

## LE CADRE COMMUN DE REFERENCE

### LA CONVERGENCE DES DROITS

#### 3<sup>e</sup> forum franco-allemand

*Guillaume Wicker*

*Professeur à l'Université Montesquieu - Bordeaux IV*

1 – Je commencerais par cette interrogation : est-il adéquat d'envisager le problème de la convergence des droits, et spécialement de la convergence du droit allemand et du droit français, dans la perspective du Cadre commun de référence ? Que représente en effet le projet d'un Cadre commun de référence ? Et quels enseignements est-il possible de tirer de ce projet du point de vue de la convergence des droits allemand et français ?

2 – L'idée d'un cadre commun de référence procède du constat, par les institutions européennes, que l'accumulation des directives, spécialement en matière de droit de la consommation, conduit à l'émergence progressive d'un droit contractuel communautaire ; mais d'un droit contractuel pointilliste auquel il manque une cohérence d'ensemble. Aussi bien, en 2003, dans une communication au Parlement européen et au Conseil, la Commission a lancé un plan d'action visant à « *un droit européen plus cohérent* ». Un réseau international, rassemblant différents groupes de recherche, a alors été constitué, avec pour mission d'élaborer un Cadre commun de référence « *établissant des principes et une terminologie communs dans le domaine du droit européen du contrat* ». On observera d'ailleurs que la mission confiée à ce réseau est toujours demeurée des plus ambiguës en raison de l'ambiguïté même de la Commission dont l'objectif, plus ou moins avoué, plus ou moins assumé, était, au moins un temps, de parvenir à un droit commun du contrat à l'échelle communautaire.

Quoiqu'il en soit, des travaux importants ont été réalisés, et sont aujourd'hui publiés, par les différents groupes de recherche. Du point de vue de la convergence des droits, trois catégories peuvent être distinguées.

3 – Conformément à la seule mission clairement définie par la Commission, la première catégorie a trait à la recherche d'une terminologie contractuelle commune. Sur ce point, les résultats dégagés sont d'un grand intérêt en ce qu'ils mettent en évidence que, malgré des solutions pratiques souvent proches, les outils conceptuels connaissent d'importantes différences selon les divers ordres nationaux comme dans les multiples instruments internationaux d'uniformisation. Or ce constat est essentiel, car la convergence des droits ne peut déboucher sur un droit commun qu'autant qu'il existe un langage juridique commun. Ainsi, s'agissant des droits allemand et français, la notion de contrat ou de rapport contractuel ne présente pas les mêmes contours : là où le droit allemand retient que, dès avant la formation du contrat, un rapport contractuel peut naître des pourparlers (BGB, § 311, al. 2), le droit français ne connaît, jusqu'à la formation du contrat, que la responsabilité extracontractuelle.

4 – Les deux autres catégories de travaux traduisent l'ambiguïté de la mission consistant à établir « *des principes communs (...) dans le domaine du droit européen du contrat* ».

Ainsi certains travaux tendent à dégager des principes généraux, ou principes directeurs, du droit européen du contrat. Avec un nombre variable de dispositions, ces travaux ont en

commun d'énoncer des règles générales traduisant les finalités et impératifs essentiels de la matière contractuelle. Si l'on considère par exemple les principes de liberté, de sécurité et de loyauté contractuelles dans leurs principales déclinaisons, il ne fait guère de doute qu'il existe un fond culturel juridique européen pour tout ce qui concerne les objectifs du contrat et l'exigence comportementale minimale des contractants. Néanmoins, malgré leur valeur de référence commune, ces principes directeurs sont d'une faible portée normative dans la perspective d'une convergence des droits.

5 – Restent enfin la dernière catégorie de travaux où la recherche de principes contractuels communs est entendue comme l'élaboration d'un ensemble à peu près complet de dispositions à visée normative. Autrement dit, ils correspondent à l'aspiration d'un Code européen du contrat. Et il convient de souligner qu'ils puisent tous, plus ou moins directement, leur inspiration dans les Principes du droit européen du contrat élaborés à l'initiative du professeur Ole Lando. Comme ces Principes, ils procèdent d'un compromis entre les techniques et les solutions contractuelles de la *Common Law* et des divers droits continentaux. Ce faisant, et selon l'opinion de chacun, ils réalisent une sorte d'esperanto juridique, ou, plus négativement, un simple patchwork juridique.

De façon certaine, ces ensembles normatifs ont, ou ont eu, une valeur d'inspiration, et notamment pour les droits allemand et français. L'on sait que les Principes du droit européen du contrat, comme aussi les règles d'Unidroit relatives aux contrats du commerce international, n'ont pas été sans influence sur la réforme du BGB en 2001. Quant à la réforme en cours du droit français des contrats, qu'il s'agisse de l'avant-projet Catala, du projet élaboré par la Chancellerie, ou en dernier lieu des propositions du groupe dirigé par le professeur François Terré, tous ces textes sont, à des degrés variables, marqués par l'influence des codifications doctrinales à visée européenne. A titre d'exemples, si la réforme devait aboutir, le Code civil connaîtrait, comme déjà le BGB, l'annulation et la résolution par voie de notification, ou encore l'adaptation du contrat en cas de changement imprévu de circonstances.

En dépit de l'intérêt et même de l'utilité de ces travaux, l'hypothèse d'un droit européen du contrat semble aujourd'hui des plus douteuses. Outre la base institutionnelle pour le moins incertaine, il est un obstacle, apparu avec force lors du colloque sur le droit européen du contrat organisé dans le cadre de la présidence française de l'Union européenne en octobre dernier : en l'état, les professionnels ne veulent pas d'un droit européen du contrat, et leur opposition est relayée par de nombreux gouvernements.

6 – Comment dès lors envisager la convergence des droits, et tout particulièrement celle des droits allemand et français, à partir de l'expérience du Cadre commun de référence ?

Un point paraît pouvoir être tenu pour acquis. Il serait de peu d'utilité d'élaborer un nouveau projet commun en matière contractuelle sur la base d'un compromis. Car on ne voit guère en quoi un compromis bilatéral franco-allemand serait de plus d'intérêt qu'un compromis multilatéral à l'échelle européenne.

En réalité, si l'on entend aboutir à une unification minimale des droits, c'est l'ensemble de la méthode qui mériterait d'être révisée. Et, dans cette perspective, il conviendrait de s'interroger sur les raisons des réticences manifestées par les professionnels. Or, schématiquement, ces réticences sont de trois ordres.

7 – Tout d'abord, les professionnels s'inquiètent d'une influence trop marquée du droit de la consommation. De fait, si l'on considère les droits allemand et français, une certaine contamination de l'ensemble du droit commun du contrat par les préoccupations consuméristes n'est pas douteuse. Et la même observation a parfois été faite concernant les

divers projets européens. Par conséquent, pour réaliser une convergence des droits acceptable par tous, il est nécessaire que la règle contractuelle tienne compte de la qualité des contractants. Il y a donc ici à réaliser un travail de catégorisation, conforme aux méthodes allemande et française, étant observé que la distinction du professionnel et du consommateur est à elle seule insuffisante. En effet, aucune de ces catégories n'est véritablement homogène, et ne suffit à identifier la partie faible dans un contrat. La catégorie du professionnel comme celle de consommateur recouvrent des réalités très diverses. A quoi s'ajoute qu'il manque peut-être une véritable théorie de la négociation contractuelle, même si le droit allemand, qui connaît une réglementation des conditions générales contractuelles (BGB, § 305 et s.), est sans doute plus avancé dans cette voie que le droit français. Il n'en demeure pas moins que les deux droits, conformément à leur tradition civiliste commune, s'en tiennent trop souvent à des règles très largement abstraites et généralisantes à l'excès.

8 – C'est sans doute cet excès d'abstraction et de généralisation qui est à l'origine du développement contemporain des notions floues, lesquelles représentent pour les professionnels un second facteur d'inquiétude. Les droits allemand et français, comme aussi les divers projets d'un droit européen du contrat, accordent ainsi une large place à ces notions, et tout particulièrement à celle de bonne foi. Or, du point de vue de la compétition des droits, l'indétermination de la notion constitue un vrai handicap pour le droit continental par rapport à la *Common Law*.

Pour autant, cela ne signifie pas qu'il faille en abandonner l'exigence. Aussi bien l'hostilité des professionnels des affaires la concernant exprime bien moins une quelconque revendication d'amoralisme qu'un souci de prévisibilité. Dans cette perspective, le défi que doivent relever les droits de tradition civiliste est de conceptualiser la notion de bonne foi de façon à lui donner un contenu technique qui la rende prévisible. Mais, pour cela, il faut dépasser l'idée selon laquelle elle serait la notion première.

Loin de constituer une notion antérieure au principe de la force obligatoire, c'est-à-dire à l'exigence du respect de la parole donnée, la bonne foi peut être conçue comme lui étant subordonnée. Car, fondamentalement, l'exigence de bonne foi correspond à une exigence de rationalité des comportements contractuels comme au respect des attentes légitimes du contractant. Il est donc envisageable de la conceptualiser en considération, notamment, du but et de la nature du contrat, d'une part, et de la situation des parties, d'autre part. Or, sauf à s'en tenir à une démission technique peu conforme à la tradition civiliste, les droits allemand et français disposent, avec les notions d'obligation ou de devoir implicites, des instruments techniques permettant de rendre prévisible l'exigence de bonne foi contractuelle. Simplement, il faut bien voir que ce travail de conceptualisation suppose de repenser la logique de la démarche contractuelle.

9 – Le souci de maîtriser la démarche contractuelle est d'ailleurs à l'origine de la plus forte des réticences manifestées par les professionnels à l'encontre d'un droit européen des contrats. Quelle que soit la qualité, réelle ou affirmée, du droit nouveau qui leur est proposé, ils se refusent à abandonner les schémas contractuels, certes variables d'un ordre juridique à l'autre, mais qu'avec l'expérience ils ont appris à maîtriser. Il ne suffit donc pas de leur faire valoir ce qu'ils gagneraient d'un droit nouveau, encore faut-il qu'ils puissent identifier ce qu'ils abandonneraient. Si l'on entend achever la convergence des droits, c'est alors une démarche en deux temps qui peut être déduite de ces craintes.

10 – Tout d'abord, dès lors que les travaux déjà réalisés ont mis en évidence de fortes convergences entre les droits, laissant ainsi envisager la possibilité d'un droit commun, il convient maintenant d'établir, en toute honnêteté, un bilan des divergences. Et, ici, il faut

partir du constat que les divergences ne résident pas fondamentalement dans la teneur des solutions. Pour l'essentiel, par des voies différentes, notamment grâce aux ressources de la liberté contractuelle, les mêmes résultats peuvent être atteints d'un ordre juridique à l'autre. Et il n'y a là rien d'étonnant au regard de la communauté culturelle existant en Europe. En réalité, les divergences ne sont guère substantielles, mais tiennent à la modélisation du contrat ; autrement dit, à la définition des outils juridiques et à la mise en forme technique de l'ensemble du processus contractuel.

11 – Or il ne faut pas tenir pour rien ces divergences techniques. Et il convient de se rappeler de Ripert, lequel affirmait que la technique traduit le génie juridique d'un peuple. Sauf à procéder à de douloureux abandons, il se saurait donc être question que, entre la technique allemande et la technique française, l'une s'impose à l'autre. Cela implique en conséquence que ces divergences ne puissent être résolues que par un commun dépassement de leur technique respective, ce qui suppose d'admettre l'insuffisance de chacune. De fait, la mise en forme technique du droit allemand comme du droit français demeure fondée sur une logique purement linéaire héritée des 18<sup>e</sup> et 19<sup>e</sup> siècles : conçue comme un absolu, la force obligatoire du contrat mène, sans retour possible, de l'expression de la volonté jusqu'à l'exécution de la prestation. Or l'évolution du droit du contrat, tout au long du 20<sup>e</sup> siècle, a fait apparaître le caractère réducteur de cette approche. La force obligatoire du contrat ne peut être que relative, en ce sens qu'elle reste toujours sous la dépendance des motifs des contractants, de l'évolution de leur situation comme du contexte contractuel, ou encore de la détermination de la charge des risques. C'est dire que le contrat ne répond plus à une logique linéaire, mais à une logique de l'interdépendance.

12 – A partir de ce dernier constat, on terminera par deux observations.

D'une part, les outils techniques de la tradition civiliste correspondant à une démarche conceptuelle doivent permettre de rendre compte de cette logique d'interdépendance.

D'autre part, au-delà de la convergence des droits, ceux qui réussiront cette mise en forme technique disposeront d'un atout essentiel pour la mise en forme informatique du droit, dans la mesure où la logique informatique est elle-même une logique d'interdépendance. Or l'enjeu informatique pourrait bien être le plus stratégique du point de la compétition des droits entre le droit continental et la *Common Law*.

