauvarque-Cosson, Faut-il un Code civil européen ?, RTDCiv. 2002, n°33. Voir aussi Yves Lequette, Quelques remarques à propos du projet de code civil européen de M. von Bar, D. 2002, p.2020.

<sup>147</sup> Christian von Bar, *ibid.*, p.136.

<sup>148</sup> Bénédicte Fauvarque-Cosson, *préc.*

<sup>149</sup> Cette mission a été définie par la Direction de la recherche du Parlement Européen (DG IV) et a donné lieu à une publication : "The private law systems in the EU : discrimination on grounds of nationality and the need for a European Civil Code", Legal affairs Series, Working Paper (JURI 103 N) January 2000.

<sup>150</sup> Giuseppe Gandolfi, *préc.*, sur le rôle irremplaçable de la doctrine.

the bottom" fait figure de renouveau, voire de recours, dans les perspectives pour approfondir la culture européenne. Il semblerait même que cette approche soit la mieux à même de dépasser cette culture européenne, très marquée par l'approche "from the top". Les débats demeurent encore très ouverts sur la ou les méthodes susceptibles d'assurer un véritable épanouissement de cette culture, voire de la transformer en une culture véritablement partagée.

## **II - LES ACTIONS ENVISAGEES POUR L'EPANOUISSEMENT D'UNE CULTURE CONTRACTUELLE COMMUNE**

**28. - Une nouvelle étape semble franchie dans la construction européenne.** Les prises de position politique laissent une place substantielle à une consultation de la communauté des juristes européens. La Commission européenne envisage même une forme de partenariat avec cette communauté. Il est vrai qu'elle révèle une forme d'essoufflement, comme en témoigne le bilan de son action. La teneur de sa Communication du 11 juillet présente sans fard les limites de la méthode communautaire en matière d'harmonisation du droit des contrats. Les constats établis appelaient une certaine capacité d'auto-critique. Il faut reconnaître à cet égard les mérites de la Commission européenne. Une autre explication tiendrait au fait que la Commission elle-même souffrait de rester dans un cadre étroit que, par prudence au regard du principe de proportionnalité, elle n'avait pas eu l'audace d'élargir. C'est donc avec le plus grand intérêt qu'il faut étudier les options sur lesquelles elles lancent une vaste consultation. Il faut en apprécier la teneur, mais saisir également cette opportunité pour élargir les perspectives d'actions. Une nouvelle perception de la norme juridique pourrait être explorée par la voie de l'expérimentation et de la maturation d'un cadre général structurant le droit du contrat. L'idée de progressivité dans l'élaboration de la norme, par son expérimentation et son évaluation, pourrait susciter une certaine "révolution culturelle" dans l'intégration européenne, au regard de la vision convenue d'un droit de nature supra-étatique et bureaucratique. Le projet ne saurait prospérer sans une forte implication de la communauté scientifique. Encore faut-il imaginer de nouvelles institutions pour donner corps à cette communauté et garantir à son impulsion toutes les conditions de transparence et de représentativité scientifique à l'échelle européenne. C'est la conjugaison de tous ces éléments qui construira au fil du temps l'acceptation par le corps social européen du futur droit européen du contrat.

### **A - L'éventail des options proposées par la Commission européenne**

**29. - L'ouverture d'esprit affichée par la Commission européenne.** Elle présente quatre options, mais prend la précaution de préciser que cette liste n'a qu'un caractère indicatif et qu'elle demeure ouverte à toute suggestion. Elle précise, en outre, que les options peuvent être panachées et ne sont pas exclusives les unes des autres. C'est dire que, après avoir fait un constat critique de sa propre action en matière de contrats, la Commission est en quête de suggestions. Le débat qu'elle ouvre à l'échelle européenne s'adresse à une grande diversité d'interlocuteurs : les Gouvernements ; les représentants des acteurs de la vie économique (ceux des consommateurs, comme ceux des entreprises) ; les professionnels du droit et les universitaires. Nous sommes loin du cliché stigmatisant des bureaucrates enfermés dans leurs certitudes. Il est certes permis de prêter à la Commission des arrière-pensées : se servir de ce débat comme un miroir aux alouettes, alors même que sa religion serait déjà faite. Il n'en demeure pas moins que toute analyse pouvait librement s'exprimer, être diffusée au plus grand nombre et infléchir l'opinion commune dans un sens qui pouvait être différent des éventuelles

intentions cachées de la Commission. Il appartenait aux plus méfiants de s'emparer de cette tribune pour se livrer aux jeux des confrontations et gagner ainsi en autorité intellectuelle. On se prendrait presque à regretter qu'une ouverture d'esprit, de cette ampleur et avec cette transparence, ne soit pas pratiquée en France, en préalable des réformes législatives les plus sensibles. Cette méthode de consultation contribue à édulcorer la critique caricaturale d'une bureaucratie aux vues étroites.

**30. - Le doute sur la réalité du débat et des effets.** En contrepoint de cette déclaration d'intention de grande ouverture, il convient de relever le très court délai imposé pour une réponse. Alors que sa communication était publiée le 11 juillet 2001, la Commission précisait que les réponses devaient être adressées au plus tard le 15 octobre 2001. Un enjeu culturel aussi important pouvait-il donner lieu à si peu de temps de réflexion ? Il est vrai que la Commission européenne était elle-même tenue par un délai fixé par le Conseil européen. Mais le fait est là : une réelle précipitation. L'Association Henri Capitant, tout en assumant pleinement la qualification de mauvais élève pour cause de réponse tardive, avait beau jeu de suggérer le caractère artificiel d'un tel délai<sup>151</sup>. Il s'avère que les réponses les plus élaborées proviennent de groupes dont les travaux de droit comparé sont déjà anciens<sup>152</sup>. Ce serait, en quelque sorte, une prime aux bons élèves. Les Français, si mal représentés dans le nombre et la densité des réponses, ne devraient s'en prendre qu'à eux-mêmes. Les universitaires français sont quasiment absents dans ces réponses et ce constat reflète bien une réalité. Mises à part quelques personnalités fortement impliquées dans ces groupes européens de droit comparé du contrat, il est vrai que les universitaires français n'ont pas fait "leur" cette quête d'un droit commun. Pour le courant majoritaire, un scepticisme l'a emporté, même s'il est resté mesuré par rapport à l'expression d'une forte détestation. Il ne s'agit pas de s'en émouvoir, ni de s'en satisfaire, mais tout simplement d'en tirer les conséquences sur un plan culturel à l'échelle européenne. N'y aurait-il pas un risque de confiscation ? Après tout, la France est représentative d'autres Etats membres qui ne vivent pas encore pleinement cette culture. Avec 7 réponses publiées, la France se situe en sixième position, comme le constate l'Association Henri Capitant, derrière l'Allemagne (39 réponses), le Royaume-Uni (26 réponses), l'Espagne (12 réponses), l'Italie (11 réponses) et la Suède (8 réponses). On comprend dès lors la crainte d'une confiscation, par un petit nombre, de l'élaboration d'une culture commune européenne<sup>153</sup>. La composition et le mode de fonctionnement du Groupe le plus en vue font s'interroger sur la représentativité en termes d'autorité scientifique et de cultures nationales<sup>154</sup>. Il serait mal venu que la Commission européenne accrédite d'une autorité scientifique à l'échelle européenne des réponses dans lesquelles la communauté scientifique européenne, entité de fait, ne se reconnaît pas nécessairement.

**31. - Appréciation générale des options ouvertes par la Commission européenne.** Le choix de l'option IV serait perçu comme un traumatisme. Cette option consiste, selon la

<sup>151</sup> Philippe Malinvaud, Réponse hors délai à la Commission européenne : à propos d'un code européen des contrats, préc.

<sup>152</sup> Voir le site de la Commission européenne qui met en ligne toutes les réponses reçues : [www.europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract\\_law/comments](http://www.europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract_law/comments). On ne peut manquer de relever que la Commission sur le Droit européen du Contrat, dirigée par Ole Lando, et le Groupe d'étude sur le Code civil européen, dirigé par Christian von Bar, ont donné une réponse conjointe à la communication de la Commission européenne qui fait plus de cinquantaine de pages. Il faut aussi relever la réponse de l'Académie européenne de droit privé de Pavie.

<sup>153</sup> Bénédicte Fauvarque-Cosson, Faut-il un Code civil européen ? RTDCiv. 2002, n°31 ; Yves Lequette, Quelques remarques à propos du projet de code civil européen de M. von Bar, D. 2002, chron. p.2202., n°19.

<sup>154</sup> Yves Lequette, préc, n°3 et 17.

Commission européenne, dans l'adoption d'une nouvelle législation complète sur des "questions générales de droit des contrats et sur des contrats spécifiques". A l'évidence, elle est tout à fait prématurée. A l'extrême opposé, le choix de l'option I est tout autant inacceptable en ce qu'il consiste en un parti-pris du laisser-faire des agents économiques. Une telle démarche ignore les rapports de force entre agents économiques et enfermerait encore la pratique contractuelle dans le particularisme. L'option III correspond à une amélioration des textes en vigueur, sur le principe duquel on ne peut qu'être d'accord, mais qui en pratique suppose une mise à plat délicate tant la démarche suivie a été celle du pointillisme. En outre, elle ne saurait être suffisante pour rendre véritablement accessibles, aux consommateurs et aux PME, les relations contractuelles transfrontières. C'est, en définitive, l'option IV qui paraît à la fois la plus novatrice et la plus prometteuse. Elle laisse espérer l'émergence d'une armature commune de principes contractuels dont l'absence a été à l'origine de diverses dérives.

**32. - Le traumatisme susceptible d'être causé par l'option IV.** Cette perspective d'une législation complète, à la fois "sur des questions générales de droit des contrats et sur des contrats spécifiques", a suscité les réactions les plus vives de rejet en France<sup>155</sup>. Son annonce, même à titre de proposition, a été perçue comme une provocation et s'avère regrettable par ses effets boomerang. Il faut souligner que l'option n'est assortie d'aucune précision sur le mode d'élaboration du contenu de cette législation. La Commission ne fait qu'envisager la forme que pourrait prendre cette nouvelle législation complète : directive, règlement ou recommandation. Elle envisage également les différents degrés de force obligatoire de ces normes, avec une substitution totale ou partielle aux droits nationaux. Plusieurs hypothèses sont envisagées pour déterminer la force obligatoire de cette législation. Elle pourrait dépendre soit de la liberté des parties contractantes (choix exprès ou "opt in"), soit de la valeur supplétive de certaines normes (avec renvoi possible des parties à leur droit national ou "opt out"), soit de la valeur impérative de ces normes. Les solutions "opt in" et "opt out" feraient coexister ce nouveau droit européen aux côtés des droits nationaux. En revanche, la solution du droit impératif amène purement et simplement à substituer un nouveau droit européen du contrat aux droits nationaux. En l'absence de substrat véritablement conçu, diffusé et assimilé à l'échelle européenne, l'opération est, à raison, reçue comme un diktat<sup>156</sup>. Nul ne saurait être adhérent à "une uniformisation forcée, inévitablement assez artificielle", tant cette solution paraît "la moins soucieuse des identités culturelles"<sup>157</sup>. Au demeurant, ceux qui s'affichent comme les plus ardents militants du droit européen du contrat partagent ce point de vue. Dans leur réponse conjointe, Ole Lando et Christian von Bar considèrent qu'il ne serait pas prudent d'adopter ex abrupto un règlement pour l'introduction d'un code civil européen, fût-il limité pour l'instant au droit des contrats, et qu'il est prématuré de discuter de l'instrument juridique le plus approprié, règlement ou directive, pour introduire un tel projet<sup>158</sup>. Certes, le Groupe de Pavie a exprimé son enthousiasme et

---

<sup>155</sup> Gérard Cornu, Un code civil n'est pas un instrument communautaire, D. 2002, chron., p.351 ; Yves Lequette, Quelques remarques à propos du projet de code civil européen de M. von Bar, D.2002, chron. p.2202.

<sup>156</sup> Philippe Malinvaud, Réponse hors délai à la Commission européenne, préc.

<sup>157</sup> Jérôme Huet, Nous faut-il un "euro"droit civil ? D. 2002, point de vue, n°34.

<sup>158</sup> Ole Lando et Christian von Bar, Joint response, préc., n°89 à 91. Il faut souligner leur propos : "On the other hand, the introduction of a binding legal text in the core areas of patrimonial law presupposes, of course, a cost-benefit analysis and that need not produce the same result everywhere and at the same time. The question posed is one which touches the Union as a whole as well each of the constituent Member States. National traditions and approaches to law call for consideration, as does the broad European spectrum of opinion on the appropriate division of functions between legislation, case law and academic critique".

propose son avant-projet de Code européen des contrats<sup>159</sup>. Il faut pourtant relever la prudence de Walter van Gerven qui met en avant l'expérience néerlandaise de codification, dont les travaux durèrent plus de 40 ans et sont, à ses yeux, un modèle de processus démocratique<sup>160</sup>. Selon lui, même s'il ne s'agit pas d'une codification complète, l'élaboration d'un texte avec une vue générale est nécessairement plus difficile que l'élaboration d'un texte à champ étroit. De plus, à l'échelle européenne, elle appelle des consultations encore plus nombreuses qu'à un simple plan national, car les sensibilités et les mentalités sont plus diversifiées et doivent être prises en compte. Les européens ne sont pas prêts, d'un point de vue scientifique, culturel, voire émotionnel<sup>161</sup>, pour l'adoption d'une législative complète sur les contrats. Une telle hypothèse est totalement prématurée.

**33. - Les failles du laisser-faire propre à l'option I.** A l'extrême opposé, le laissez-faire n'est pas plus concevable. Pour justifier la présentation de cette option, la Commission européenne souligne qu'il ne faut pas minorer "*l'efficacité avec laquelle le marché répond à différentes valeurs sociales et à l'opinion publique*". Elle cite d'ailleurs des initiatives prises par des associations d'industriels en vue de faciliter la conclusion de contrats transfrontières. C'est le cas, à une échelle nationale, avec en 1999 l'élaboration de clauses minimales par un groupe de six fédérations industrielles allemandes. L'initiative peut exister aussi à l'échelle européenne, comme en atteste celle de l'ORGALIME (groupe européen des industries mécaniques, électriques, électroniques et métallurgiques). D'emblée, cette proposition de droit spontané est crédible. Les entreprises sont les mieux à même de répondre à leurs besoins de la manière la plus satisfaisante et de surmonter ainsi leurs difficultés à conclure des contrats transfrontières. La proposition est aussi attractive en ce qu'elle offre une opportunité d'"*harmonisation douce*", selon les termes de la Commission européenne. De fait, les critiques fréquentes sur la qualité de rédaction des directives et des règlements communautaires sont telles, que la proposition peut être rassurante pour certains. Cependant, elle présente de sérieuses failles. Le procédé risque de fort de produire encore plus de droit spécial<sup>162</sup>. Or, le diagnostic préalablement établi est d'imputer le faible nombre de contrats transfrontières à une démarche fragmentaire de droit spécial et à l'absence d'un droit commun. Il est utopique de laisser reposer l'élaboration d'un droit commun sur une démarche aussi étroite. En outre, il est également utopique d'occulter l'incidence, en termes de justice contractuelle, des rapports de force qui sont inhérents à cette démarche de droit spontané. La vision abstraite d'une égalité contractuelle est maintenant battue en brèche en Amérique du Nord, comme en Europe<sup>163</sup>. Les rapports de force entre professionnels et consommateurs, d'une part, mais aussi entre professionnels eux-mêmes, d'autre part, ne permettront pas de dégager des solutions équitables. Il importe de dégager un droit commun des rapports contractuels inégaux, dans la force de négociation et dans celle de l'inertie en matière de bonne exécution des engagements. C'est là où réside la véritable incitation des PME et des consommateurs à conclure des contrats transfrontières. Le marché intérieur ne gagnera en densité que par les échanges impliquant le plus grand nombre des agents économiques européens.

---

<sup>159</sup> Réponse officielle de Giuseppe Gandolfi et Jose Luis de los Mozos, au nom de l'Académie européenne de droit privé de Pavie, sur le site de la Commission européenne.

<sup>160</sup> Réponse officielle, sur le site de la Commission européenne, not n°2, 7.

<sup>161</sup> Philippe Malinvaud, Réponse -hors délai- à la Commission européenne, préc. : "*l'idée d'abandonner son droit civil pour un droit uniforme européen est un déchirement*".

<sup>162</sup> André Tunc, dans une analyse prémonitoire, avait déjà minoré le pouvoir d'unification des contrats-types, même au niveau d'un secteur économique, cf Standards juridiques et unification du droit, RIDC 1970, p.247.

<sup>163</sup> Jean-Louis Baudouin, Justice et équilibre : la nouvelle moralité contractuelle du droit civil québécois, Mélanges Ghestin, Le contrat au début du XXIème siècle, LGDJ 2001, p.29.

**34. - L'amélioration, selon l'option III, de la législation déjà en vigueur.** Il est difficile d'être en désaccord avec une telle perspective. Elle est généralement perçue non pas comme une option, mais en tout état de cause comme une nécessité impérieuse<sup>164</sup>. En outre, elle présenterait l'avantage de satisfaire l'approche visant à éviter le coût réel de toute codification<sup>165</sup>. En effet, elle limite les coûts à la lutte contre les disparités les plus gênantes. Quoiqu'il en soit, la Commission ne découvre pas cette nécessité. Elle rappelle que, depuis 1995, elle publie un rapport intitulé "Mieux légiférer" destiné à rendre compte de ses efforts en vue d'une simplification des réglementations de l'Union européenne. Un projet pilote dénommé SLIM a été aussi introduit par elle, dès 1996, pour simplifier la législation relative au marché intérieur. Dès 1997, la Commission a également mis sur pied une "task force" désignée sous l'acronyme BEST (Simplification de l'environnement des entreprises). En poursuivant cet objectif, elle annonçait qu'elle était prête à modifier les actes existants, au regard de l'évaluation qui en serait faite, avec le souci d'une nouvelle qualité de rédaction, de présentation et de terminologie. Toutefois, on ne peut manquer de relever que sa prise de conscience exprimée depuis 1995 n'a pas donné des effets marquants. Elle-même ne fait pas état de réalisations significatives. Il est vrai qu'elle donne implicitement la mesure de ses difficultés : la préservation de l'acquis communautaire. Cette expression signifie que la simplification doit "*devenir une ressource pour l'achèvement du marché intérieur et non pour son démantèlement*"<sup>166</sup>. Or, le changement de perspective induit nécessairement une forme de démantèlement. Il est assurément plus difficile de simplifier ce qui est compliqué que d'élaborer dans la simplicité. C'est pourquoi il est permis de ne pas être optimiste sur la viabilité de l'option. Certes, il est intéressant de noter la proposition consistant à étendre à des contrats voisins le champ de directives déjà existantes, de telle sorte à élaborer peu à peu un droit commun. Mais, comme le soulignent Ole Lando et Christian von Bar, la démarche resterait encore trop étroite et puis, surtout, vaine dans la mesure où il manque des concepts communs pour assurer une bonne réception dans les cadres nationaux<sup>167</sup>. La Commission fournit elle-même l'illustration de transpositions disjointes de directives, en raison de l'absence de vision commune sur le concept de dommage<sup>168</sup>. C'est pourquoi cette option ne saurait constituer à elle seule une alternative à la présente situation. Rien ne sera plus efficace que le recours à un droit commun. Ceux qui mettent en valeur cette option III, conviennent que le véritable enjeu est celui d'un droit commun, car lui seul donnerait au système juridique européen sa véritable cohérence et son assise la plus solide<sup>169</sup>.

**35.- L'élaboration, dans l'option II, de principes communs.** La Commission propose d'élaborer des principes communs dans le domaine des contrats. A cet effet, elle envisage de promouvoir les recherches en droit comparé et de s'appuyer sur une forme de "*partenariat*" avec les universitaires et praticiens du droit, dans lequel elle jouerait le rôle de "*coordinateur*". La forme envisagée pour abriter ces principes serait la plus souple : la Commission évoque des lignes directrices. Nous sommes ici dans le registre des actes non prévus dans le Traité, mais qui reposent sur une pratique institutionnelle déjà reconnue<sup>170</sup>. La

<sup>164</sup> Voir notamment la réponse officielle de Walter van Gerven.

<sup>165</sup> Cette préoccupation apparaît dans Ugo Mattei, "A transaction costs approach to the European Code", in *European Review of Private Law* 1997, p.537. Elle est critiquée par Gerhard Wagner dès lors que l'uniformisation n'affecte que les conytrats transfrontières, cf *The Economics of Harmonization : The Case of Contract*, *CMLR Review* 2002, p.1019.

<sup>166</sup> Communication de la Commission concernant le droit européen des contrats, note 33.

<sup>167</sup> Ole Lando et Christian von Bar, n°83 à 86

<sup>168</sup> Communication, note 18.

<sup>169</sup> Walter van Gerven, préc.

<sup>170</sup> Voir supra n°14.

directive n'est pas un instrument idoine dans la mesure où elle appelle une transposition des Etats membres et que ce mécanisme est suspecté d'engendrer plus de dé-harmonisation que d'harmonisation<sup>171</sup>. Le règlement ne serait pas davantage l'instrument adéquat dans la mesure où il repose sur un application obligatoire et directe. Or, l'objectif de la Commission, et c'est là un trait nouveau qui mérite d'être salué, est de rechercher, par l'application de principes communs, *"la création de droit coutumier, moyennant une application constante et de longue date, ainsi que l'existence d'une conviction commune"*. L'instrument le plus souple, parce que dépourvu de caractère autoritaire, est seul susceptible de laisser la place à l'expression d'une adhésion par conviction. Il convient donc de souligner l'intérêt de lignes directrices ou d'une recommandation. Quant à l'application cohérente et uniforme de ces principes, elle résulterait selon la Commission, d'une large diffusion. Il est permis d'en douter, sans l'oeuvre unificatrice d'une institution judiciaire supérieure. Mais il est vrai que les principes de la *lex mercatoria* se sont ajustés spontanément. En dernier lieu, la Commission suggère aussi la solution consistant à élaborer des contrats standards, pour épargner aux parties la charge de la négociation dans les contrats transfrontières. Cette hypothèse présente le très grave inconvénient de renouer avec l'approche segmentaire des directives, telle qu'elle a été pratiquée jusqu'alors. Cette dernière solution n'a pas été véritablement étudiée dans les réactions à la Communication.

**36. - L'examen de la compétence de la Commission au regard de ces options.** Les options I et III ne posent aucune difficulté : le statu quo ou l'amélioration de textes existants s'inscrivent dans la pratique du passé. La question se pose pour l'option III et surtout pour l'option IV. La Commission a habilement placé le débat sur le terrain de la pleine réalisation du marché intérieur dans sa communication en forme de vaste consultation. C'est dire qu'elle entend naturellement invoquer l'article 95, qui donne compétence au Conseil pour adopter à la majorité qualifiée toute mesure susceptible de rapprocher les législations des Etats membres en vue de l'établissement et du bon fonctionnement du marché intérieur. Mais la Commission n'a pas éludé les règles d'interprétation qui font que toute compétence est soumise aux principes de subsidiarité et de proportionnalité visés à l'article 5 du Traité CE. Elle rappelle que le principe de subsidiarité doit permettre de dégager clairement la supériorité des avantages issus d'une action au niveau communautaire par rapport à ceux issus d'une action au niveau national. Le poids de l'arrêt rendu par la Cour de justice le 5 octobre 2000, limitant la portée de l'article 95, est ici implicite : il ne suffit pas de relever des disparités entre les législations nationales et d'invoquer un risque abstrait d'obstacle pour l'exercice des libertés économiques fondamentales ou pour la libre concurrence<sup>172</sup>. C'est pourquoi la Commission insiste dans sa Communication pour que ses interlocuteurs lui fournissent des exemples concrets. Son souci est d'étayer la nécessité d'une initiative communautaire d'une autre nature pour favoriser la conclusion massive de contrats transfrontières. Quant au principe de proportionnalité, il commande de recourir à la mesure la moins contraignante, avec des inconvénients non démesurés par rapport au but visé. C'est pourquoi, là encore, la Commission présente sa consultation comme un sondage pour mesurer les attentes et obtenir des exemples concrets. De fait, elle établit, dans son document de synthèse sur les réponses à sa Communication, que ses interlocuteurs ont conforté cette analyse<sup>173</sup>. Pourtant de fortes interrogations subsistent. Ainsi, l'option IV paraît disproportionnée par rapport à l'objectif de facilitation des contrats transfrontières, si elle devait aboutir à la substitution d'une législation européenne aux législations nationales. De toute évidence, la solution de la co-existence des

---

<sup>171</sup> Voir supra n°17.

<sup>172</sup> CJCE, 5 octobre 2000, C-376/98, aff. Tobacco, spéc. n°84

<sup>173</sup> cf site de la Commission européenne

droits nationaux et de nouvelles normes européennes paraît la seule mesure proportionnée, pour une période de transition.

**37. - La surenchère du Parlement européen.** Dans sa résolution du 15 novembre 2001, le Parlement européen s'étonne et regrette que la Commission européenne ait limité sa communication au droit privé des contrats, alors que la mission déterminée au Conseil européen à Tampere ouvrait d'autres possibilités. Il invite donc la Commission à aller au-delà du droit général des contrats et à étendre son action au droit de vente, au droit des contrats de services (y compris des services financiers et des contrats d'assurance), au droit des garanties personnelles, au droit des obligations extra-contractuelles, au droit régissant le transfert de propriété de biens meubles, au droit des garanties de crédit de biens meubles. On retrouve ici l'influence du Groupe d'études sur un Code civil européen. Son promoteur, Christian von Bar, avait été chargé d'une étude sur les régimes de droit privé en Europe et la création d'un Code civil européen<sup>174</sup>. Le Parlement européen pose même un calendrier des différentes étapes à suivre. Il faut bien convenir que les délais envisagés ne sont guère réalistes. D'ici fin 2004, il attend des propositions législatives visant à améliorer toutes les directives communautaires ayant trait au contrat. Il attend aussi la constitution d'une banque de données de toutes les législations et jurisprudence nationales dans toutes les langues communautaires et dans tous les domaines mentionnés. Ne serait-ce que pour ces deux objectifs la tâche est déjà immense et le risque d'un travail scientifique bâclé est évident. Sur la base de cette banque de données, il attend également la promotion d'études de droit comparé et le lancement d'une coopération avec les universitaires et praticiens du droit. Il fixe pour 2005 la publication des travaux visant à dégager les notions, solutions et terminologie juridique communes. Cette précipitation n'est pas raisonnable sur un champ d'investigation aussi large. C'est à compter de 2006 qu'une législation européenne relative aux principes juridiques communs serait adoptée et appliquée aux contrats transfrontières. A cet effet, il considère que la base de compétence serait l'article 95 du Traité et que la liberté contractuelle de choisir cette législation européenne devrait être assurée en droit international privé. En 2008, un bilan en serait effectué. Enfin, à partir de 2010 serait élaboré un corpus sur le droit des contrats en tirant profit des initiatives précédentes. On croit comprendre qu'il s'agirait alors d'une législation qui ne s'appliquerait plus seulement aux contrats transfrontières et se substituerait au droit nationaux. Il est assurément déraisonnable d'envisager un champ d'investigation aussi large dans des délais aussi courts. Ce programme ressemble à une marche forcée, qui serait tout à fait préjudiciable aux objectifs poursuivis. Il s'inspire de propositions faites par les chercheurs en droit comparé, mais il en donne une vision caricaturale qui suscite l'affolement au lieu de galvaniser les esprits.

**38. - La prise de position nuancée du Conseil européen.** Il était opportun que le Conseil européen précise les orientations données à la Commission européenne à Tampere. C'est l'objet de son rapport du 16 novembre 2001<sup>175</sup>. Il prend acte du fait que la Commission a commencé ses travaux par le domaine du droit des contrats, à travers sa communication du 11 juillet 2001. Il l'invite à en tirer ses conclusions à l'occasion de la publication d'un Livre vert ou d'un Livre blanc avant la fin de 2002, en posant comme axe directeur une plus grande cohérence dans la fonction législative. Il lui demande de bien identifier en quoi la diversité des législations nationales en droit des contrats est susceptible de porter atteinte au bon fonctionnement du marché intérieur. C'est marquer ici, implicitement, le choix de sa

---

<sup>174</sup> Voir n°26.

<sup>175</sup> Rapport du Conseil sur le rapprochement des législations des Etats membres en matière civile, cf site du Conseil de l'Union européenne.

compétence d'action sur la base de l'article 95. Il lui demande précisément de mener une réflexion sur les textes communautaires dont le champ d'application devrait être ré-examiné. Cela correspond à l'option III relative à l'amélioration de la législation existante. Il faut aussi relever qu'il lui est demandé de réfléchir sur des méthodes d'approche plus horizontale dans l'élaboration des directives et la phase de transposition de celles-ci par les Etats-membres. Il s'agit ici, semble-t-il, d'une remise en cause de l'approche pointilliste qui a été jusqu'alors suivie. En définitive, cette approche pointilliste pourrait ne pas être intrinsèquement liée à un problème de compétence de la Commission européenne. Les nouvelles directives devraient donc avoir des champs plus étendus. Il est aussi possible que le Conseil ouvre ainsi à la Commission la voie pour élaborer une directive relative aux principes communs du droit des contrats. En effet, le Conseil poursuit ses recommandations en lui demandant de tirer toutes les conséquences de sa consultation, notamment sur la question d'un rapprochement plus poussé des législations nationales et sur les moyens pour y parvenir. Pour le reste, le Conseil de l'Union prend le soin d'éviter toute précipitation. Il lui demande de mener une autre étude sur la question de savoir si les différences des législations des Etats membres en matière de responsabilité contractuelle et du droit des biens sont aussi des obstacles au bon fonctionnement du marché intérieur. La position du Conseil est ici plus prudente que celle du Parlement européen. Elle se distingue à la fois sur le calendrier et sur l'ampleur du champ d'action, sans fermer les perspectives d'investigation. En dernier lieu, le Conseil de l'Union tient aussi à ouvrir les perspectives d'investigation au droit de la famille. Il demande à cet effet une étude sur le point de savoir si les différences de législations nationales en matière de droit de la famille sont des obstacles à la libre circulation des personnes. Le programme d'action de la Commission est déjà moins lourd, mais il reste déjà très important au regard de ses moyens qui demeurent toujours aussi limités. C'est là tout l'intérêt d'un nouveau type de coopération avec les universitaires et praticiens du droit.

## **B- L'éventail d'actions proposées par les universitaires et praticiens du droit**

**39. - La voie de l'expérimentation et de la maturation.** Des analyses convergentes se dégagent dans les réponses des universitaires. La nécessité d'un droit commun du contrat semble s'imposer dans la majorité des opinions. Certes, les spécialistes de droit international privé font valoir l'existence de la Convention de Rome de 1980 sur le droit applicable aux obligations contractuelles. Néanmoins, la méthode des conflits de lois, si respectueuse des systèmes juridiques nationaux, ne paraît plus convenir à la nature et à l'ampleur de l'objectif<sup>176</sup>. Il ne s'agit plus de faire co-exister de manière pacifique des systèmes nationaux cloisonnés, mais bien de faire vivre une Union européenne qui tend à rapprocher de plus en plus étroitement tous les citoyens européens. Il semble même étonnant que, dans une approche purement fonctionnaliste, des dispositions spéciales n'aient pas été intégrées dans le Traité pour viser expressément une action spécifique sur le droit des obligations<sup>177</sup>. En tout état de cause, il faut surtout relever dans ces réponses que la méthode d'harmonisation par la voie des directives est rejetée de manière unanime, même si certains conviennent que ces directives

<sup>176</sup> Giuseppe Gandolfi et José Luis de los Mozos, *Akademia Europäischer Privatrechtswissenschaftler Pavia*, n°3 ; Ole Lando et Christina von Bar, préc., n°52 à 60.

<sup>177</sup> Elles semblaient tout indiquées pour donner une véritable dimension aux libertés économiques fondamentales, qui ont été posées d'emblée par le Traité.

peuvent être améliorées<sup>178</sup>. Le besoin d'élaborer des normes générales, en tant que cadre structurant, est désormais une nécessité reconnue<sup>179</sup>. L'état actuel du droit communautaire ne permet pas de soutenir des flux massifs de contrats transfrontières<sup>180</sup>. Le constat général est ce que ceux-ci semblent réservés aux grandes entreprises. Le marché intérieur n'est pas encore une réalité pour les petites et moyennes entreprises et encore moins pour les consommateurs<sup>181</sup>.

Cependant, les faibles avancées en matière d'harmonisation des droits nationaux des contrats ne doivent pas conduire à l'adoption précipitée d'une législation communautaire, qui se substitue de manière abrupte aux législations nationales<sup>182</sup>. Il semble souhaitable de laisser coexister les droits nationaux à côté d'un nouveau droit européen du contrat. Celui-ci sera d'autant mieux perçu qu'il sera limité aux contrats transfrontières<sup>183</sup>. Il sera aussi d'autant mieux perçu qu'il revêtira une forme expérimentale, destinée à être bonifiée par comparaison avec les droits nationaux et mise à l'épreuve des problèmes juridiques concrets. Ainsi, l'élaboration d'une législation devrait se faire en deux temps, en passant d'abord par une étape de "soft law". Il suffirait pour cela que la possibilité soit expressément reconnue aux parties contractantes de choisir comme loi du contrat des Recommandations ou "guidelines" de droit européen du contrat<sup>184</sup>. En effet, il y a tout lieu de considérer que la Commission est compétente pour adopter des Recommandations et les intégrer dans le droit communautaire, dès lors qu'elles sont limitées aux contrats transfrontières et ainsi directement liées au bon fonctionnement du marché intérieur. Ce n'est qu'après cette phase d'expérimentation qu'il y aurait lieu à consolidation dans une législation européenne stricto sensu. Encore faudrait-il une phase suffisamment longue, sans commune mesure avec les délais imposés par le Parlement européen. Un certain temps est nécessaire pour faire émerger un contentieux sur des normes nouvelles et pour en tirer des enseignements.

En définitive, un nouveau droit européen du contrat sera d'autant mieux perçu qu'il sera librement choisi par les parties contractantes<sup>185</sup>. Elles aussi doivent pouvoir accepter ou non l'expérimentation. A cet égard, le système "opting out", par lequel les parties contractantes doivent écarter expressément une norme, n'est pas pleinement satisfaisant. Par rapport au système "opting in", où les parties contractantes font la démarche expresse de choisir la norme, il présente l'avantage de positionner plus favorablement la norme européenne. Mais, symboliquement, il serait mal venu que le droit européen soit expressément écarté par les contractants, alors même qu'il est le droit en devenir<sup>186</sup>. Il est préférable qu'il soit en position

---

<sup>178</sup> Walter van Gerven, *Codifying European Private Law*, n°9 ; , n°6 ; Giuseppe Gandolfi et José Luis de los Mozos, préc.

<sup>179</sup> Michel Fontaine, *Centre de droit des obligations de Louvain*, p.4 ; Giuseppe Gandolfi et José Luis de los Mozos, préc.

<sup>180</sup> Les avantages d'une unification des règles substantielles ont déjà été soulignés, cf Anne-Marie de Matos, *Les contrats transfrontières conclus par les consommateurs au sein de l'Union européenne*, préc., spéc., p.361.

<sup>181</sup> Christoph U. Schmid, *Legitimacy Conditions for a European Civil Code*, réponse à la Communication de la Commission, p.3.

<sup>182</sup> Sir Roy Goode, réponse à la Commission européenne.

<sup>183</sup> Christoph U. Schmid, préc., p.5 et 12 ; Ole Lando et Christian von Bar, préc. n°99. Ces derniers ont évolué dans leur analyse, car la Commission dirigée par Ole Lando a oeuvré et le Groupe dirigé par Christian von Bar oeuvre sans que soit prise en compte comme pertinente une distinction entre contrats internes et contrats transfrontières. Ils réitérent cette prise de position scientifique, mais conviennent que la délimitation aux contrats transfrontières peut favoriser l'analyse qui sera faite de la base de compétence pour que la Commission puisse agir. Ils considèrent que cette délimitation peut donc être une phase transitoire utile. Voir aussi Gerhard Wagner, *The Economics of Harmonization : the Case of Contract*, *CMLR Rev.* 2002, p.1023.

<sup>184</sup> Sir Roy Goode, préc. ; Ole Lando et Christian von Bar, n°72

<sup>185</sup> Sir Roy Goode, préc. ; W. van Gerven, préc, n10.

<sup>186</sup> Sir Roy Goode, préc.

d'être choisi expressément, et non d'être écarté expressément. Un pari doit être fait sur les qualités intrinsèques d'un droit expérimental et ses capacités d'attraction pour les futures parties contractantes. Le droit européen du contrat apparaîtra ainsi, par la grâce du temps et du feu de l'action, l'héritier respectueux de toutes les traditions juridiques européennes.

**40. - Une nouvelle perception de la norme juridique.** La norme juridique n'est plus figée : elle intègre un processus évolutif destiné à l'enrichir. Elle n'est plus unique : elle s'impose par juxtaposition. Ces deux éléments sont de nature à éviter que le droit européen soit vécu comme un traumatisme culturel sur le plan national<sup>187</sup>. Il ne s'impose plus par un renoncement à la norme nationale, par une forme d'amputation. Il naît de la comparaison entre les droits nationaux. Mais cet enrichissement mutuel se prolonge au-delà de sa première formulation, moyennant l'expérimentation. Ceci suppose une coexistence avec les normes nationales par laquelle pourra s'effectuer une comparaison continue avec chaque droit national, en termes de valeurs (justice contractuelle, efficacité, sécurité juridique). C'est tout l'intérêt de restreindre le champ d'application du futur droit européen du contrat aux contrats transfrontières. Ainsi, l'enrichissement mutuel des traditions juridiques se poursuit par une confrontation suffisamment longue pour être constructive. L'idée de test et de progressivité est un argument puissant pour ceux qui s'opposent à l'idée de clivages irrémédiables, en Europe, entre cultures juridiques nationales<sup>188</sup>. Il est réaliste de reconnaître que certaines problématiques appellent un type particulier d'approfondissement à travers une sorte de "rodage"<sup>189</sup>. C'est tout l'intérêt d'élaborer des normes à texture ouverte<sup>190</sup>. A cet égard, par contraste avec les règlements ou les directives, il faut souligner l'intérêt d'actes tels que la recommandation<sup>191</sup> ou les lignes directrices, qui permettraient à la Commission européenne, sans pouvoir contraignant, de suggérer aux parties contractantes de choisir un ensemble cohérent de normes. La forme souple de ces actes servirait d'autant plus le caractère évolutif des concepts et des règles. Une telle perspective change radicalement avec la perception de la norme européenne qui a eu cours jusqu'à présent, ce qui répond à une révolution culturelle attendue en matière d'intégration européenne<sup>192</sup>. En outre, la norme à texture ouverte procède d'une nouvelle forme de coopération entre le producteur traditionnel de normes, l'Etat ou l'institution supra-étatique, le juge, les parties contractantes et aussi la communauté scientifique<sup>193</sup>. C'est la consécration de l'approche "bottom-up" et sa conjugaison avec l'habituelle approche "top-down"<sup>194</sup>. Comme il était prédit, on s'éloigne de la vision purement étatiste du droit. La communauté des juristes, riche de sa diversité, se déclare prête à assumer l'intégration européenne dans une nouvelle forme de collaboration avec les institutions européennes<sup>195</sup>.

<sup>187</sup> Par la combinaison de ces deux éléments, l'Europe pourrait assumer pleinement une fonction de laboratoire juridique de l'intégration, voire de la mondialisation, après avoir été au XIX<sup>ème</sup> siècle le laboratoire du nationalisme juridique, cf Mireille Delmas-Marty, Le phénomène de l'harmonisation, l'expérience contemporaine, in "L'harmonisation du droit des contrats en Europe, p.35. Voir aussi ses articles : L'espace judiciaire européen, laboratoire de la mondialisation, D. 2000, n°21 ; La mondialisation du droit : chance et risques, D. 1999, 43 ; Trois défis pour un droit mondial, Seuil 1998.

<sup>188</sup> Walter van Gerven, Codifying European Private Law, n°6 : "*There is no epistemological impossibility to reach convergence*".

<sup>189</sup> Giuseppe Gandolfi, Pour un code européen des contrats, RTDCiv. 1992, p.707.

<sup>190</sup> Anthony Chamboredon, La "texture ouverte" d'un code européen du droit des contrats, JDI 2001, p.5.

<sup>191</sup> Rostane Mehdi, Recommandations, Dictionnaire juridique des Communautés européennes, Paris 1993, p.903.

<sup>192</sup> Walter van Gerven, préc., n°6 : "what we need is an intellectual revolutionary process which is part of an ongoing and all-encompassing process of integration among the people of Europe art 1 §.2 TEU".

<sup>193</sup> Anthony Chamboredon, ibid.

<sup>194</sup> Walter van Gerven, préc., n°14.

<sup>195</sup> Giuseppe Gandolfi, préc.

**41. - Le risque de confiscation d'une culture contractuelle commune.** Une première forme de confiscation a pu être ressentie, jusqu'alors, dans l'élaboration d'une législation européenne par une organisation supra-étatique suspectée, à tort ou à raison, de dérive bureaucratique et de déficit démocratique. C'est pourquoi il est importe de ne plus minorer la question de la légitimité, dans le sens de Max Weber, qui fonde l'acceptation par le corps social de normes nouvelles<sup>196</sup>. Le croisement des approches "top-down" et "bottom-up" sera susceptible de conforter cette légitimité. Cependant, des réserves sont émises sur le rôle de coordination que la Commission se propose de jouer. Plusieurs éléments sont soulevés : son manque de moyens et de disponibilité, la structure de son organisation interne<sup>197</sup>. Il ne faudrait pas qu'un espoir de renouveau soit déçu. Pour cette raison, il est nécessaire de réfléchir sur les moyens adéquats pour y remédier. En outre, une deuxième forme de confiscation peut être crainte, ou est déjà crainte, dans la composition et le mode de fonctionnement de certains groupes de droit comparé<sup>198</sup>. Un risque d'hégémonie culturelle, même s'il restait à l'état latent, gâcherait tout le nouveau processus de construction européenne et se retournerait contre lui. De fait, il faut bien constater que les groupes comparatistes les plus en vue ont une position ambiguë. D'emblée, Ole Lando et Christian von Bar reconnaissent que, jusqu'alors, leurs groupes respectifs ont évolué sans concurrents directs, ayant pour objectif direct formuler des principes susceptibles de devenir la base de travail d'une oeuvre de codification. Ils conviennent ensuite que la communication de la Commission pourrait bien avoir pour effet de stimuler des vocations. Alors qu'ils devraient se réjouir de faire des émules par ce biais-là, ils considèrent tout au contraire que ce serait préjudiciable de voir fleurir divers projets de "restatement", car seule l'unicité garantirait le succès de l'opération<sup>199</sup>. Cette position qui écarte le principe même d'une confrontation, pourtant gage de richesse, exprime un aveuglement dû certainement à l'impatience de voir couronner une oeuvre si longue et semée d'embûches. Mais la précipitation pourrait dégénérer en confiscation. Le temps fait oeuvre aussi d'appropriation par d'autres des travaux effectués et ménagé, par les réactions suscitées, des perspectives d'enrichissement mutuel. C'est pourquoi il faut se soucier de déjouer tous les types de confiscation culturelle.

**42. - Les actions, à l'échelle européenne, pour une culture contractuelle commune.** Le risque de confiscation sera neutralisé par des efforts de représentation et d'indépendance, tant sur les plans de la valeur scientifique que de la diversification culturelle. L'exemple américain pourrait être riche d'enseignements. De fait, les Américains nous invitent à tirer parti de leur propre expérience en matière d'efforts d'unification, même s'ils reconnaissent volontiers que la codification est une tradition éminente de l'Europe continentale<sup>200</sup>. Les Européens ont déjà exprimé depuis longtemps tout leur intérêt à l'égard des expériences américaines<sup>201</sup> et ils continuent de le faire. C'est ainsi qu'est proposée, à seule fin de soutenir une science juridique transnationale en Europe, la création d'un Institut

---

<sup>196</sup> Christophe U. Schmid, préc., n°2 ; Walter van Gerven, préc., p.10.

<sup>197</sup> Sir Roy Goode, préc., n°5 ; Christophe U. Schmid, préc., n°4 ; Walter van Gerven, ibid.

<sup>198</sup> Yves Lequette, préc. ; Bénédicte Fauvarque-Cosson, préc.

<sup>199</sup> Ole Lando et Christian von Bar, Joint Response of the Commission on European Contract Law and the Study Group on a European Civil Code, n°78.

<sup>200</sup> Mathias Reimann, Towards a European Civil Code : Why Continental Jurists Should Consult Their Transatlantic Colleagues ?, Tul. L. Rev. 1937, March 1999.

<sup>201</sup> Voir ainsi André Tunc, L'importance de la doctrine dans le droit des Etats-Unis, Revue française de Théorie juridique, 20, 1994, p.84.

Européen du Droit, très proche du modèle de l'American Law Institute<sup>202</sup>. Créé en 1923, l'American Law Institute revendique expressément une vocation visant à remédier aux deux grands défauts du droit américain : l'incertitude et la complexité<sup>203</sup>. Grâce à un mode de sélection rigoureux pour sa composition et un mode de fonctionnement très contraignant<sup>204</sup>, l'American Law Institute dispose d'une autorité intellectuelle très forte. Ceci ne signifie pas qu'il est à l'abri de controverses. C'est d'ailleurs ce qui fait du "*restatement*" un processus de "*common law persuasive authority with a high degree of persuasion*". Le procédé de reformulation d'un droit idéal est souvent contesté, ce qui stimule sa force de conviction et partant son autorité<sup>205</sup>. La méthode de présentation du *restatement* a inspiré les membres de la Commission Lando. Ainsi, elle assortit l'énoncé de la norme de commentaires, avec illustrations, qui sont en quelque sorte partie intégrante de cette norme<sup>206</sup>. Il s'agirait maintenant d'aller plus loin et de s'inspirer du mode organisationnel de l'institution. Elle pourrait être le pilier d'une véritable communauté de juristes européens qui fortifierait la légitimité du futur droit européen<sup>207</sup>. A l'instar de l'ALI, il faudrait aussi mieux associer les praticiens, dans la diversité des professions juridiques, pour en faire des acteurs à part entière de l'élaboration de la norme. Une telle perspective d'action est généralement très bien accueillie<sup>208</sup>. Même ceux qui se félicitent du travail accompli dans la Commission dirigée par Ole Lando considèrent qu'un travail d'approfondissement est encore nécessaire. Il est même suggéré, au-delà du travail purement comparatiste, de poursuivre les efforts dans la voie de la transdisciplinarité en mettant l'accent sur une dimension économique, voire une dimension psychologique dans le droit<sup>209</sup>. Au demeurant, Ole Lando et Christian von Bar ont bien perçu les effets néfastes que pouvait induire une "monopolisation" de la culture européenne par un cercle étroit. C'est ainsi que, dans leur réponse conjointe, ils suggèrent eux aussi à la Commission européenne la création de deux institutions : l'Institut de Droit Européen et l'Académie de Droit Européen<sup>210</sup>. Il est vrai que parallèlement à un institut de recherche, il faut se préoccuper de pédagogie. Une Académie européenne aurait l'avantage de supporter, à l'échelle adéquate, un effort de diffusion et de formation de tous les professionnels du droit, toutes générations confondues.

**43. - Les actions, à l'échelle de chaque Etat membre, pour une culture contractuelle commune.** L'implication dans la diffusion des travaux de droit comparé ne saurait reposer exclusivement sur les efforts d'un forum européen. Le juriste de chaque Etat membre de l'Union ne pourra en percevoir les bienfaits que s'il est préparé et familiarisé avec la diversité des cultures juridiques en Europe. De la sorte, le juriste européen précèdera le droit commun européen. C'est donc autant, si ce n'est plus, par l'enseignement que par la législation que l'intégration européenne se réalisera<sup>211</sup>. Pour cela, il importe d'"enseigner le droit tout court au

<sup>202</sup> Anthony Chamboredon et Christoph U. Schmid, Pour la création d'un "Institut européen du droit", entre une unification législative ou non législative, l'émergence d'une science juridique transnationale en Europe, RIDC 3-2001, p.685.

<sup>203</sup> [www.ali.org/ali/thisali.htm](http://www.ali.org/ali/thisali.htm)

<sup>204</sup> *ibid.*

<sup>205</sup> E. Allan Farnsworth, *Contracts*, Third Edition, 1998, Aspen Law & Publishers, §1.8.

<sup>206</sup> Cependant Ole Lando souligne que la méthode est difficile à transposer au regard des grandes différences entre les systèmes juridiques européens. C'est pourquoi Denis Tallon considère que leur démarche n'est pas reconnitive comme celle de l'ALI, mais bien purement créative. Sur ces points, voir Giuseppe Gandolfi, RTDCiv 1992, D - sur le rôle irremplaçable de la doctrine.

<sup>207</sup> Christoph U. Schmid, *Legitimacy Conditions for a European Civil Code*, préc., p.14.

<sup>208</sup> Walter van Gerven préc., n°15 ; Sir ROY Goode, préc.; Bénédicte Fauvarque-Cosson, préc.

<sup>209</sup> Marcel Fontaine, Réponse sur la Communication relative au droit européen du contrat, p.9.

<sup>210</sup> Ole Lando et Christian von Bar, préc., n°80.

<sup>211</sup> Christian Mouly, préc. : Bruno Oppetit, *Droit commun et droit européen*, préc.

*lieu d'enseigner le droit local*"<sup>212</sup>. L'ambition est affirmée depuis longtemps<sup>213</sup>. Les efforts de connaissance réciproque ont beaucoup progressé en Europe, notamment par le formidable ressort des programmes Erasmus et Socrates. Mais les résultats ne sont pas encore à la hauteur de l'ambition. S'agissant de la France, le diagnostic est fort bien établi : "*l'image trop légitimée du droit français*" perdure dans l'enseignement<sup>214</sup>. Il est vrai que les enseignants apprécieraient l'aide d'ouvrages pédagogiques à cet effet. Il faut donc saluer tous les efforts allant dans ce sens, notamment celui engagé pour fournir aux étudiants européens la compréhension des différentes traditions juridiques par la présentation de problèmes concrets et de leurs solutions<sup>215</sup>.

#### **44. -Les actions, à l'échelle des chercheurs, pour une culture contractuelle commune.**

L'implication dans l'élaboration et la diffusion d'une culture européenne commune doit aussi passer par un effort individuel. La généralisation d'un tel comportement sera la meilleure garantie contre un risque de confiscation d'une culture contractuelle européenne, la meilleure garantie pour accéder à une culture contractuelle partagée et donc commune. C'est par cette prise de conscience que nous en deviendrons les acteurs à part entière. A cet effet, l'appropriation des travaux de droit comparé déjà très élaborés paraît indispensable. C'est dans cet esprit que s'inscrit la présente étude des Principes Européens du Droit du Contrat par notre groupe de recherche à Aix-en-Provence. Notre démarche se veut modeste, mais pleinement engagée dans un débat promettant encore un véritable foisonnement intellectuel. Elle se veut aussi sans complexe dans la mesure où il nous tient à cœur de mettre en perspective des PEDC notre droit français, avec certaines faiblesses, mais aussi avec toutes ses richesses. Nos collègues étrangers soulignent souvent que le droit français du contrat est difficile à appréhender dans la mesure où, en l'absence de réforme générale depuis 1804, sa nature est devenue éminemment jurisprudentielle. Cette apparente faiblesse, en terme de lisibilité, a fait aussi sa force. Par les efforts conjugués des praticiens et des universitaires, son adaptation à la vie des affaires a toujours été assurée et a suscité une certaine forme de créativité et de malléabilité. C'est pourquoi, nonobstant les imperfections et l'état ramassé de nos études, il nous a semblé souhaitable de présenter sans attendre l'état de nos réflexions, de nos interrogations, voire de nos propositions. Chacun d'entre nous apporte, en tous les cas, avec beaucoup d'enthousiasme sa pierre à l'édifice. Nonobstant la complexité et les embûches, il ne faut pas céder au découragement à l'idée du chemin qu'il reste à parcourir pour partager et vivre en Europe une véritable culture contractuelle commune.

Aix-en-Provence, le 19 décembre 2002.

---

<sup>212</sup> Rodolfo Sacco, Non, oui, peut-être, Mélanges Mouly, Litec 1998, p.168.

<sup>213</sup> Hein Kötz, European Common Law : Historical Foundations, in "New Perspectives for a Common Law of Europe", ed. Capelletti 1978, p.31.

<sup>214</sup> Horatia Muir Watt, La fonction subversive du droit comparé, RIDC 2000, 503 ; Bénédicte Fauvarque-Cosson, L'enseignement du droit comparé, RIDC 2-2002, p.307.

<sup>215</sup> Walter van Gerven explique ses objectifs : c'est une approche fonctionnelle, pour laquelle l'accent est mis moins sur les différences entre les familles ou cultures juridiques que sur la manière dont est appréhendée une situation factuelle, avec les rapprochements en termes de politiques juridiques, Codifying European Private Law, préc., cf n°14. Voir ainsi W van Gerven, J.Lever, P. Larouche, C. von Bar, G. Viney, Cases, Materials and Texts on National, Supranational and international Tort Law, Scope of protection, Hart Oxford 2000.

