

**FAUT-IL SE PASSER DU COMMON LAW (EUROPÉEN) ?
RÉFLEXIONS SUR UN CODE CIVIL CONTINENTAL
DANS LE DROIT MONDIALISÉ**

Mauro BUSSANI*

Dans les cercles académiques, les processus de codification du droit privé européen battent leur plein. Mon propos ici est d'essayer de comprendre les raisons par lesquelles ce processus poursuit l'idée d'un compromis, tant dans l'approche théorique que dans les règles proposées, avec la tradition et l'expérience anglaise du common law. L'analyse de ces raisons me fait conclure que – en l'absence, dans un futur proche, d'une véritable culture juridique commune à l'Europe toute entière – tout projet de codification désireux d'aboutir devrait commencer dans un premier temps par déplacer le compromis (comme cela est nécessaire pour tout accord supranational) du côté Outre-Manche pour rechercher un équilibre à l'intérieur du continent en prenant comme point de départ les concepts, notions et règles civilistes.

In scholarly arenas, the European codification processes is in full swing. In this article, I try to understand the reasons for which many of the efforts thus far carried on in the European codification-driven academic circles have been pursuing a compromise, in both theoretical approach and proposed rules, with the English common law tradition and experience. The analysis of these reasons makes me suggest that, lacking in the near future a truly common pan-European legal culture, any project of codification aiming to be successful in practice should shift the direction of the compromise (as necessary as it is for any supranational agreement) from the common law side of the Channel towards the pursuit of a balance within the continent, taking as a starting point civilian concepts, notions, and rules.

* Professeur à l'Université de Trieste, Italie.

Directeur des travaux scientifiques, Association Internationale des Sciences Juridiques (AISJ).
Une précédente version anglaise de cet essai a été publiée in 84 *Tulane Law Review* 1083-1102 (2009).

I. JURISTES ET CODES EN QUÊTE DE LEADERSHIP

En Europe continentale, la contribution des professeurs à la laborieuse élaboration des codes civils s'avère un excellent moyen pour eux de faire valoir leur statut. La préparation et l'application de tout code nécessite un travail technique de simulation de la part des juristes qui doivent anticiper les problèmes et solutions éventuels. Mais c'est aussi ce qui les rend indispensable et leur apporte leur prestige social¹. Par conséquent, il n'est pas surprenant que le processus de codification (déguisé sous de nombreuses formes) du droit privé européen batte son plein. Le processus avance à un niveau sectoriel dans plusieurs domaines². Il progresse à tous les degrés dans

¹ M. BUSSANI, « The Contract Law Codification Process in Europe : Policies, Targets and Time Dimensions », in S. GRUNDMANN et J. STUYCK (ed.), *An Academic Green Paper On European Contract Law*, La Haye, 2002, 159, 175-176.

² Pour la matière contractuelle, nul besoin de rappeler les travaux de la Commission pour le droit européen du contrat, présidée par le Professeur Ole Lando (v. O. LANDO et H. BEALE (ed.), *The Principles of European Contract Law*, Parts I and II, Combined and Revised, La Haye, 2000 ; O. LANDO, E. CLIVE, A. PRÜM, R. ZIMMERMANN (ed.), *Principles of European Contract Law*, Part III, La Haye, 2003), de même que les travaux de l'Académie des privatistes européens, sous la direction du professeur G. Gandolfi, dont les premiers résultats ont été intégrés dans le *Code Européen des contrats. Avant projet*, Livre Premier, Milan, 2002 ; et un second ouvrage *Des contrats en particulier* est en préparation. V. Accademia dei Giusprivatisti Europei, *Codice europeo dei contratti*. Libro Secondo, Milan, 2007 ; G. GANDOLFI, « La vendita nel "Codice europeo dei contratti" », in *Europa e Diritto Privato*, 2006, 1229 ; *id.*, Il libro secondo (« Des contrats en particulier ») del « Code Européen des contrats », in *Rivista di Diritto Civile*, 2005, II, 653-54 ; v. également X. BLANC-JOUVAN, « Les travaux de l'Académie des privatistes européens et le code européen des contrats », *RIDC*, 2009, 187 ; R. ZIMMERMANN, « The Present State of European Law », 57 *AJCL* 479 (2009). Concernant les aspects extracontractuels, rappelons les travaux du Groupe européen sur la responsabilité civile qui ont conduit à la publication de l'ouvrage *Principles of European Tort Law* en 2005. En 2004, le groupe de recherches *L'eurohypothèque : une hypothèque commune pour l'Europe* s'est penché sur la faisabilité d'un droit hypothécaire européen. V. E. MUÑIZ ESPADA, S. NASARRE AZNAR et E. SÁNCHEZ JORDÁN, *Un modelo para una Eurohipoteca : desde el informe segré hasta hoy* (2008) ; F. FIORENTINI, « Appunti sull'integrazione giuridica europea in materia di garanzie immobiliari », in M. BUSSANI et F. FIORENTINI (ed.), *I contratti di finanziamento e le garanzie reali nella prospettiva europea / Financial Contracts and Secured Transactions in the European Perspective*, Trieste, 2003, 149. S'agissant du droit de la famille, la Commission sur le droit européen de la famille a formulé et publié les Principes de droit européen de la famille concernant le divorce et les pensions alimentaires entre époux divorcés, et les Principes de droit européen sur la responsabilité parentale (respectivement collectés dans K. BOELE-WOELKI, F. FERRAND, C. GONZÁLEZ BEILFUSS, M. JÄNTERÄ-JAREBORG, N. LOWE, D. MARTINY et W. PINTENS, *Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses*, Antwerp, 2004, et K. BOELE-WOELKI, F. FERRAND, C. GONZÁLEZ BEILFUSS, M. JÄNTERÄ-JAREBORG, N. LOWE, D. MARTINY et W. PINTENS, *Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities*, Antwerp, 2007).

À noter également les travaux du soi-disant «Acquis Group», dirigé par les professeurs G. Ajani et H. Schulte-Nölke, dont l'objectif est de simplifier le droit communautaire existant, mais aussi de concevoir et de diffuser des solutions juridiques communes. V. Research Group on Existing EC Private Law, *Contract I. Pre-contractual Obligations, Conclusion of Contract, Unfair Terms*, Munich, 2007 ; *id.*, *Contract II. General Provisions, Delivery of Goods, Package Travel and*

les programmes du groupe d'études sur un Code Civil européen³, dirigé par le Professeur von Bar. Ce groupe a également pris une part active à la rédaction du Cadre Commun de Référence (CCR)⁴, qui, en dépit des limites formelles attribuées à son rôle et à ses contenus par la Commission Européenne⁵, a de fait été élaboré par le réseau de juristes rassemblés autour

Payment Services, Munich, 2009 ; et R. SCHULZE, *Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law*, Munich, 2008 ; R. SCHULZE et G. AJANI (ed.), *Common Principles of European Private Law : Studies of a Research Network – Gemeinsame Prinzipien des Europäischen Privatrechts : Studien eines Forschungsnetzwerks*, Baden-Baden, 2003 ; B. PASA, « I progetti di ricerca europei sul diritto privato comune : il nuovo « Acquis Group » », in *Contratto e impresa/Europa*, 2002, 659 ; R. SCHULZE, « Die « Acquis-Grundregeln » und der Gemeinsame Referenzrahmen », in *ZEUP*, 2007, 731 ; R. SCHULZE, « European Private Law and Existing EC Law », 13 *Rev. eur. dr. privé* 3, 8-15 (2005) ; v. également N. JANSEN et R. ZIMMERMANN, « Restating the Acquis Communautaire? A Critical Examination of the 'Principles of the Existing EC Contract Law' » 71 *Mod. L. Rev.* 505, 505-10 (2008).

³ Le résultat des recherches du Groupe d'études a été publié dans la série *Principles of European Law* by Sellier, Bruylant, Oxford University Press, and Stämpfli. Jusqu'à présent, six volumes ont vu le jour : C. VON BAR, *Benevolent Intervention in Another's Affairs* (2006) ; M. W. HESSELINK, J. W. RUTGERS, O. BUENO DÍAZ, M. SCOTTON et M. VELDMAN, *Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts* (2006) ; U. DROBNIG, *Personal Security* (2007) ; M. BARENDRECHT, C. JANSEN, M. LOOS, A. PINNA, R. CASCAO et S. VAN GULIJK, *Service Contracts* (2007) ; K. LILLEHOLT et al., *Lease of Goods* (2008) ; E. HONDIUS et al., *Sales* (2008) ; C. VON BAR, *Non-Contractual Liability Arising Out of Damage Caused to Another* (2009).

⁴ Le CCR fut envisagé par la Commission des Communautés Européennes dans la Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen : « Un droit européen des contrats plus cohérent : Un plan d'action », 2, 15-24 *COM* (2003) 68 final (12 fév. 2003), et dans la Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen : « Droit européen des contrats et révision de l'acquis : la voie à suivre », 2-19 *COM* (2004) 651 final (11 oct. 2004). Un réseau commun pour le droit européen des contrats (Joint Network on European Private Law), réseau d'excellence, a été créé pour élaborer les bases du CCR. Pour de plus amples informations, v. « Rapport de la Commission : premier rapport annuel sur l'état d'avancement du droit européen des contrats et de la révision de l'acquis », 2-6 *COM* (2005) 456 final (23 sept. 2005). Sur ce projet, v. par ex. H. BEALE, « The European Commission's Common Frame of Reference Project : A Progress Report », 2 *Eur. Rev. Contr. L.* 303, 303-04 (2006) ; H. EIDENMÜLLER, F. FAUST, H. C. GRIGOLEIT, N. JANSEN, G. WAGNER et R. ZIMMERMANN, « The Common Frame of Reference for European Private Law – Policy Choices and Codification Problems », 28 *Oxford J. Legal Stud.* 659 (2008) ; H. COLLINS, *The European Civil Code : The Way Forward*, Cambridge, 2009, 63-89.

⁵ « Les recherches préparatoires à l'élaboration du CCR viseront à définir les meilleures solutions sur la base des droits des contrats nationaux (jurisprudence et pratiques établies), de l'acquis communautaire et des instruments internationaux pertinents, dont la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (1980). D'autres documents seront également utiles et seront pris en considération, mais il conviendra de veiller à ce que le CCR soit adapté aux besoins spécifiques de l'Union européenne. La structure envisagée pour le CCR ... est la suivante. Premièrement, le cadre énoncerait des principes fondamentaux communs de droit des contrats, assortis de lignes directrices pour le cas où des exceptions à ces principes seraient requises. Deuxièmement, les principes fondamentaux seraient appuyés par des définitions de concepts clés. Troisièmement, ces principes et définitions seraient complétés par des règles modèles, formant le corps du CCR. Il pourrait être prévu de distinguer les règles modèles applicables aux contrats entre entreprises ou entre particuliers de celles qui sont applicables aux contrats entre entreprises et

du groupe susmentionné pour en faire un véritable projet de code civil européen⁶. Le processus de codification avance malgré les hésitations des institutions européennes⁷. Il avance malgré les nombreuses réserves et mises en garde exprimées de plusieurs parts au sujet de cette entreprise⁸.

consommateurs ». Ainsi, la Communication de la Commission au Conseil et Parlement européen – Droit européen des contrats et révision de l’acquis: la marche à suivre, *supra* note 4, 11.

⁶ V. Study Group on a European Civil Code et Research Group on EC Private Law, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law : Draft Common Frame of Reference*, Munich, 2009. V. F. FIORENTINI et L. ANTONIOLLI, *A Factual Assessment of the Draft Common Frame of Reference*, Munich, à paraître 2010 ; M. W. HESSENLINK, « The Common Frame of Reference as a Source of European Private Law », 83 *Tulane L. Rev.* 919 (2009) ; *id.*, « Common Frame of Reference and Social Justice », 4 *Eur. Rev. Contract L.* 248 (2008) ; J. M. SMITS, « The Draft-Common Frame of Reference for a European Private Law : Fit for Purpose? », 15 *Maastricht J. Eur. Comp. L.* 145, 145-48 (2008).

Plus proches du but premier du CCR envisagé par la Commission européenne (v. précédente note), se placent les travaux de recherche menés par l’Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française et la Société de Législation Comparée, dont les résultats sont recueillis dans *Projet de cadre commun de référence. Principes contractuels communs*, 2008, où les Principes contractuels communs sont révisés (commentés et comparés). En 2008, ces mêmes groupes ont publié un autre volume (Terminologie contractuelle commune), consacré au problème d’une terminologie commune – une version anglaise abrégée des deux volumes est disponible : B. FAUVARQUE-COSSON et D. MAZEAUD (dir.), *Materials for a Common Frame of Reference : Terminology, Guiding Principles, Model Rules*, Munich, 2008 ; v. aussi A. TENENBAUM, « Droit européen des contrats : mythe ou réalité? L’enjeu et les difficultés d’une terminologie commune », *RIDC*, 2009, 177.

⁷ Au cours de ces vingt dernières années, les efforts d’intégration de la Commission (*supra* note 4 ; v. également le Livre Vert sur la « Révision de l’acquis communautaire en matière de protection des consommateurs », 5, COM (2006) 744 final (8 févr. 2007) ; Rapport de la Commission : « Deuxième rapport sur l’état d’avancement du Cadre Commun de Référence », pp. 9- 10, COM (2007) 447 final (25 juill. 2007)), et du Conseil Européen, par ex., « Conclusions de la Présidence, Programme de La Haye visant à renforcer la liberté, la sécurité et la justice dans l’Union Européenne », Conseil Européen (4-5 nov. 2004)), ont souvent connu des à-coups concernant l’objectif, la portée et les contenus possibles d’une harmonisation du droit européen des contrats. À son tour, le Parlement Européen a fermement maintenu sa position en faveur d’un plus grand soutien politique face à la nature et aux objectifs de ces efforts. V. « Résolution sur un effort de rapprochement du droit privé des États membres », 1989 JO (C 158) 400 ; « Résolution sur l’harmonisation de certains secteurs du droit privé des États membres », 1994 JO (C 205) 518 ; « Résolution sur le rapprochement du droit civil et commercial des États membres », 2002 JO (C 140) E/538 ; Résolution sur la communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil intitulée « Un droit européen des contrats plus cohérent – Un plan d’action », 2004 JO (C 76) E/95 ; « Résolution sur le droit européen des contrats et la révision de l’acquis : la voie à suivre », 2006 JO (C 292) E/112 ; « Résolution sur le droit européen des contrats », 2006 JO (C 305) E/247 ; « Résolution sur le droit européen des contrats du 12 décembre 2007 » ; « Résolution sur le Cadre Commun de Référence pour le droit européen des contrats » du 3 sept. 2008 ; « Résolution sur la communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil – un espace de liberté, de sécurité et de justice au service des citoyens – programme de Stockholm » du 25 nov. 2009. De la même manière, v. les conclusions du Conseil concernant le Premier rapport annuel de la Commission sur l’état d’avancement du droit européen des contrats et la révision de l’acquis, en particulier les n° 9 et 10. Communiqué de presse, Conseil de l’Union Européenne 14155/05 (Presse 287) 27 (28-29 nov. 2005).

⁸ V. par ex. M. GRIMALDI, « L’exportation du Code civil », *Pouvoirs*, 2003, 80, 94-96 ; G. CORNU, « Un code civil n’est pas un instrument communautaire », *Dalloz Chr.*, 2002, 351 ;

Le présent article ne traite pas de ces admonitions ni de ces perplexités⁹. Il s'intéresse en revanche à une question largement négligée par les participants à ce débat sur la codification¹⁰, à savoir la portée géopolitique que devrait avoir ce code européen, soit le rôle que nous, les Européens, souhaiterions que ce code joue dans le contexte juridique mondial. En d'autres termes, ce futur code européen devrait-il être considéré, oui ou non, dès sa conception comme un modèle directeur dans la compétition mondiale entre modèles juridiques ? Une compétition qui va affecter le futur de l'Europe, de ce qui reste des États-nations, de ses communautés d'affaires et, indirectement, de ses citoyens.

C'est le genre de problème que la plupart des codes nationaux des XIX^e et XX^e siècles pouvaient négliger – ce qu'ils firent d'ailleurs – mais il me semble que la situation politique et économique qui règne actuellement aux quatre coins de la planète doit engager le débat sur la codification européenne à s'intéresser davantage à cette question que par le passé.

B. FAUVARQUE-COSSON, « Faut-il un code civil européen? », *RTDciv.*, 2002, 463 ; Y. LEQUETTE, « Quelques remarques à propos du projet de code civil européen de M. von Bar », in B. FAUVARQUE-COSSON et D. MAZEAUD (ed.), *Pensée juridique française et harmonisation européenne du droit*, Paris, 2003, 69 ; D. MAZEAUD, « La Commission Lando : Le point de vue d'un juriste français », *ibidem*, 181 ; C. JAMIN, « Vers un droit européen des contrats ? (Réflexions sur une double stratégie) », *R.J. Com.* 2006, 93 s. ; C. JAUFFRET-SPINOSI, « Pérennité, évolution ou désuétude des codes : aspects de droit comparé », *Revue de la recherche juridique* 2004, n° spécial, 2743 s. ; D. TALLON, « L'avenir du code en présence des projets d'unification européenne du droit civil », in Y. LEQUETTE et L. LEVENEUR (ed.), *1804-2004, Le Code civil : un passé, un présent, un avenir*, Paris, 2004, 997. V. également M. BUSSANI et U. MATTEI (ed.), *Preface to Opening Up European Law : The Common Core Project towards Eastern and South Eastern Europe*, Berne, 2007, XIII ; J. GORDLEY, « The Future of European Contract Law on the Basis of Europe's Heritage », 1 *Eur. Rev. Contract L.* 163, 180-83 (2005) ; P. LEGRAND, « Antivonbar », 1 *J. Comp. L.* 13, 14-15 (2006) ; B. S. MARKESINIS, « Unité ou divergence : À la recherche des ressemblances dans le droit européen contemporain », *RIDC*, 2001, 807 ; *id.*, « Why a Code Is Not the Best Way To Advance the Cause of European Legal Unity », 5 *Rev. eur. dr. privé* 519, 519-22 (1997) ; W. VAN GERVEN, « Codifying European Private Law? Yes, If . . . ! », 27 *Eur. L. Rev.* 156, 159-61 (2002) ; F. WERRO, « L'unification du droit privé en Europe : une question de légitimité culturelle », in J.-P. DUNAND et B. WINIGER (dir.), *Le code civil français dans le droit européen*, Bruxelles, 2005, 287, 295 ; et v. aussi S. NADAUD, *Codifier le droit civil européen*, Bruxelles, 2008.

⁹ V. sources citées *supra* note 8 ; v. également M. BUSSANI, « Contrepoints sur le droit commun des obligations », in M. DELMAS-MARTY, H. MUIR WATT et H. RUIZ FABRI (ed.), *Variations autour d'un droit commun*, Paris, 2002, 466, 476-477 ; M. BUSSANI, « "Integrative" Comparative Law Enterprises and the Inner Stratification of Legal Systems », 8 *Rev. eur. dr. privé* 85, 89 (2000).

¹⁰ V. aussi mon essai en l'honneur d'Ewoud Hondius « The Geopolitical Role of a European Contract Code », in K. BOELE-WOELKI et W. ROSHEIDE (ed.), *The Future of European Contract Law : Essays in Honour of Ewoud Hondius*, La Haye, 2007, 43.

II. LA RICHESSE DES NATIONS

Je commencerai par une série d'observations générales sur les actuels « rapports de force » entre les deux principales traditions juridiques occidentales.

D'un côté – celui du droit des affaires – la situation actuelle montre bien la puissance et l'efficacité des cabinets d'affaires anglo-américains lorsqu'il s'agit de soutenir le paradigme dominant de common law¹¹ et l'invraisemblance d'un scénario qui les verrait renoncer de bon gré à leur ascendant ou à l'opportunité d'élargir leur niveau d'influence.

De l'autre – et d'une manière plus générale – l'analyse comparative et historique des racines communes au common law et au droit romano-germanique, de même que l'insistance des juristes sur la convergence entre common et civil law, sont autant de perspectives qui, au cours de ces dernières décennies – en dépit des intentions de leurs auteurs – n'ont pas contribué à intégrer les catégories et la culture civilistes dans la grammaire de base du monde juridique anglophone. C'est le contraire qui s'est produit, et ce sous un double point de vue. Des facteurs politiques, mais surtout linguistiques et économiques, ont fait en sorte que la grammaire de base du common law a pénétré la « haute société » juridique continentale des universitaires et des praticiens. Avec le soutien apporté publiquement par de puissantes instances, telles que les institutions financières internationales, le gros du débat sur la convergence a créé un climat culturel qui a conduit au renforcement d'une perception déjà bien répandue du common law, selon laquelle ce dernier représenterait la tradition occidentale, la seule capable (ou la mieux armée pour cela) de transmettre et protéger les valeurs occidentales dans les arènes mondiales¹².

Mais il convient d'opposer ce tableau à une autre série de données.

¹¹ Par ex., U. MATTEI, « A Theory of Imperial Law : A Study on U.S. Hegemony and the Latin Resistance », 3 *Global Jurist*, iss. 2, art. 1, 12-16 et 19-23 (2003), <http://www.bepress.com/gj/frontiers/vol3/iss2/art1>.

¹² V. Duncan KENNEDY, « Three Globalizations of Law and Legal Thought : 1850-2000 », in D. M. TRUBEK et A. SANTOS (dir.), *The New Law and Economic Development : A Critical Appraisal*, Cambridge, 2006, 19, 49 ; U. MATTEI, « Why the Wind Changed : Intellectual Leadership in Western Law », 42 *AJCL* 195, 199 (1994) ; M. REIMANN, « Droit positif et culture juridique : L'américanisation du droit européen par réception », in *Archives de philosophie du droit*, 2001, 61 ; R. STÜRNER, « Die Rezeption U.S.-amerikanischen Rechts in der Bundesrepublik Deutschland », in H. EYRICH, W. ODERSKY et F. JÜRGEN SÄCKER (ed.), *Festschrift für Kurt Rebmann*, Munich, 1989, 838 ; W. WIEGAND, « The Reception of American Law in Europe », 39 *AJCL* 229, 232 (1991) ; v. également Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, *Les droits de tradition civiliste en question : à propos des rapports doing business de la banque mondiale* 8 (2006), http://www.henricapitant.org/IMG/pdf/Les_droits_de_tradition_civiliste_en_question.pdf.

En 2008, selon la Banque Mondiale, le PIB total de tous les pays de civil law (avec ou sans éléments de droit traditionnel) s'élevait à plus de 29 000 milliards de dollars, tandis que le PIB total des systèmes de common law (avec ou sans éléments de droit traditionnel) s'élevait à 19 300 milliards de dollars¹³ – classification des systèmes juridiques effectuée par l'Université d'Ottawa¹⁴.

En 2007 – dernières données disponibles –, les systèmes civilistes de l'UE (c'est-à-dire, tous les pays membres à l'exception du Royaume-Uni, l'Irlande, Chypre et Malte) occupaient une surface de 4 227.000 km² (soit 92,3% de l'ensemble de l'Union Européenne), pour une population de 457 millions d'habitants¹⁵ (87%). En 2008, les systèmes civilistes de l'UE ont réalisé un PIB de 14 000 milliards de dollars, soit 83% du PIB total européen¹⁶, ou environ un quart de la richesse produite dans le monde¹⁷.

Mais ce n'est pas tout. Dans le même registre, je souhaiterais rappeler quelques données concernant le Royaume-Uni. (1) Cet État dispose de la lingua franca mondiale et d'un vaste réseau de relations internationales bien conservées, héritées de l'Empire colonial ; (2) il est le siège de la « City », l'une des plateformes financières les plus importantes de la planète ; (3) il représente 1,8% de la production annuelle mondiale de pétrole¹⁸ ; et (4) ses universités sont classées parmi les meilleures du monde dans toutes les enquêtes statistiques. Ceci dit, en 2008, le PIB du Royaume-Uni était environ de 7% inférieur au PIB français, de 27,6% inférieur à celui de l'Allemagne et de 46,2% inférieur à celui du Japon¹⁹ – autant de pays qui ne peuvent se prévaloir des ressources susmentionnées mais dont dispose bel et bien le Royaume-Uni.

III. MIROIRS

Mon intention n'est pas de faire du PIB le point central de mon analyse, loin de là. Et je n'ai aucun préjugé culturel ou personnel contre les Anglais

¹³ V. World Bank, « Gross Domestic Product 2008 » (20 août 2009), <http://siteresources.worldbank.org/DATASTATISTICS/Resources/GDP.pdf>.

¹⁴ V. Université d'Ottawa, « Les systèmes de Common Law », <http://www.droitcivil.uottawa.ca/world-legal-systems/fra-common.php> (dernière visite 20 Août 2009).

¹⁵ V. Europe, « Quelle est la population de l'Union européenne? », http://europa.eu/abc/keyfigures/sizeandpopulation/howmany/index_fr.htm (dernière visite 20 août 2009).

¹⁶ V. World Bank, *supra* note 13.

¹⁷ Selon les statistiques de la Banque Mondiale, le produit national brut mondial s'élevait en 2008 à 60 115 459 milliards de dollars, dont 14 846 867 milliards provenait des pays civilistes de l'UE. V. *id.*

¹⁸ BP (British Petroleum, P.L.C.), « Statistical Review of World Energy » (août 2009), <http://www.bp.com/productlanding.do?categoryId=6929&contentId=7044622>.

¹⁹ V. Banque Mondiale, *supra* note 13.

et/ou la culture anglaise, loin de là. Au contraire, je suis fermement persuadé que leur histoire millénaire et leur apport au développement de notre civilisation sont des pièces irremplaçables de toute mosaïque occidentale. Mon propos est plutôt d'apporter des compléments d'information pour mieux comprendre pourquoi tous ces efforts d'intégration produits jusqu'à présent par les milieux universitaires européens poursuivent l'idée d'un compromis, tant dans l'approche théorique que dans les règles proposées, avec la tradition et de l'expérience anglaise du common law.

Cette attitude a été relativement peu débattue, suscitant quelques commentaires et remarques à mi-chemin entre l'amusement et la mélancolie.

Concernant les Principes du Droit européen des contrats, par exemple, on lira Ole Lando lui-même : « [I] nous a été dit de la part des juristes de Londres que les règles ressemblent au civil law, et même beaucoup trop au code civil français, tandis que les juristes de Paris pensent que nous avons trop puisé dans le common law anglais. »²⁰

Sur le projet de cadre commun de référence, on peut se rapporter à quelques positions anglaises influentes réunies par le European Union Committee of the House of Lords. Le rapport exprime les préoccupations de la Law Society quant à la possibilité que « le civil law prédomine, au détriment du common law : "Pour le Royaume-Uni, il est impératif de faire pression afin que les principes du common law soient dûment reconnus dans le CCR" »²¹. Par ailleurs, le rapport révèle « une inquiétude à l'égard du fait que les États membres de common law (Chypre, Irlande, Malte et Royaume-Uni) sont en minorité. La Law Society a mentionné la nécessité de prendre en compte dans le CCR "la terminologie et les concepts dérivés du common law, en particulier là où ces derniers ont été réellement utilisés dans un contexte de commerce international". Le Ministre a convenu qu'il s'agissait là d'un point pratique très sensible²². »

À propos du CCR toujours, passons maintenant du côté des civilistes. Selon Bénédicte Fauvarque-Cosson par exemple, les règles contenues dans le CCR sur l'interprétation des contrats représentent un compromis entre l'approche subjective civiliste et l'approche objective anglaise en matière d'interprétation contractuelle²³. Quant au rôle joué par le principe de bonne foi dans le projet de cadre commun de référence, d'après Martijn Hesselink :

²⁰ O. LANDO, « Contract Law in the EU : The Commission Action Plan and the Principles of European Contract Law » 5 (May 16, 2003), http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/stakeholders/5-31.pdf. [notre traduction]

²¹ House of Lords, European Union Comm., « European Contract Law—The Way Forward? : Report with Evidence » 18 (n°. 32) (5 avr. 2005) [notre traduction].

²² *Id.* p. 17 (n°. 28), 18 (n°. 33) (citations omises) [notre traduction].

²³ B. FAUVARQUE-COSSON, « Les travaux du groupe Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française/Société de législation comparée : Terminologie, principes directeurs et révision des Principes du droit européen du contrat », 9 *ERA-Forum*, 51, 59 (2008).

« Le CCR est destiné à devenir part d'une concession accordée aux systèmes de common law en Europe : d'un côté, la notion de bonne foi est comprise mais, de l'autre, son rôle est limitée. Toutefois, si un tel CCR est adopté, une clause générale sur la bonne foi devra être reconnue avec ces trois fonctions (concrétiser, compléter et corriger les règles abstraites dans des cas concrets), afin d'éviter les injustices »²⁴.

On pourrait avancer bien d'autres exemples²⁵, au point de se demander si la recherche d'approbation par les *common lawyers* (européens) n'est pas due à une attraction spéciale à laquelle succomberaient les juristes continentaux, ou bien à un complexe d'infériorité qui rongerait la culture juridique civiliste.

Quoi qu'il en soit, et en laissant de côté les aspects émotionnels, les questions cruciales demeurent. Pourquoi l'œuvre de codification européenne devrait-elle s'évertuer à rechercher un compromis entre les solutions continentales et de common law ? Pourquoi produire de tels efforts, sachant qu'en contrepartie, le Royaume-Uni – dont l'importance pourrait être jugée comme exagérée si l'on devait considérer uniquement ses performances économiques par rapport à celles du reste de l'UE²⁶ –, s'est toujours tenu à bonne distance des principales étapes de l'histoire des Institutions européennes (de l'adhésion à l'Euro, aux accords de Schengen en application du principe de libre circulation des personnes) ? Pourquoi la tradition continentale ne devrait-elle pas s'appuyer tout simplement et délibérément sur elle-même pour renforcer sa capacité de dialogue avec l'ensemble du monde non européen disposant d'un héritage civiliste, sur les continents américain, africain et asiatique ?²⁷

²⁴ M. W. HESSELINK, « The Common Frame of Reference », *supra* note 6, 45. Dans le projet de CCR, l'article III.-1:103(3) s'énonce comme suit : « Breach of the duty [to act in accordance with good faith and fair dealing in performing an obligation] does not give rise directly to the remedies for nonperformance of an obligation but may preclude the person in breach from exercising or relying on a right, remedy or defence which that person would otherwise have. » Il s'agit clairement d'une tentative de restreindre la possibilité pour les cours d'émettre de nouvelles obligations (comme elles l'ont fait par le passé dans le cas des devoirs suivants : duty to inform, duty to cooperate et duty of care), dont on ne peut pas dire, tout du moins non sans trop d'imagination (comme dans la notion de common law des « implied terms »), qu'elles sont basées sur le contrat. *Id.*, 44-45.

²⁵ V. par ex., G. GANDOLFI, « La vendita », *supra* note 2, 1231. As to the debate on the civil law or common law nature of the Vienna Convention on International Sale of Goods (CISG), v. E. HONDIUS, « CISG and a European Civil Code » 2-3 (janv. 2007), <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/hondius.html> ; B. C. SHEEHY, « Good Faith in the CISG : Interpretation Problems in Article 7 » (bepress Legal Series, Paper n° 339, 2004), disponible à l'adresse <http://law.bepress.com/expresso/eps/339>.

²⁶ V. *supra*, notes 18-19.

²⁷ Dans cette perspective précise, v. les activités réalisées par la Fondation pour le droit continental, à l'adresse : <http://www.fondation-droitcontinental.org>.

IV. RÊVE ET RÉALITÉ

Certes, une opposition de la part des milieux universitaires aurait de bonnes chances de rester sans effets, si le contexte politique devait forcer le processus de codification des deux côtés de la Manche. Mais cela n'est pour le moment qu'un scénario de politique-fiction et il vaut la peine plutôt de remarquer que la plupart des différences entre common law et civil law tiennent plus du domaine des taxinomies et de l'approche culturelle, qu'elles ne relèvent des règles opérationnelles.

Ces dernières sont cependant mieux connues des comparatistes et des praticiens du droit du commerce international que de toute autre figure juridique.

Une entreprise colossale, bien organisée et de grande envergure pour propager la connaissance comparative et pratique sur les similitudes et les différences entre civil et common law pourrait sans aucun doute toucher tous les juristes européens en l'espace de deux générations. Toutefois, un tel scénario pourrait devenir réalité, si et seulement si la conscience de toucher cette cible pouvait déclencher – sur le continent aussi bien que sur les îles de common law – une profonde révolution européenne des programmes d'enseignement des facultés de droit et conduire parallèlement à la formation d'une nouvelle génération de juristes dotés d'une culture véritablement comparatiste. Ainsi, vu que ce genre d'entreprise de grande échelle n'est pas encore présente à notre horizon et que les « codificateurs » voudront que leurs règles soient utilisées le plus vite possible par les juges, les professeurs universitaires, les juristes et les citoyens des différents États, le fait de considérer sérieusement différentes taxinomies et approches n'est ni plus ni moins qu'un exercice de réalisme.

V. JURISTES SOPHISTIQUÉS CONTRE JURISTES MOINS SOPHISTIQUÉS

Il est relativement facile en effet de dresser une liste des domaines dans lesquels les approches relevant du civil et du common law pourraient se heurter, ce qui donnerait lieu à des malentendus ou à un véritable manque de communication en dehors des circuits des comparatistes et professionnels internationaux.

Même en limitant cette liste aux principaux piliers du droit privé, les sujets vont du manque d'équivalents précis en common law pour des notions

comme *subjektives Recht*²⁸ et patrimoine²⁹, en passant par le principe de bonne foi³⁰ qui n'a de cesse de démanger les Anglais. Mais parmi les éléments principaux de cette liste, on trouve également les différences qui subsistent des deux côtés de la Manche³¹ à propos de la notion même de contrat, ainsi que les approches générales au régime juridique de l'enrichissement sans cause³² et de la gestion d'affaires d'autrui³³.

Si je ne craignais d'ennuyer mon lecteur, je pourrais poursuivre sur cette voie et rappeler les divergences concernant les approches à la responsabilité précontractuelle³⁴, à la responsabilité délictuelle³⁵, sans parler

²⁸ V. P. LEGRAND, « European Legal Systems Are Not Converging », 45 *Int'l & Comp. L.Q.* 52, 70 (1996) : « As Samuel observes, “in England the law is not seen as a body of well organised rights carefully classified so as to reflect an order that was once thought to be natural”. (G. SAMUEL, *The Foundation of Legal Reasoning*, Antwerp, 1994, 192). This is not to say that English courts do not make use of the language of “rights”. They do. However, their use of the term is popular. It does not reveal any rational adherence to a legal philosophy that would locate in the legal subject a legally authoritative form of sovereignty so that he would be invested with the power to frame a legal claim in the language of “individual prerogatives”. The implications are as follows : “the litigant in the English legal system ... can certainly assert that [he] ha[s] in such or such a situation an action against some public or private body – and [he] can probably assert that [he] ha[s] a “legitimate interest” or “expectation”. What [he] cannot claim is a right to the actual substance, or object, of the action itself – [he] cannot claim a right, as a citizen, to succeed”. (G. SAMUEL, « Le droit subjectif and English Law », (1987) 46 *Cambridge L. J.* 264, 286). Liability, therefore, depends on establishing a cause of action. The notion of “cause of action”, which was again canvassed in *Letang v. Cooper* ([1965] 1 *QB* 232, 242-243), is roughly captured by this idea : the assemblage of those facts that are necessary for supporting a claim in a court of law ». *Id.* 70.

²⁹ V. par ex. N. KASIRER, « English Private Law, Outside-In », 3 *Oxford Univ. Commonwealth L.J.* 249, 257 (2003) ; Duncan KENNEDY, « Thoughts on Coherence, Social Values and National Tradition in Private Law », in M. W. HESSELINK (ed.), *The Politics of a European Civil Code*, La Haye, 2006, 9, 24.

³⁰ Draft Common Frame of Reference (DCFR), *supra* note 6, 41 ; R. ZIMMERMANN et S. WHITTAKER (ed.), *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge, 2000 *passim* ; E. ALLAN FARNSWORTH, « L'américanisation du droit – Mythes ou réalité », *Archives de Philosophie du Droit*, 2001, 21, 23 ; O. LANDO, « Culture and Contract Laws », 3 *Eur. Rev. Cont. L.* 1, 11 (2007) ; M. E. STORME, « Good Faith and the Contents of Contracts in European Private Law », 7.1 *Electronic J. Comp. L.* (2003), <http://www.ejcl.org/71/art71-1.html> ; G. TEUBNER, « Legal Irritants : Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences », 61 *Mod. L. Rev.* 11, 18-21 (1998).

³¹ Par ex., H. BEALE, A. HARTKAMP, H. KÖTZ et D. TALLON, *Contract Law*, Oxford-Portland (Or.), 2002, 12.

³² D. JOHNSTON et R. ZIMMERMANN, « Unjustified Enrichment : Surveying the Landscape », in *Unjustified Enrichment : Key Issues in Comparative Perspective*, Cambridge, 2002, 3, 5-6 ; R. ZIMMERMANN, « Unjustified Enrichment : The Modern Civilian Approach », 15 *Oxford J. Legal Stud.* 403, 416 (1995).

³³ Study Group on a European Civil Code, *Principles of European Law. Benevolent Intervention In Another's Affairs*, Munich, 2006, 77.

³⁴ H. BEALE, A. HARTKAMP, H. KÖTZ et D. TALLON, *supra* note 31, 239 ; M. W. HESSELINK, « The Politics of a European Civil Code », 10 *Eur. L.J.* 675, 680 (2004) ; R. MONZER, « Les effets de la mondialisation sur la responsabilité précontractuelle : Régimes juridiques romano-germaniques et anglo-saxons », *RIDC*, 2007, 523-526.

de l'architecture diamétralement différente du droit des biens³⁶ (tout particulièrement au sujet du statut juridique des biens immobiliers³⁷).

Ces remarques qui transmettent une image peu sophistiquée de la réalité pourront sembler dépassées à la plupart des comparatistes. Néanmoins, cette image reflète des idées bien répandues, ainsi que des convictions profondément ancrées parmi les juristes nationaux des pays de civil law et de common law. Voilà pourquoi, si le code ne s'adresse pas uniquement aux professeurs érudits, une attention toute particulière devra être accordée au bagage juridique « populaire ». Un bagage – il vaut la peine de le souligner – constitué d'éléments plutôt différents de ceux qui forment les systèmes juridiques dits mixtes. Dans ces derniers, comme dans le système écossais, le réservoir local de culture juridique comprend des connaissances traditionnelles sur les principes, les taxinomies, les concepts, et les règles qui permettent à tout juriste de maîtriser, ou tout du moins de reconnaître, l'altérité³⁸. Comme chacun sait, on ne peut pas en dire autant en Europe du *common lawyer* « moyen » ni du civiliste « moyen ».

Bien entendu, mon but ici n'est pas d'exaspérer les problèmes d'ordre culturel et les malentendus entre common law et civil law – un travail que des confrères comme Pierre Legrand³⁹ ont déjà réalisé à leur manière. De même, je ne cherche pas non plus à gommer toutes les différences que les droits et les cultures élaborés localement ont grossies au fil du temps au sein de la tradition continentale elle-même. Mon point de vue est différent.

En l'absence, dans les cinquante à soixante années à venir, d'une véritable culture juridique commune, tout projet de codification désireux d'aboutir devrait commencer par aborder les sujets les moins problématiques pour affronter ensuite les volets les plus controversés, et avant cela, il conviendrait même de déplacer du côté Outre-Manche le point central du compromis (comme cela est nécessaire pour tout accord supranational), pour rechercher un équilibre à l'intérieur du continent en prenant comme point de départ les concepts, notions et règles civilistes.

Cette approche permettrait, ce me semble, non seulement de simplifier le processus technique de la préparation d'un code, en échappant ainsi à une

³⁵ J. GORDLEY, A. T. VON MEHREN, *An Introduction to the Comparative Study of Private Law*, Cambridge, 2006, 240 ; W. VAN GERVEN, J. LEVER, P. LAROUCHE, *Tort Law*, Oxford-Portland (Or.), 2000, 2 ; T. WEIR, *A Casebook on Tort*, London, 2004, 10^{ème} éd., 7.

³⁶ Par ex., J. M. MILO, « Property and Real Rights », in J. M. SMITS (ed.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Cheltenham-Northampton (Ma.), 2006, 587.

³⁷ U. MATTEI, *Basic Principles of Property Law : A Comparative Legal and Economic Introduction*, Westport (Conn.)-London, 2000, 81-86.

³⁸ V. V. PALMER, *Mixed Jurisdictions Worldwide : The Third Legal Family*, Cambridge, 2001, 201-39 ; V. V. PALMER, « Mixed Jurisdictions », in J. M. SMITS (ed.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, supra note 37, 467, 472-473.

³⁹ V. LEGRAND, supra note 28.

longue période de paralysie, mais également de renforcer son rôle géopolitique. Comme je l'indiquais précédemment, ce type de code faciliterait et renforcerait le dialogue avec toutes les autres régions du monde où le droit patrimonial continental continue de dominer sur la tradition juridique, les codes civils et les autres règles et formants de droit privé. Il ne fait aucun doute que la compétition ne viendra pas à manquer entre, disons, les cultures française, italienne, allemande et espagnole, leurs supporteurs et/ou les applications pratiques des règles de ce code. Mais en tant que plateforme normative commune, le code lui-même peut placer cette compétition dans une perspective complètement différente, où toute forme de rhétorique, d'entente et de critique serait nécessairement opposée à un bagage continental commun et non pas présentée uniquement sous l'égide d'une tradition juridique nationale.

VI. LEÇONS DES ÉTATS-UNIS

Accessoirement (étant donné la perspective adoptée par cet article), soulignons le fait que les comparatistes sont les seuls à pouvoir se rendre compte à quel point les civilistes travaillant à l'élaboration de leur avenir commun auraient bien plus à prendre et à apprendre du système juridique de common law des États-Unis que de son cousin anglais. Ceci est vrai non seulement à un niveau technique, quand il s'agit par exemple du rôle du principe de bonne foi⁴⁰, ou du régime juridique de responsabilité précontractuelle⁴¹, mais aussi du fait que la nature des relations entre professeurs et juges est en train de devenir de plus en plus analogue des deux côtés de l'Atlantique (et à une vitesse qui n'est pas comparable à celle du même phénomène au-delà de la Manche)⁴².

Mais ce n'est pas tout. L'histoire des États-Unis pourrait inspirer les continentaux sur l'alchimie complexe d'un système juridique produisant des

⁴⁰ M. HOCH, « Is Fair Dealing a Workable Concept for European Contract Law? », 5 *Global Jurist Topics* iss. 1, art. 2, 11 (2005), <http://www.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?articles=1140&context=gj> ; v. également E. ALLAN FARNSWORTH, « The American Provenance of the UNIDROIT Principles », 72 *Tul. L. Rev.* 1985, 1990 (1998).

⁴¹ V. J. GORDLEY, *An American Perspective on The Unidroit Principles*, Rome, 1996, pp. 8-11 ; J. CARTWRIGHT et M. HESSELINK (ed.), *Precontractual Liability in European Private Law*, Cambridge, 2009 ; O. TENE, « Good Faith in Precontractual Negotiations : A Franco-German-American Perspective » 6-7 (Nov. 8, 2006) (working paper), disponible sur <http://ssrn.com/abstract=943383>.

⁴² U. MATTEI, *Stare Decisis*, Milan, 1998, *passim* ; A. T. VON MEHREN, *The U.S. Legal System : between the Common Law and Civil Law Legal Traditions*, Rome, 2000, 6-7, <http://w3.uniroma.it/dc/centro/publications/40vonmehren.pdf> ; R. MICHAELS, « American Law (United States) », in J. M. SMITS (dir.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, *supra* note 37, 66 et 68-69 ; A. BRAUN, *Giudici e Accademia nell'esperienza inglese*, Bologna, 2006.

lois-modèles et des *Restatements*, associé à la réglementation contraignante du droit des États et du droit fédéral. Par ailleurs, les civilistes européens auraient beaucoup à apprendre de l'expérience américaine pour maîtriser non seulement la manière de contrebalancer au niveau central les différences de traitement que les juridictions individuelles et les autorités réparties sur plusieurs niveaux réservent aux textes communs, mais aussi pour répondre, à l'échelle européenne, aux exigences d'un processus infini de révision et de mise à jour pour tout texte commun, qu'il s'agisse ou non d'un code⁴³.

VII. LE DROIT DES AFFAIRES ET SON MARCHÉ

Ceci étant dit et pour revenir à notre débat sur la codification européenne, il est un autre domaine où le code continental pourrait certainement, et peut-être même devrait, entrer en jeu. Il s'agit de ce que l'on appelle les contrats d'affaires. Comme chacun sait, ces contrats – en particulier les contrats internationaux impliquant de grandes sociétés⁴⁴ – auto-établissent le choix du for et de la loi applicable, et dans la plupart des cas retirent les litiges possibles aux tribunaux de droit commun en ayant recours à des arbitrages privés.

Néanmoins, ces contrats se distinguent par un autre aspect qui a atteint des proportions gigantesques à travers la communauté mondiale du droit des affaires⁴⁵. Je fais référence à la longueur et au style américain des contrats, à l'anglais utilisé en tant que langue des contrats, au fait que les contrats sont rédigés par de gros cabinets juridiques américains et anglais, au choix du droit américain ou anglais comme droit du contrat, et au choix d'une instance américaine ou anglaise comme for (judiciaire ou arbitral) compétent pour statuer en cas de litiges en matière de contrats. Or, peut-être que les *common lawyers* ont un volume d'affaires plus important, notamment parce qu'ils sont plus à même de donner au client ce qu'il veut, et moins enclins que les civilistes à expliquer à leur clientèle ce que la loi

⁴³ V. M. REIMANN, « Towards a European Civil Code : Why Continental Jurists Should Consult Their Transatlantic Colleagues », 73 *Tul. L. Rev.* 1337, 1337-46 (1999).

⁴⁴ Sur le choix critique de la possibilité ou non d'inclure ces contrats dans le Code Européen, v. K. KERAMEUS, « Problems of Drafting a European Civil Code », 5 *Rev. eur. dr. privé* 475 (1997), et les sources citées *supra* note 8.

⁴⁵ En vue de la possible inclusion de cette communauté dans le paradigme des « sociétés artificielles », v. B. SCHÄFER et Z. BANKOWSKI, « Mistaken Identities : The Integrative Forces of Private Law », in M. VAN HOECKE et F. OST (ed.), *The Harmonisation of European Private Law*, Oxford-Portland (Or.), 2000, 21, 30, 33-45.

leur interdit⁴⁶. Il n'en reste pas moins que dans la pratique, le droit des contrats d'affaires est devenu le plus souvent le droit établi dans de longs contrats rédigés en langue anglaise et placés sous l'empire du droit américain ou anglais.

Par conséquent, le choix que devrait faire tout rédacteur d'un code européen – avant même de s'attaquer à la question délicate du contenu technique, culturel et politique du futur texte⁴⁷ – est de savoir s'il y a lieu d'aborder, ou de contrer, cet état de fait.

VIII. STRATÉGIES

Si le défi lancé à la prédominance du common law sur les contrats d'affaires devait être relevé, et, au même temps, balancé par une harmonisation des rapports contractuels domestiques, la voie à suivre pourrait être celle de détourner le cours ordinaire des initiatives actuelles et d'avancer l'idée d'un code des contrats à double niveau.

Le premier degré de ce code pourrait être formulé en des termes euro-européens, pour ainsi dire. Il pourrait consister en un ensemble de dispositions traitant des contrats entre professionnels et consommateurs (B2C) et des relations contractuelles entre consommateurs (C2C) – incluant ou excluant de sa portée les contrats de travail et les contrats de marchés publics selon les politiques sociales et économiques que l'on souhaite faire appliquer à travers le code. Ses rédacteurs pourraient partir du droit communautaire de la consommation et les ébauches préparées par les Commissions Lando/Study Group et Gandolfi, et par les groupes français (l'Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française et la Société de Législation Comparée⁴⁸), puis procéder à partir de ces règles

⁴⁶ H. KÖTZ, « The Trento Project and Its Contribution to the Europeanization of Private Law », in M. BUSSANI et U. MATTEI (ed.), *The Common Core of European Private Law*, La Haye, 2003, 209 ; M. SHAPIRO, « The Common Core – Some Outside Comments », *ibidem*, 221.

⁴⁷ V. par ex., la sévère critique du Groupe d'études sur la justice sociale en droit privé européen, Justice sociale en droit européen des contrats : A MANIFESTO, 10 *Eur. L. J.* 653, 664-74 (2004). V. également G. CANIVET, H. MUIR WATT, « Européanisation du droit privé et justice sociale », 3 *ZEUP* 517 (2005) ; Duncan KENNEDY, « The Political Stakes in "Merely Technical" Issues of Contract Law », 9 *Rev. eur. dr. privé* 7 (2001) ; U. MATTEI, F. NICOLA, « A "Social Dimension" in European Private Law? The Call for Setting a Progressive Agenda », 41 *New Eng. L. Rev.* 1, 1-31 (2006) ; T. WILHELMSSON, « Varieties of Welfarism in European Contract Law », 10 *Eur. L.J.* 712 (2004) ; H. COLLINS, « Transaction Costs and Subsidiarity in European Contract Law » (Nov. 30, 2001) (document présenté à la Society of European Contract Law Conference « Communication from the Commission on European Contract Law », Belgium Leuven, disponible sur www.secola.org) ; M. W. HESSELINK, « The Common Frame of Reference and Social Justice », *supra* note 6, *passim*.

⁴⁸ V. *supra* notes 2 et 6.

au travail d'élaboration. Le texte devrait être élaboré et rédigé dans l'optique non seulement de coordonner le droit communautaire en vigueur⁴⁹, mais aussi de rassembler les notions, les techniques et les recours les plus communs possible aux cultures juridiques civilistes⁵⁰.

La deuxième série de dispositions devrait viser, au contraire, à l'élaboration d'un code des contrats d'affaires (B2B). Celui-ci devrait à la fois reformuler, lorsque cela est utile, le droit communautaire des affaires et européeniser, lorsque cela est nécessaire, les règles actuellement adoptées dans les transactions commerciales internationales qui représentent déjà les coutumes commerciales internationalement reconnues⁵¹. Pour cela, le processus de codification devrait prendre en considération l'adaptation de ce qu'il vaut la peine de conserver, selon la perspective civiliste, des principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international, ainsi que de l'Uniform Commercial Code américain, et d'autres outils internationaux tels

⁴⁹ Tel est le but premier du groupe dit « Acquis Communautaire » dirigé par les professeurs Schulte-Nölke et Ajani. V. sources citées *supra* note 2. Sur le traitement à offrir aux contrats entre petites entreprises et aux contrats entre ces dernières et les consommateurs, M. W. HESSELINK, *Towards a Sharp Distinction between B2B and B2C? On Consumer, Commercial and General Contract Law after the Consumer Rights Directive*, <http://ssrn.com/abstract=1416126>.

⁵⁰ Ce niveau devrait être conscient de sa vocation non-commerciale, et devrait représenter une sorte d'alternative, la voie européenne : pour une clarté technique économiquement avantageuse (v. Groupe d'études sur la justice sociale en droit privé européen, *supra* note 51, 664, selon lequel les règles du droit européen des contrats qui régit le marché européen devrait « embrace and protect a distributive pattern of outcomes that ensures fair treatment for every European citizen, and guarantees that the rules of the market system do not permit exploitation and social exclusion ») ; pour la répression de toute forme de discrimination, v. D. SCHIEK, L. WADDINGTON et M. BELL (ed.), *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, Oxford-Portland (Or.), 2007 ; S. BESSON, « Fundamental Rights and European Private Law », in M. BUSSANI, F. WERRO (ed.), *European Private Law : A Handbook*, vol. I, Athènes-Berne-Bruxelles-Durham (N.C.), 2009, 7 ; v. également J. NIESSEN, I. CHOPIN (ed.), *The Development of Legal Instruments to Combat Racism in a Diverse Europe*, Leiden, 2004 ; B. HEPPLER, « Race and Law in Fortress Europe », *67 Mod. L. Rev.* 1, 8-9 (2004) ; J. NEUNER, « Protection Against Discrimination in European Contract Law », *2 Eur. Rev. Contract L.* 35 (2006) ; E. PICKER, « Antidiskriminierungsprogramme im freiheitlichen Privatrecht », in E. LORENZ (ed.), *Karlsruher Forum 2004. Haftung wegen Diskriminierung nach derzeitigem und zukünftigem Recht*, Karlsruhe, 2005, 7 ; P. MOTA PINTO, « Autonomia privada e discriminação – algumas notas », in *Estudos Em homenagem ao conselheiro José Manuel Cardoso Da Costa*, Coimbra, 2005, II, 328 ; et pour la mise en place d'une économie « sociale de marché », comme indiqué dans les Traités constitutifs de l'UE et le Traité de Lisbonne. Sur l'histoire du modèle d'« économie sociale de marché », v. C. JOERGES et F. RÖDL, « " Social Market Economy " as Europe's Social Model? » (European Univ. Inst., Working Paper Law n° 2004/8), disponible sur <http://ssrn.com/abstract=635362>.

⁵¹ V. la proposition d'O. LANDO, « The European Principles in an Integrated World », *1 Eur. Rev. Contract L.* 3 (2005), pour unifier les Principes du droit européen des contrats, la Convention sur la vente internationale de marchandises, et les principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international, en vue de rédiger (en laissant de côté le droit de la consommation) un code mondial des contrats internationaux.

que la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises⁵² (à propos, il peut être intéressant de rappeler que cette convention a été ratifiée par les États-Unis et non par le Royaume-Uni).

Ce niveau pourrait asseoir plus solidement l'autorité du code par sa clarté et l'intégration méthodique de toutes ces règles. De plus, il pourrait permettre aux praticiens continentaux du droit des contrats d'entrer sérieusement en lice pour le leadership du droit applicable dans l'arène du commerce transnational⁵³. Dans le cadre d'une telle compétition – avec un code répondant aux caractéristiques mentionnées plus haut – les praticiens européens se verraient dotés d'un réservoir de règles faciles à comprendre et à manier par un grand nombre d'acteurs, partenaires et contreparties juridiques dans tout le monde civiliste.

C'est dans cette perspective – cela devrait aller de soi, mais ce n'est actuellement pas le cas – qu'il faudrait répondre à la nécessité d'une vision stratégique finalisée à établir un compétiteur mondial. Autrement, le risque est que tout effort de codification européenne dans ce domaine du droit ne devienne qu'un pur exercice rhétorique, ou pire, un jeu de pouvoir dans les milieux académiques.

IX. PASSÉ ET PRÉSENT DANS LE FUTUR

Toutes les options citées précédemment se fondent sur la nécessité avérée de disposer d'un code, une nécessité qui, comme chacun sait, est loin de faire l'objet d'un consensus général⁵⁴. Aucune des options mentionnées ne règle les problèmes liés à la mise en œuvre et à l'application actuelles

⁵² Une autre proposition vise à établir un code des contrats d'affaires limité dans sa portée aux transactions internationales. V. la contribution d'U. DROBNIG, « A Subsidiary Plea : A European Contract Law for Intra-European Border-Crossing Contracts », in S. GRUNDMANN, J. STUYCK (ed.), *An Academic Green Paper on European Contract Law*, supra note 1, p. 343.

⁵³ V. G. WAGNER, « The Economics of Harmonization : The Case of Contract Law », 39 *Common Market L. Rev.* 995, 1018-23 (2002) ; v. également E. F. SCOLES et al., *Conflict of Laws*, St. Paul (Minn.), 2000, 3^{ème} éd., 68 ; A. PLAIA (ed.), *La competizione tra ordinamenti giuridici*, Milan, 2007 ; A. ZOPPINI (dir.), *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Rome, 2004 ; H. COLLINS, « Formalism and Efficiency : Designing European Commercial Contract Law », 8 *Rev. eur. dr. privé* 211, 213 (2000) ; U. MATTEI, J. S. LENA, « United States Jurisdiction over Conflicts Arising Outside of the U.S. : Some Hegemonic Implications », 1 *Global Jurist Topics* iss. 2, art. 5, 11 (2001), <http://www.bepress.com/gj/topics/vol1/iss2/art5> ; A. OGUS, « Competition Between National Legal Systems : A Contribution of Economic Analysis to Comparative Law », 48 *Int'l & Comp. L.Q.* 405, 405-18 (1999) ; H. MUIR WATT, « European Integration, Legal Diversity and the Conflict of Laws », 9 *Edinburgh L. Rev.* 6, 6-15 (2005).

⁵⁴ V. supra notes 8-9 et le texte d'accompagnement.

d'un tel code⁵⁵, ni la question afférente de l'établissement d'une cour suprême (unitaire ou composée de deux sections consacrées aux matières civile et commerciale) promouvant l'uniformité des résultats⁵⁶. Aucune des

⁵⁵ V. M. BUSSANI, « The Driving Forces Behind a European Civil Code », *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci. Supplement. Broj 3*, 133 (2003) ; *id.*, « En busca de un Derecho Privado Europeo », 3 *Anuario de derecho civil* 941 (2002).

⁵⁶ V. par ex., W. VAN GERVEN, « A Common Framework of Reference and Teaching », in M. BUSSANI (ed.), *European Tort Law : Eastern and Western Perspectives*, Munich, 2007, 345-348 ; S. GRUNDMANN, « European Contract Law(s) of What Colour? », 1 *Eur. Rev. Contract L.* 184, 205 (2005) ; K. D. KERAMEUS, « Procedural Implications of Civil Law Unification », in A. HARTKAMP, M. HESSELINK, E. HONDIUS, C. JOUSTRA, E. DU PERRON et M. VELDMAN (dir.), *Towards a European Civil Code*, La Haye, 2004, 3^{ème} éd., 145-146 ; F. WERRO, « L'unification du droit privé en Europe », *supra* note 8, 294-298.

Deux aspects ne sont pas abordés ici :

(1) la question de savoir si le débat sur la codification devrait se défaire de l'opposition entre législation contraignante et non contraignante (« hard and soft law »). Je me permets seulement de souligner le caractère abstrait de nombreuses facettes de ce problème, habituellement abordé comme si des règles contraignantes pouvaient exister sans une cour suprême promouvant l'uniformité des résultats, sans avocats ni juges reliant ces règles à la fois au reste du système juridique et au réservoir d'attitudes techniques et politiques des juristes. Et comme si les règles « soft », même là où elles tendent à favoriser les acteurs commerciaux, pouvaient donner à ces derniers quelque avantage véritable dans une compétition mondiale marquée par le besoin criant de la part des principaux acteurs de clarté et de prévisibilité juridique. Sur le débat concernant la partie européenne du monde occidental, v. par ex., G. FALKNER, O. TREIB, M. HARTLAPP, S. LEIBER, *Complying with Europe : EU Harmonisation and Soft Law in the Member States*, Cambridge, 2005 ; L. SENDEN, *Soft Law in European Community Law*, Oxford, 2004 ; M. W. HESSELINK, « Non-Mandatory Rules in European Contract Law », 1 *Eur. Rev. Contract L.* 44 (2005) ; *Ead.*, « Soft Law, Self-Regulation and Co-Regulation in European Law : Where Do They Meet? », 9.1 *Electronic J. Comp. L.* 1, 2-4 (2005), <http://www.ejcl.org/91/art91-3.html> ; U. MATTEI, « Hard Code Now! », 2 *Global Jurist Frontiers* iss. 1, art. 1, 2-3 (2002), <http://www.bepress.com/gj/frontiers/vol2/iss1/art1> ; F. SNYDER, « Soft Law and Institutional Practice in the European Community », in S. MARTIN (ed.), *The Construction of Europe : Essays in Honour of Emile Noël*, Dordrecht, 1994, 197 ; D. THÜRER, « The Role of Soft Law in the Actual Process of European Integration », in P. PESCATORE et O. JACOT-GUILLARMOD (dir.), *L'avenir du libre-échange en Europe : vers un espace économique européen?*, Zurich, 1990, 131-132 ; D. M. TRUBEK, L. G. TRUBEK, « Hard and Soft Law in the Construction of Social Europe : The Role of the Open Method of Co-ordination », 11 *Eur. L.J.* 343, 343-44 (2005) ; K. C. WELLENS, G. M. BORCHARDT, « Soft Law in European Community Law », 14 *Eur. L. Rev.* 267 (1989) ; D. M. TRUBEK, P. COTTRELL, M. NANCE, « « Soft Law », « Hard Law », and European Integration : Toward a Theory of Hybridity » 1-6 (Univ. of Wis. Legal Studies Research Paper Series, Paper n° 1002, nov. 2005) ; C. F. SABEL, J. ZEITLIN, « Learning from Difference : The New Architecture of Experimentalist Governance in the European Union 49-50 » (18 La Follette School Working Paper, n° 18, 13 juin 2006), disponible à l'adresse suivante <http://www.lafollette.wisc.edu/publications/workingpapers/zeitlin2006-018.pdf>.

(2) la question de savoir si oui ou non les rédacteurs du « code » possèdent la légitimité nécessaire pour mener à bien le processus de codification lui-même. V. S. VOGENAUER et S. WEATHERILL, « The European Community's Competence To Pursue the Harmonisation of Contract Law – An Empirical Contribution to the Debate », in *The Harmonisation Of European Contract Law : Implications for European Private Laws, Business and Legal Practice*, Oxford-Portland (Or.), 2006, 105 ; M. KENNY, « Constructing a European Civil Code : Quis custodiet ipsos custodes? », 12 *Colum. J. Eur. L.* 775 (2006) ; C. JOERGES, « On the Legitimacy of Europeanising Private Law », 7.3 *Electronic J. Comp. L.* (2003), <http://www.ejcl.org/73/art73->

options mentionnées n'aborde la dimension linguistique de ce futur code, pour lequel la rédaction en anglais, « lingua franca », pourrait poser des problèmes d'adéquation technique⁵⁷. Aucune de ces options – je tiens à le souligner à nouveau – ne peut par elle-même éliminer les différences entre les règles, les traditions et les langages techniques du droit privé continental.

Mais toutes ces options rompent avec la rhétorique d'une convergence entre common law et civil law, en prenant ce rapprochement pour ce qu'il est, c'est-à-dire à la fois un débat universitaire fascinant et une compétition factuelle acharnée dans l'élaboration quotidienne de la loi à l'intérieur et en dehors des frontières nationales, des cultures et des opportunités commerciales⁵⁸.

Enfin, toutes ces options devraient prendre en considération, et éventuellement inclure dans le processus de codification lui-même, les contributions des professeurs universitaires et des praticiens, non seulement de l'Europe occidentale et orientale, mais aussi d'Asie, d'Amérique du Sud, d'Afrique, de Louisiane et du Québec. Un tel mouvement permettrait à la tradition civiliste de saisir l'occasion offerte par le processus de codification en cours de se rétablir dans le rôle et dans la perspective qui lui ont longtemps appartenu et qui pourraient représenter son futur.

Personne ne niera que les continentaux disposent d'un long passé traversé de divisions nationales, localismes et malentendus, ni – à l'opposé – que l'histoire juridique civiliste apparaît comme riche de convergences, points communs, ainsi que de notions, concepts et approches partagés. Dans cette perspective, on peut comprendre qu'au moment actuel nous, les professeurs continentaux, sommes appelés à remplir une obligation culturelle : le devoir de construire un futur commun en tant qu'unique instrument et promesse de refondre notre passé dans le présent, et de leur donner un sens pour nous et pour les générations à venir.

3.html ; W. VAN GERVEN, « A Common Law for Europe : The Future Meeting the Past? », 9 *Rev. eur. dr. privé* 485, 495 (2001). Sur ce point cependant, il est presque inutile de rappeler l'argument historiquement confirmé de Portalis : « [l]es Codes des peuples se font avec le temps, à proprement parler on ne les fait pas » : « Discours préliminaire etc. », in 1 *Recueil complet des discours prononcés lors de la présentation du code civil*, Paris, 1838, 1, 6. Ce qu'il importe de souligner ici, dans le sillage d'un vaste débat transnational, c'est que la question du « déficit démocratique » attire beaucoup l'attention quant il s'agit de l'élaboration du droit privé européen, et beaucoup moins à l'échelon national, où des juristes non désignés par des voies officielles formulent des propositions pour les législateurs, s'opposent à des lois édictées, consultent des autorités indépendantes ou inspirent les juges dans les subtilités interprétatives des dispositions réglementaires.

⁵⁷ V. R. SACCO, L. CASTELLANI (ed.), *Les multiples langues du droit européen uniforme*, Paris, 1999 ; N. KASIRER, « Bijuralism in Law's Empire and in Law's Cosmos », 52 *J. Legal Educ.* 29, 29-41 (2002).

⁵⁸ B. S. MARKESINIS (ed.), *The Clifford Chance Millennium Lectures : The Coming Together of the Common Law and the Civil Law*, Oxford-Portland (Or.), 2000 ; *The Gradual Convergence : Foreign Ideas, Foreign Influences, and English Law on the Eve of the 21st Century*, Oxford, 1994.

