



**Réponse de la Fondation pour le Droit continental**  
**à la consultation lancée par la commission sur le droit européen des contrats**

## OBSERVATIONS LIMINAIRES

*La Fondation pour le droit continental a souhaité que sa « réponse » exprimât la diversité du droit continental, et donc sa richesse, en Europe et hors d'Europe.*

*Sa réponse comprend deux parties :*

*Première partie : réponse française*

*Deuxième partie : réponses colombienne, italienne, louisianaise et québécoise.*

*La première partie traduit la difficulté d'élaborer un droit européen qui, conformément à la tradition continentale, soit un droit écrit, légiféré, voire codifié, mais aussi un droit « bien écrit », c'est-à-dire clair et accessible, et aussi respectueux, dans toute la mesure compatible avec une entreprise d'harmonisation, des traditions nationales. La difficulté - pourquoi le nier - est immense. Seule une volonté politique forte - celle qui a toujours animé les grands législateurs, et plus encore les codificateurs - peut permettre de la surmonter. Sans la volonté d'une Europe unie, non pas seulement sur la défense de l'euro, mais aussi sur celle de la justice sociale, l'entreprise d'harmonisation du droit européen risque un enlisement durable.*

*La deuxième partie reflète que l'entreprise d'harmonisation du droit européen est différemment perçue, non pas seulement au sein de l'Europe, mais aussi au-delà. On relèvera avec intérêt les opinions divergentes qui nous viennent du Québec et de la Louisiane sur ce qui serait le meilleur instrument pour élaborer un droit européen des contrats. L'accord est en revanche complet entre ces deux « pays » civilistes entourés d'un univers de common law pour réfuter toute analogie avec l'expérience du code de commerce uniforme des Etats-Unis. Cette réfutation mérite bien qu'on la médite...*

Michel GRIMALDI

Professeur

Président du conseil scientifique de la Fondation pour le droit continental

Anna de VITA

Professeur

Membre du conseil scientifique de la Fondation pour le droit continental

## **PREMIERE PARTIE : REPONSE FRANCAISE**

*Le texte qui suit a été conçu, sous la direction de Denis Mazeaud, professeur, par Pascal Durand-Barthez, juriste d'entreprise et avocat, Yves-Marie Laithier, professeur, François-Xavier Matteoli, avocat, et Louis Taudin, notaire. Sa rédaction définitive a été arrêtée après qu'eurent été recueillies les observations des membres du conseil scientifique de la Fondation.*

1. Une réponse de la Fondation pour le Droit continental<sup>1</sup> à la consultation lancée par la commission sur le droit européen des contrats suppose nécessairement que soient précisées les spécificités du Droit en question, étant entendu que ses traits caractéristiques et ses éléments constitutifs ne peuvent pas être indifférents, dans la perspective d'une éventuelle harmonisation du droit des contrats des pays de l'Union européenne.

2. En sa forme, on rappellera, tout d'abord, que le droit continental est un droit écrit, le plus souvent un droit codifié, dont les sources sont pour l'essentiel des lois au sens matériel du terme, ce qui lui assure une prévisibilité très supérieure à celle d'un droit essentiellement jurisprudentiel. Ensuite, on précisera qu'il s'incarne dans des règles abstraites, générales et impersonnelles. Enfin, on insistera sur le fait que les valeurs qui l'irriguent ne sont pas exclusivement dictées par l'impératif d'efficacité économique et qu'il est aussi animé par des valeurs morales, éthiques, familiales et sociales qui lui impriment sa richesse et sa spécificité. Comme cela a été écrit, « *les droits de tradition civiliste font à la donnée morale, à la donnée familiale et à la donnée sociale une part aussi grande qu'à la donnée économique* »<sup>2</sup>. Leur conciliation s'opère dans la recherche de l'intérêt général, s'exprime dans le concept d'Etat et se traduit dans la loi.

3. Pour rester ce qu'il est, pour préserver son identité, pour conserver sa spécificité, le Droit continental doit donc composer avec le mouvement d'harmonisation européenne du droit des contrats, de telle sorte que la pérennité de la forme qui le particularise, du contenu qui le caractérise et des valeurs qu'il incarne, soit assurée.

Dans cette importante perspective, certaines mesures devraient, quelle que fussent les options finalement retenues à l'issue de la consultation, être prises pour que l'entreprise initiée par la commission européenne ait quelques chances de succès et pour que la Fondation pour le Droit continental y souscrive pleinement.

D'abord, lors de la phase préparatoire de l'instrument qui aura finalement été retenu pour réaliser l'objectif fixé par la commission, il importe que chaque pays de l'Union Européenne puisse véritablement se faire entendre afin d'expliquer avec précision son droit national. A cette fin, il convient que chacun puisse s'exprimer dans sa langue nationale, faute de quoi l'instrument européen sera bâti sur des approximations conceptuelles et des imprécisions scientifiques qui sonneront inéluctablement le glas des espoirs légitimes de toute entreprise d'harmonisation. Par conséquent, le travail de préparation de l'instrument choisi ne pourra pas sérieusement être réalisé en une langue unique, fût-elle l'anglais, et nécessitera, dès sa conception, d'être élaboré par confrontation juridico-linguistique, ce qui, fatalement, supposera d'importants investissements. Mais sans cet effort financier, toute entreprise sérieuse d'harmonisation européenne dans le domaine du droit des contrats, restera vaine et sera promise à l'échec.

---

<sup>1</sup> Que l'on peut définir comme le « droit que les comparatistes distinguent de la *common law*, et qu'ils désignent parfois des termes de *Civil law*. Il s'agit donc d'un système, d'une culture, d'une tradition, d'une famille juridique, que l'on dit romano germanique, latine, civiliste ou encore...continentale » (M. Grimaldi, « Le droit continental face à la mondialisation », *Etudes à la mémoire de Bruno Oppetit*, Litec, p. 293 et s., sp. n°13).

<sup>2</sup> M. Grimaldi, *ibid.*

Ensuite, et toujours quel que soit l'option finalement choisie à l'issue de la consultation lancée par la commission, il conviendra de rester fidèle à la structure des règles qui s'inscrivent dans la tradition du droit continental. En clair, parce que dans celle-ci le juge ne constitue qu'une force d'appoint et que la loi, règle générale et impersonnelle, constitue le ferment du droit, il conviendra de ne pas abuser des notions souples et floues, des standards par trop flexibles qui conduisent à ériger le juge, non plus seulement en serviteur éclairé et dynamique de la loi, mais en créateur souverain de la règle.

Enfin, il faudra rester vigilant aux valeurs que portera l'instrument européen. Non pas évidemment qu'il s'agisse de proscrire toute dimension économique aux dispositions qui le composeront, mais simplement d'éviter que l'impératif d'efficacité économique neutralise les autres valeurs (morales, éthiques et sociales) qui confèrent à la règle, au sens du Droit continental, sa richesse et sa légitimité.

4. C'est au regard de ces observations préliminaires, que seront successivement envisagés la nature juridique (1) de l'instrument en vue de l'élaboration d'un droit européen des contrats, et son champ d'application (2).

### **1) La nature juridique de l'instrument**

5. Pour aboutir à la création d'un droit européen des contrats, la Commission propose dans le *Livre vert* un choix étendu quant à la nature juridique de l'instrument le mieux à même d'atteindre l'objectif fixé.

Parmi les sept options proposées (*Livre vert* § 4.1), plusieurs doivent être d'emblée écartées, parce qu'elles paraissent insuffisantes au regard de l'objectif envisagé – c'est le cas des options 1 (« publication des résultats du groupe d'experts »), 2 (« une boîte à outils officielle destinée au législateur ») et 3 (« recommandation de la Commission relative à un droit européen des contrats »).

L'option 7 (« règlement instituant un code civil européen ») doit pareillement être écartée, non pas parce que la Fondation serait par principe hostile à l'idée de codification civile (bien au contraire, puisque telle est la caractéristique essentielle des droits qu'elle représente), mais parce que l'instrument dépasse ce qui est nécessaire à la réalisation de l'objectif et risquerait en conséquence de susciter d'inutiles blocages.

Le choix se limite donc aux options 4, 5 et 6. Chacune d'entre elles présentant ses propres avantages et inconvénients, il convient de les envisager séparément.

6. L'option 4 (« règlement instituant un instrument facultatif de droit européen des contrats ») propose d'introduire dans les droits des Etats membres un nouvel ensemble complet et autonome de règles qui viendrait s'ajouter aux règles déjà en vigueur et qui formerait ainsi un « 28<sup>e</sup> » droit des contrats dans l'Union européenne. Concrètement, les parties auraient ainsi la possibilité de choisir entre deux régimes de droit interne.

Si dans le *Livre vert* la Commission reste relativement neutre par rapport aux choix qu'elle propose, elle n'a pas caché sa préférence dans d'autres communications pour l'option 4<sup>3</sup>.

Le principal avantage de cette option est qu'elle crée un instrument normatif (serait-il facultatif), et non pas purement indicatif, tout en offrant aux parties un choix qu'elles exerceront au mieux de leurs intérêts. C'est donc tout à la fois un acte décisionnel de la Commission et un hommage rendu à la liberté contractuelle (principe supérieur s'il en est). Le choix ne serait pas seulement ouvert aux parties, comme c'est actuellement le cas, lorsque le contrat comporte un élément d'extranéité, mais plus généralement dans l'ensemble des transactions.

---

<sup>3</sup> V. par exemple, COM(2010) 245 « Une stratégie numérique pour l'Europe », § 2.1.3.

Autre avantage, non négligeable, la liberté laissée aux contractants, inhérente à l'instrument optionnel, facilitera la résolution des difficultés d'ordre politique et culturel et neutralisera les résistances que suscite encore l'entreprise d'harmonisation européenne du droit des contrats. En effet, la voie de l'instrument optionnel ménage la survie des droits contractuels nationaux et assure une coexistence pacifique de ceux-ci avec le droit européen.

Cela étant dit, cette quatrième voie présente aussi des inconvénients.

D'une part, comme le relève la Commission elle-même, elle introduit une complexité supplémentaire dans les systèmes juridiques et risque d'introduire des incohérences entre les deux régimes de droit interne des contrats.

D'autre part et surtout, il y a de fortes chances qu'un instrument facultatif soit délaissé en pratique, soit que les parties en ignorent l'existence, soit qu'elles préfèrent s'en tenir aux règles de droit interne qu'elles connaissent. Ce serait un échec au regard de l'objectif fixé. Et l'expérience des Principes d'Unidroit ou de la Société européenne (SE), par exemple, confirme que ce risque d'échec est sérieux.

**7. L'option 5** (« Directive relative au droit européen des contrats ») vise à introduire dans le droit des Etats membres, par le biais d'une directive, un minimum de règles communes (celles issues du Cadre commun de référence). Selon la Commission, les Etats membres pourraient conserver des règles « plus protectrices » mais le *Livre vert* ne précise pas la portée de cette indication (protection de qui ?).

Cette option présente plusieurs avantages.

Sur le fond, elle est plus audacieuse et plus efficiente que la précédente (qui, on l'a vu, risque de rester lettre morte) tout en laissant aux Etats une marge de manœuvre.

Politiquement appréciable, cette marge de manœuvre est juridiquement utile pour tenir compte des répercussions qu'auront nécessairement les nouvelles règles du droit des contrats sur les autres règles du droit privé (par exemple, la responsabilité délictuelle, le droit des biens, les sûretés, les libéralités, etc.).

Par ailleurs, en la forme, l'édiction d'un droit européen des contrats par l'emploi de normes écrites, de nature législative (*lato sensu*) et formant un ensemble cohérent, est conforme à la tradition des droits continentaux.

Les inconvénients de cette option sont inhérents au régime de toute directive européenne.

Celle-ci devant être transposée dans les droits internes, l'existence de retards et par conséquent la persistance de divergences sont à craindre.

Par ailleurs, la marge de manœuvre laissée aux Etats peut être analysée comme un obstacle à la réalisation de l'objectif poursuivi. Et cela d'autant plus que les divergences de règles écrites d'un Etat à l'autre qui apparaîtront lors des transpositions de la directive seront accentuées au fil du temps par les divergences d'interprétation jurisprudentielle des dispositions de droit interne.

Pour éviter ce résultat, il faudrait supprimer la marge de manœuvre normalement laissée aux Etats membres. Mais alors, la directive serait un règlement qui n'ose pas dire son nom et la distinction entre l'option 5 et l'option 6 deviendrait illusoire.

**8. L'option 6** (« règlement instituant un droit européen des contrats ») a pour objet d'imposer aux Etats membres un corps de règles uniformes qui constituerait le seul et unique droit des contrats applicable dans l'Union européenne. Les droits internes des contrats

actuellement en vigueur seraient supprimés. Les parties n'auraient d'autre choix que de se soumettre aux règles prescrites par le règlement européen.

Même si le terme de codification n'est pas employé, l'objet de l'option 6 ressemble donc fortement à ce que serait un code européen des contrats si celui-ci était envisagé. La divergence formelle (et symbolique) ne masque pas une convergence substantielle entre l'un et l'autre.

Les avantages de la sixième option sont indéniables.

Sur le fond, le règlement imposant un droit européen des contrats unique est un instrument relativement efficace – en ce sens que le moyen préconisé est en adéquation avec la fin poursuivie.

On peut y voir, en outre, le premier pas vers une codification civile, trait caractéristique des droits continentaux.

En la forme, et comme cela a été dit à propos de la directive, l'édiction d'un droit européen des contrats en ayant recours à des normes écrites, de nature législative (*lato sensu*) et formant un ensemble cohérent, est conforme à la tradition des droits continentaux.

L'option présente néanmoins plusieurs inconvénients.

Outre que la compétence de l'Union européenne pour imposer un droit unique des contrats ne va pas de soi, le règlement, qui par définition ne laisse pas aux Etats de marge de manoeuvre, n'appréhende pas les répercussions des règles contractuelles nouvellement édictées sur les autres règles du droit privé (par exemple, le régime de la responsabilité délictuelle, le régime du transfert de propriété, le régime des sûretés réelles, etc.). A cet égard, l'instrument envisagé ne tient pas compte du fait que le droit civil forme un tout, au sein duquel on ne saurait traiter le droit des contrats en faisant abstraction des autres matières du droit civil économique.

De surcroît, il est vraisemblable que la nécessité de trouver un compromis quant au contenu des règles du droit des contrats entraîne une diminution du niveau de protection de la partie faible, et ce alors que ce niveau est élevé dans les droits de tradition continentale (tant dans les contrats civils que dans les contrats commerciaux).

Par ailleurs, il n'est pas exclu que le droit des contrats issu du règlement soit interprété par les juges nationaux à la lumière des notions ou des règles de l'ex-droit national (qui leur est familier) si bien que des divergences pourraient réapparaître. Si cette crainte (qui n'est pas propre à l'option 5 comme le laisse entendre le *Livre vert*) est fondée, un moyen d'assurer efficacement l'unité d'interprétation devra être mis en place.

**9.** En définitive, il apparaît que les options 4, 5 et 6 (qui, quant aux deux dernières, ne sont distinctes que si la directive ne cache pas un règlement) sont toutes conformes à la tradition des droits représentés par la Fondation pour le droit continental.

Le principal avantage de l'option 5 est de laisser aux Etats la possibilité de régler à l'occasion de la transposition de la directive les problèmes nés des rapports entre le droit des contrats et les autres règles du droit privé.

Le principal avantage de l'option 6 est d'assurer une plus grande unification du droit des contrats sur l'ensemble du territoire de l'Union européenne.

Le principal avantage de l'option 4 est de simplement proposer aux Etats cette plus forte unification, sans la leur imposer.

**10.** En complément de ces premières observations, il faut ajouter que le choix de la nature juridique de l'instrument peut dépendre de la détermination du champ d'application des règles créées, celui-ci devant être délimité au regard des personnes concernées (consommateurs, entreprises), de l'espace (contrats transfrontaliers ou contrat nationaux) et des matières appréhendées (règles générales ou règles spéciales des contrats ; droit des contrats au sens strict ou matières voisines).

On peut même avancer que le lien entre la nature juridique de l'instrument et le contenu (domaine compris) des règles est pratiquement inévitable. Ainsi, pour ne prendre qu'un seul exemple, si les négociations relatives à la directive-cadre en droit de la consommation aboutissent à une « harmonisation maximale », on conçoit mal que l'uniformité ainsi obtenue puisse être mise à mal demain sur le terrain du droit des contrats par l'adoption d'un instrument purement facultatif. Ce qui conduit à examiner le champ d'application des règles envisagées.

## **2) Le champ d'application de l'instrument**

**11.** La réflexion sur le champ d'application de l'instrument le plus approprié dans la perspective de l'harmonisation européenne du droit des contrats suppose que soient successivement envisagés le champ d'application *ratione personae*, puis le champ d'application *ratione materiae*.

### **a) Le champ d'application *ratione personae***

**12.** Entreprises et consommateurs doivent-ils pareillement relever de l'instrument communautaire choisi ? Rien n'est moins sûr, car leurs attentes respectives ne sont pas les mêmes. Les premières espèrent un droit des contrats européens propre à faciliter leur action commerciale, les seconds entendent essentiellement être protégés contre toutes les causes d'infortunes nées de leurs achats de biens ou de prestations au sein de l'UE.

Leurs attentes respectives seront-elles mieux satisfaites par un instrument spécifique à chacun d'eux (a-1) ou par un instrument unique ? (a-2)

#### **a-1) Unité de l'instrument**

**13.** L'instrument unique, capable de satisfaire à la fois les entreprises et les consommateurs, regroupe les préoccupations de chaque protagoniste. Il pose la question de savoir s'il est, à la fois, l'instrument du B to B et celui du B to C.

S'il devait avoir la nature juridique d'un règlement, cet instrument serait doublement puissant : comme source normative d'abord, par l'exhaustivité de son contenu, ensuite. Il se prétendrait apte à appréhender tous les problèmes, qu'il se proposerait alors de résoudre dans toutes leurs facettes. Quel programme...

Face à un tel défi, un constat objectif fait craindre l'avortement du projet lui-même d'instrument unique : la Commission et le Parlement proposent déjà un règlement propre au consommateur<sup>4</sup> ; la réflexion, en ce domaine, permet de percevoir que la souplesse de la stratégie de l'entreprise d'un côté, et la rigidité de la protection du consommateur de l'autre, passent par des voies distinctes, bien sûr, adaptées à leurs spécificités.

#### **a-2) Spécialité de l'instrument**

---

<sup>4</sup> Communication de la Commission - Suivi du livre vert sur la protection des consommateurs dans l'Union européenne /\* COM/2002/0289 final \*/ « Le livre vert, dans sa description de l'approche mixte, suggère que toute réforme des directives existantes en matière de protection des consommateurs "serait entreprise dès lors que la directive-cadre a été mise en place et que son fonctionnement dans la pratique a permis d'acquérir une certaine expérience » n°27

14. L'intérêt de l'entreprise (a-2') et celui du consommateur (a-2'') sont assurément mieux servis par la dissociation du droit européen des contrats inter entreprises, d'un côté, et du droit des contrats de consommation de l'autre. Une telle distinction impose, pareillement, celle des instruments communautaires.

### **a-2') L'instrument spécifique aux entreprises**

15. L'instrument communautaire, spécifique de l'entreprise, assurant la connaissance des enjeux contractuels, assure le soutien et le développement de l'action des PME<sup>5</sup> au sein de l'UE ; trois constats militent en ce sens :

- La spécificité des contrats inter-entreprise : la matière ne peut supporter la barrière de l'ordre public de protection qui règne dans le droit de la consommation. La négociation, même dans le cadre d'un rapport de force, l'emporte sur le préétabli.

Certes l'exemple allemand oppose un démenti tonitruant à l'absolutisme de l'argument. Néanmoins, le droit français lui-même intègre, aussi, des dispositions impératives dans le processus contractuel en présence de consommateur. Ainsi, en matière de vente en état futur d'achèvement, dans le domaine de l'octroi du financement. Mais il s'agit de contrats spéciaux, d'une part, non d'une protection générale, et, d'autre part, une telle préoccupation ne concerne que la relation contractuelle « entreprise-consommateur » et non celle des entreprises entre elles, comme l'entend le livre vert du droit européen des contrats.

- L'instrument spécifique de l'entreprise, appelé des vœux du livre vert, n'écarte pas le recours aux CCT<sup>6</sup> et à l'AR<sup>7</sup> qui marquent nettement le souci de trouver un outil de cohésion communautaire intrinsèque à l'entreprise loin des soucis de protection du consommateur.

- La norme communautaire, elle-même, déclare *expressis verbis* la nécessité d'une distinction des instruments, destinés à servir les consommateurs et les entreprises.<sup>8</sup>

16. Dans l'hypothèse où l'instrument retenu ne devrait couvrir que les contrats entre entreprises (dit *B to B*), il paraît souhaitable que l'option 4 soit retenue, soit un règlement facultatif, ce qui permettrait une option pour les entreprises contractantes. En effet, la liberté contractuelle qui irrigue le droit des contrats entre entreprises milite naturellement en faveur

---

<sup>5</sup> Réduction des coûts et clarté du contenu contractuel, voir p. livre vert.

<sup>6</sup> Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil - Droit européen des contrats et révision de l'acquis : la voie à suivre /\* COM/2004/0651 final \*/

« Certaines parties prenantes se sont félicitées de la méthode envisagée, mais d'autres ont manifesté leur scepticisme quant à une intervention de la Commission, dont elles pensaient qu'elle prévoyait de rédiger elle-même des CCCT. Or, telle n'est assurément pas son intention : c'est aux opérateurs économiques qu'il appartient de fixer la teneur des CCCT et de décider d'y recourir. La Commission souhaite simplement jouer un rôle de médiateur en mettant en présence les parties prenantes sans interférer avec la teneur des discussions »

<sup>7</sup> *L'Autorégulation en Droit Européen des Contrats* par M.Fabrizio Cafaggi, Professeur de Droit comparé, Institut Universitaire Européen, Florence ; Università degli Studi di Trento, Italie  
Cet article s'appuie sur une contribution présentée dans le cadre de la Conférence SECOLA, Prague, juin 2005.

<sup>8</sup> Rapport de la Commission - Premier rapport annuel sur l'état d'avancement du droit européen des contrats et de la révision de l'acquis /\* COM/2005/0456 final \*/ :

« Une distinction appropriée entre les contrats de type B2B (entre professionnels) et ceux de type B2C (entre un professionnel et un consommateur) est primordiale. Le droit de la consommation remédie aux déséquilibres structurels entre consommateurs et commerçants. Les décisions de politique générale peuvent donc différer selon que l'on se trouve dans une situation de type B2C ou B2B. Pour obtenir des solutions suffisamment différenciées, il semble indiqué de procéder au cas par cas en recensant les situations où des règles de protection des consommateurs spécifiques sont nécessaires et en proposant alors des écarts à la réglementation générale. »



de l'option 4, à savoir l'adoption d'un règlement instituant un instrument facultatif de droit européen des contrats.

Il serait ainsi créé un « régime européen » optionnel en droit européen des contrats. Ce régime pourrait être choisi par les parties à un contrat, conformément à l'article 3 du règlement 593/2008/CE du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (dit « Rome I »)<sup>9</sup>. A cet égard, le considérant 13 de ce règlement énonce : « Le présent règlement n'interdit pas aux parties d'intégrer par référence dans leur contrat un droit non étatique ou une convention internationale. ». Et le considérant 14 précise : « Si la Communauté adopte dans un instrument juridique spécifique des règles matérielles de droit des contrats, y compris des conditions générales et clauses types, cet instrument peut prévoir que les parties peuvent choisir d'appliquer ces règles ».

Il s'agirait donc de l'application d'une règle déjà connue, mais dont l'effet se trouvait différé.

### **a-2'') L'instrument spécifique aux consommateurs**

17. L'intérêt du consommateur est également mieux servi par un instrument spécifique. Le problème crucial en la matière est de décider si la protection commune est a minima ou à niveau relevé. Dans toutes les hypothèses, une disparité s'instaure entre les pays de haute protection et les autres. Le consommateur négligé par sa législation interne trouvera un intérêt manifeste à recouvrer un niveau de protection grâce à l'instrument communautaire fut-il conçu a minima. Quant au consommateur privilégié, la norme moyenne de l'instrument ne réduira pas les prérogatives que lui reconnaît sa législation interne.

18. En définitive, le réalisme de l'économie autant que le constat des objectifs normatifs réduisent, probablement, l'instrument communautaire appelé des vœux du livre vert sur le droit européen des contrats, au seul cadre des entreprises, pour laisser aux consommateurs le bénéfice des politiques de protection dont ils bénéficient déjà au niveau européen. Reste qu'un souci de cohérence avec l'action passée de la commission conduit à ne pas écarter un instrument permettant une harmonisation européenne du droit de la consommation en matière contractuelle. Ce serait alors l'option 5 qui s'imposerait, étant entendu qu'il conviendrait qu'il ne s'agit véritablement que d'une directive (et non d'un règlement déguisé), qui laisserait une marge de manœuvre aux Etats membres leur permettant de maintenir un niveau de protection des consommateurs supérieur à celui fixé par l'instrument européen.

---

<sup>9</sup> Article 3 du règlement Rome I :

« 1. Le contrat est régi par la loi choisie par les parties. Le choix est exprès ou résulte de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause. Par ce choix, les parties peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat.

2. Les parties peuvent convenir, à tout moment, de faire régir le contrat par une loi autre que celle qui le régissait auparavant soit en vertu d'un choix antérieur selon le présent article, soit en vertu d'autres dispositions du présent règlement. Toute modification quant à la détermination de la loi applicable, intervenue postérieurement à la conclusion du contrat, n'affecte pas la validité formelle du contrat au sens de l'article 11 et ne porte pas atteinte aux droits des tiers.

3. Lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés, au moment de ce choix, dans un pays autre que celui dont la loi est choisie, le choix des parties ne porte pas atteinte à l'application des dispositions auxquelles la loi de cet autre pays ne permet pas de déroger par accord.

4. Lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés, au moment de ce choix, dans un ou plusieurs Etats membres, le choix par les parties d'une autre loi applicable que celle d'un Etat membre ne porte pas atteinte, le cas échéant, à l'application des dispositions du droit communautaire auxquelles il n'est pas permis de déroger par accord, et telles que mises en œuvre par l'Etat membre du for.

5. L'existence et la validité du consentement des parties quant au choix de la loi applicable sont régies par les dispositions établies aux articles 10, 11 et 13. »

## **b) Le champ d'application *ratione materiae***

**19.** Il semble plus réaliste de limiter l'ambition d'un texte instituant un droit européen des contrats aux seules opérations transfrontalières.

En ce qui concerne les transactions « domestiques », en effet, il est peu probable que la satisfaction tirée par les particuliers ou les entreprises de ce que les conditions applicables à leurs contrats seraient les mêmes que celles bénéficiant aux citoyens à l'autre bout de l'Europe justifie l'abandon de principes aujourd'hui propres à chaque pays (soit parce qu'ancrés depuis des siècles dans la culture juridique nationale, soit parce que reflétant des différences actuelles de sensibilité politique). En revanche, dans les relations commerciales internationales, l'uniformisation constitue un avantage économique justifiant un tel abandon et les efforts considérables qui seront nécessaires pour y parvenir. Cela d'autant plus qu'on peut espérer que la règle uniforme adoptée sera moderne et adaptée aux besoins des entreprises et de leurs clients. D'autre part, contrairement à ce que suggère le Livre Vert (§ 4.2.2), on ne voit pas en quoi le fait de disposer d'un « instrument visant à la fois les contrats transfrontaliers et nationaux » serait décisif pour inciter les entreprises à se développer au-delà des frontières : la démarche d'exportation ou d'implantation à l'étranger implique de toute manière un effort significatif d'adaptation en matière de langue, de normes techniques, de conformité aux usages, etc.

**20.** La question qui se pose ensuite naturellement est celle de la définition pertinente des contrats « transfrontaliers ». En effet, la Commission européenne pose la question de l'application de l'instrument du droit européen des contrats aux contrats transfrontaliers, sans préciser cette notion. La définition de cette notion doit donc être précisée, d'autant que la notion de « transfrontalier » est omniprésente dans le droit de l'Union européenne, qui pourtant ne l'a jamais définie, ni dans un texte, ni par dans jurisprudence de la Cour de Luxembourg. Une définition autonome du « contrat transfrontalier » doit être clairement posée. L'instrument de droit européen des contrats ayant vocation à devenir le droit européen substantiel des contrats, une définition s'impose.

Un contrat transfrontalier est-il celui qui nécessite un mouvement au-delà des frontières internes de chacun des Etats membres de l'Union européenne ? Ainsi, un contrat de vente conclu entre une entreprise française, établie en France, et une entreprise allemande, établie en Allemagne, est-il un contrat transfrontalier ? A cette question, il n'y a aucun doute à avoir, effectivement, le contrat est ici transfrontalier.

En revanche, qu'en est-il du contrat de vente conclu entre une entreprise française, établie en France, et une agence (absence d'autonomie juridique) d'une entreprise allemande, établie en France ? Ce contrat est-il transfrontalier en raison de la nationalité différente des entreprises ? En matière contractuelle, dès lors qu'un conflit de lois est susceptible de naître, le règlement 593/2008/CE du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (dit « Rome I ») s'applique. De sorte que dans ce dernier exemple, les entreprises auront la possibilité de choisir la loi applicable à leur contrat, conformément à l'article 3 du règlement Rome I.

**21.** Finalement, on pourrait penser que les critères permettant de qualifier le contrat transfrontalier sont identiques à ceux qui sont de droit positif en droit international privé français : critère économique et critère juridique. Le critère retenu pour déterminer la notion de « contrat transfrontalier » s'apparente au critère économique français, à savoir que le contrat transfrontalier est celui qui produit un mouvement de flux et de reflux au dessus des frontières. D'autant que la sémantique de la notion de « transfrontalier » appelle naturellement le passage d'une frontière.

**22.** Pour cerner cette notion, on pourrait aussi simplement proposer de se reporter à la définition du champ d'application de la Convention de Vienne sur la vente internationale

de marchandises<sup>10</sup>. Cette règle paraît en effet plus précise que le principe de « la mise en cause des intérêts du commerce international » élaboré par la jurisprudence française et repris par l'art. 1492 du Code de Procédure Civile, et moins spécifique que les règles figurant dans les conventions relatives aux transports internationaux.

**23.** Après avoir examiné les contrats concernés, il est utile de faire l'inventaire des questions qui, d'expérience, créent des difficultés pratiques dans la négociation et l'exécution des contrats internationaux en raison des divergences d'approche des droits nationaux. Même si c'est intellectuellement irritant, il devrait être tout à fait possible de résoudre ces questions sans statuer au préalable sur les grandes notions conceptuelles telles que la cause ou la *consideration*.

Sans que cet inventaire prétende à l'exhaustivité, on peut citer parmi les questions sur lesquelles l'harmonisation paraît nécessaire et réalisable :

- l'ensemble des questions relatives à la négociation du contrat, telles que l'obligation de négocier de bonne foi, l'obligation d'information, le droit de rétractation;
- le régime des avant-contrats;
- les causes de nullité;
- la représentation;
- le contenu et les effets du contrat ;
- l'interprétation;
- les questions relatives à la durée (déterminée/indéterminée) du contrat ;
- l'exécution en nature (*specific performance*);
- les conséquences du changement de circonstances;
- les remèdes en cas d'inexécution, notamment les difficultés inhérentes à l'exception d'inexécution (contravention essentielle aux obligations contractuelles, délais de dénonciation d'un défaut de conformité, etc.), la résolution (résolution anticipée);
- la validité des clauses limitatives de responsabilité ;
- les clauses pénales;
- la force majeure;
- la pluralité de débiteurs et de créanciers;
- le changement de parties ;
- la compensation de créances et la fusion;
- la prescription.

Plus complexes, mais tout aussi créatrices de distorsions et de difficultés, sont les questions liées :

- aux chaînes de contrats (vente et entreprise, responsabilité contractuelle et quasi-délictuelle, etc),
- aux procédures collectives (sûretés, clauses de réserve de propriété, etc).

Enfin, il est indispensable que le nouvel instrument, quel qu'il soit, soit disponible dans chacune des langues de l'union, et, puisque la langue de travail de la Cour de justice de l'Union européenne est le français, que la version en français soit celle de référence.

---

<sup>10</sup> « 1) La présente Convention s'applique aux contrats de vente de marchandises entre des parties ayant leur établissement dans des Etats différents : a) lorsque ces Etats sont des Etats contractants; ou b) lorsque les règles du droit international privé mènent à l'application de la loi d'un Etat contractant.

2) Il n'est pas tenu compte du fait que les parties ont leur établissement dans des Etats différents lorsque ce fait ne ressort ni du contrat, ni de transactions antérieures entre les parties, ni de renseignements donnés par elles à un moment quelconque avant la conclusion ou lors de la conclusion du contrat.

3) Ni la nationalité des parties ni le caractère civil ou commercial des parties ou du contrat ne sont pris en considération pour l'application de la présente Convention. »

## **DEUXIÈME PARTIE : RÉPONSES COLOMBIENNE, ITALIENNE, LOUISIANAISE ET QUÉBÉCOISE.**

*Ces quatre réponses ne sont ici reproduites que par extraits ; mais la Fondation pour le droit continental tient l'intégralité de ces réponses à la disposition de toute personne intéressée*

*Les réponses louisianaise et québécoise, qui sont celles de pays de droit civil situés dans un puissant environnement de common law, sont donc particulièrement instructives en ce qu'elles repoussent les fausses analogies entre l'élaboration d'un droit européen et l'adoption du UCC aux Etats-unis, et aussi en ce qu'elles divergent parfois, notamment sur le choix du meilleur instrument (ce qui est une preuve supplémentaire de la difficulté de ce choix).*

### **A. RÉPONSE COLOMBIENNE**

*Par Fernando Hinestroza, Emmanuel Cortes et Felipe Vavia, professeurs et avocats*

[...] Il est facile à penser que si on adopte un type d'instrument "intermédiaire" telle qu'une Recommandation, un Règlement ou une Directive, on voudra toujours aller plus loin [...]. La codification a toujours été la forme la plus achevée d'un ensemble de règles. Aussi - et aussi parce que l'expérience de la codification est mûre en Europe - il paraît souhaitable d'éviter un effort inutile et d'opter pour un code, surtout si on prend en compte que, quel que soit le type de document, son ajustement et sa consolidation seront un travail de longue haleine où le juge et la doctrine joueront un rôle décisif.

[...]

Même si l'idée d'un code civil européen n'est plus une utopie, il paraît mieux de s'occuper d'abord de la matière contractuelle sur laquelle il y a déjà quelques points consolidés depuis ces dernières années [...] En plus, dans la tradition romano-germanique, le régime général des obligations a été étudié à partir du contrat. Ainsi l'élaboration d'un code de contrats prépare le chemin pour travailler ensuite à l'harmonisation des règles sur les autres sources des obligations. L'élaboration d'un code de contrats doit se faire en gardant à l'esprit les travaux qui suivront.

Même si une harmonisation totale, c'est-à-dire celle qui couvre tant les contrats des consommateurs que ceux des sociétés, tant les contrats internes que les transfrontaliers, serait idéale car elle éviterait l'existence de différents régimes qui produiraient des résultats inégaux, l'idée paraît aujourd'hui très ambitieuse. Ce qui est vrai en tout cas, c'est qu'il y a des principes et des règles de droit des contrats qui s'appliquent à tous les contrats, sans distinction, qui pourraient trouver leur place dans le code[...]. Cela serait un droit commun minimum et peut-être d'application subsidiaire.

Par ailleurs, il serait nécessaire de garantir un niveau de protection très élevé aux consommateurs, encore que l'on puisse penser à l'élaboration de règles visant une catégorie plus vaste, qui regrouperait tous ceux qu'on considère comme des parties "faibles". Ces règles de protection devraient sans doute avoir un caractère impératif et s'appliquer au contrat national comme au contrat transnational.

En ce qui concerne le champ d'application qu'il convient de donner à l'instrument de droit européen des contrats, il nous semble que, dans une première étape vers l'intégration du droit civil applicable aux contrats, le meilleur choix serait de lui donner un champ étroit - c'est-à-dire, restreindre l'instrument aux règles générales : obligations précontractuelles, formation du contrat, représentation, causes de nullité, effets, règles d'interprétation, remèdes face à l'inexécution du contrat, modes d'extinction des obligations, action en exécution individuelle et collective, etc. Mais si cela nous semble souhaitable, nous pensons que les divergences existantes parmi les divers droits nationaux sur certaines notions, telles, par exemple, que la cause, qui est fondamentale pour le droit français, inexistante en droit allemand et différente dans la common law qui se sert de la notion de considération, pourraient faire échouer l'initiative d'aboutir à un droit commun des contrats. En ce sens, il serait plus réaliste de restreindre le champ d'application matériel de l'instrument aux règles impératives en matière de contrats de consommation. Retenir un champ trop large de l'instrument ne nous semble pas possible à ce stade de la formation de la communauté européenne. Il faudra un temps, plus ou moins long pour penser à un droit commun des obligations.

Si, pour ces raisons, l'on restreint ainsi le champ d'application de l'instrument, il nous semble que celui-ci pourrait comporter des dispositions spéciales applicables aux contrats le plus fréquents. A cet égard, le terrain qui a été gagné par l'existence des règles uniformes en matière de vente de marchandises sur le plan international, pourrait faciliter la tâche, dans la mesure où les règles nouvelles ne s'éloignent pas trop de l'esprit des instruments internationaux déjà en place. Bien entendu, au fur et à mesure que les règles seront utilisées, tant au niveau interne que transfrontalier, les opérateurs juridiques se familiariseront avec les principes généraux sous-entendus dans les dispositions spéciales prévues pour un ou plusieurs types contractuels, ce qui facilitera l'aboutissement d'un droit commun européen, peut être dans quelques décennies.

Si l'instrument devrait s'occuper de la vente de marchandises, comme type spécifique de contrat, à notre avis il ne devrait pas s'arrêter à mi chemin. Il faudrait aussi, dans le même esprit et en retenant les mêmes principes généraux qui auront été sous-entendus pour le contrat de vente, s'occuper d'autres contrats qui lui sont connexes, tels le crédit-bail (pas seulement d'automobile), les garanties, les services financiers et le contrat d'assurance. En effet, il existe déjà un travail qui pourrait être très utile: les Principes du droit européen du contrat d'assurance (PDECA).

S'il est sûr que l'idéal serait un code civil européen, cela ne semble pas possible tant que l'Europe n'avance pas vers une union politique, par exemple, un état fédéral, à la manière des Etats Unis. A ce moment-là seulement, on pourrait songer à l'adoption d'un code civil commun comme cela a été le cas pour le Code de commerce aux Etats Unis. Et bien entendu, si jamais on arrive à un code civil commun, celui-ci devrait s'occuper de toutes les sources des obligations: contrats, responsabilité délictuelle, enrichissement sans cause et gestion d'affaires.

## **B. REPONSE ITALIENNE**

### *1° Contribution de Rodolfo Sacco, professeur*

► Les règles de droit doivent nécessairement faire des distinctions. Mais seul un mauvais droit introduit des distinctions non nécessaires. Il ne faut pas avoir un code européen pour certains contrats, des codes nationaux pour d'autres contrats, un code pour le consommateur, un code pour le citoyen non consommateur, un code pour l'entreprise, un code pour l'entreprise faible.

► Pour faire un code qui règle le contrat, il faut savoir que c'est qu'un contrat. À une époque révolue, le contrat était un accord de volonté [...] A présent, la règle prévue pour le contrat est applicable :

- à l'accord de deux volontés;

- à la volonté apparente (le principe d'apparence, né en France, s'est diffusé partout en Europe);

- à l'exécution de prestations synallagmatiques: société de fait, exécution d'une prestation de travail, etc.;

- à l'offre non acceptée et non refusée, ayant le but de créer une obligation à la charge du seul offrant ;

- là où joue une "interdiction de se contredire au détriment d'autrui".

Il faut aujourd'hui écrire le droit du XXIe siècle, et non celui du XIXe siècle.

► Nous voulons une règle pour l'Europe. Quelle règle? Pour les Allemands, le Vertrag ne transfère pas la propriété. Pour les Anglais, il n'y a pas de contrat sans consideration. Pour les Italiens, le contratto ne règle que des relations patrimoniales.

Le codificateur doit se rendre bien compte que toutes ces oppositions n'existent que dans les livres.

L'accord gratuit s'appelle, en Angleterre, bailment ou gift. Le gift doit consister en un acte solennel, mais si la chose est mobilière le delivery suffit: ce qui correspond parfaitement à l'idée française, d'après laquelle l'acte notarié est nécessaire pour donner une chose immobilière, et la remise suffit pour le don manuel.

Le contrat transfère la propriété en France, et non dans les autres Pays. Mais le transfert de la propriété immobilière non suivi de la publicité, ainsi que le transfert de la propriété de la chose mobilière non suivi de la remise, produit – en France – des effets platoniques: l'aliénateur peut vendre une nouvelle fois la chose à un tiers, si celui-ci est de bonne foi, et s'il transcrit l'acte ou qu'il entre en possession. Réciproquement, ceux qui acquièrent, en Allemagne et Angleterre, la chose précédemment vendue à un tiers, s'ils sont de mauvaise foi, sont obligés de transférer la chose au premier acheteur, et cela en vertu de la règle de responsabilité délictuelle (Allemagne) ou d'une règle d'Equity (Angleterre).

Avons nous un législateur qui sache et veuille formuler les règles du droit européen de manière conforme à ce droit uniforme européen qui existe déjà, et que les livres et la phraséologie des cours de justice ignorent?

## 2° Contribution de Mauro Bussani, professeur

► En l'absence, dans les cinquante à soixante années à venir, d'une véritable culture juridique commune, tout projet de «création d'un droit européen des contrats" désireux d'aboutir devrait commencer par déplacer de La 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 du droit continental.

Cette approche permettrait non seulement de simplifier le processus technique de la préparation d'un texte, en échappant ainsi à une longue période de paralysie, mais également de renforcer son rôle géopolitique. Ce type d'effort 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 supporters et/ou les applications pratiques des règles de ce code. Mais en tant que plateforme normative commune, le texte commun 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.

► N'importe quelle « action envisageable en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises » ne peut éviter d'adresser une question stratégique à propos des contrats d'affaires.

Ces contrats - en particulier les contrats internationaux impliquant de grandes sociétés - 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. Ces contrats se distinguent par un autre aspect, qui a atteint des proportions gigantesques à travers la communauté mondiale du droit des affaires. La référence est 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. 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, la question est de savoir s'il y a lieu d'aborder, ou de contrer, cet état de fait.

► Si le défi lancé à la prédominance du common law sur les contrats d'affaires devait être relevé, 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 poursuivre à travers le code. Ses rédacteurs pourraient partir du droit communautaire de la consommation et des ébauches préparées par les différents groupes d'étude (CCR, 'Acquis', 'Gandolfi', Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française et Société de Législation Comparée), puis procéder à partir de ces règles au travail d'élaboration. Le texte devrait être rédigé dans l'optique non seulement de coordonner le droit communautaire en vigueur, mais aussi de rassembler les notions, les techniques et les recours les plus communs possible aux cultures juridiques civilistes.

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; pour la répression de toute forme de discrimination; et pour la mise en place d'une économie «sociale de marché», comme indiqué dans le Traité de Lisbonne.

La deuxième série de dispositions devrait viser, au contraire, à l'élaboration d'un texte 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 reconnues. 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 que la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises (il peut être intéressant de rappeler que cette convention a été ratifiée par les Etats-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 transnational. 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.

► Aucune des options mentionnées ne règle les problèmes liés à la mise en œuvre et à l'application actuelles d'un tel code, 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 résultats. Aucune des options mentionnées n'aborde la dimension linguistique de ce futur code, pour lequel la rédaction originaires en anglais pourrait poser des problèmes d'adéquation technique. 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 commerciales.

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.

### **C. REPONSE LOUISIANAISE**

*par Alain Levasseur, professeur*

Ces quelques pages de réflexions et commentaires écrits à la demande de l'Association Henri Capitant sur le « Livre Vert de la Commission relatif aux actions...entreprises » ont pour arrière-plan et pour inspiration l'état de la Louisiane, son système juridique de droit privé, son statut constitutionnel d'état souverain au sein de la Fédération des Etats-Unis, sa culture 'latine' et la spécificité de la langue anglaise de son droit privé.

Il y a trois raisons essentielles au choix de cet arrière-plan [en dehors du fait que toute mon expérience de juriste est celle d'un 'louisianais-français' comparatiste de formation et vocation] :



- La première raison est que j'estime être en mesure d'établir une analogie entre les deux faces d'un même miroir ou un parallèle très réaliste entre l'existence, en Louisiane, d'un Code civil (proche du Code civil français) entouré d'un univers nord-américain de common law, et l'existence, par ailleurs, en Grande Bretagne et Irlande d'un droit de common law confronté à un 'droit civil' qui prévaut sur tout le continent européen. La Grande Bretagne et son droit de common law se trouvent, vis-à-vis du droit civil continental, dans la même situation dans laquelle s'est trouvé, et se trouve encore, le droit civil louisianais vis-à-vis de la common law. Les problèmes auxquels la Grande Bretagne pourrait avoir à faire face ont très probablement été vécus, en sens inverse, par la Louisiane depuis la mise en vigueur de son premier Code civil en 1808. Certains de ces problèmes seront évoqués plus bas.

- La deuxième raison pourrait être qualifiée d'ordre constitutionnel. Bien que la Louisiane soit un 'état' des Etats-Unis, donc sans souveraineté 'extérieure', elle jouit toutefois, comme les 49 autres états, d'une souveraineté 'interne', en particulier dans la structure et la gestion de son ordre constitutionnel étatique, de son droit interne comme c'est le cas en particulier de son Code civil. De son côté, la Grande Bretagne reste un état souverain (davantage que la Louisiane), dans son ordre interne en particulier. L'Union Européenne s'est saisie d'un large pan de la souveraineté 'extérieure', ou internationale, de la Grande Bretagne avec « son » adhésion (son consentement) en 1973, tout comme la Louisiane le fit en 1812 en devenant un état des Etats-Unis. Ce problème commun de 'partage' de « souveraineté » sera aussi évoqué plus bas.

- La troisième raison pourra paraître, à certains, comme 'secondaire', 'accessoire' alors que, pour l'avoir vécue dans des périodes parfois extrêmement difficiles et aléatoires, je l'estime être d'une importance fondamentale. Cette troisième raison de mon choix est celle de la 'langue' de l'expression du droit. Et là encore la Louisiane s'offre comme un exemple unique, comme le seul laboratoire expérimental où le droit civil est rédigé et parlé dans 'une' langue anglaise. Les juristes louisianais ont, depuis 1806, façonné une langue anglaise dans le but de préserver leur 'droit civil' et de le défendre contre l'assaut que, depuis cette époque, les partisans de la langue anglaise de la common law, et de la common law elle-même, avaient lancé pour faire de la Louisiane un état à part entière en y installant la common law...et 'sa' langue anglaise, son véhicule naturel de communication. Aussi le Code civil de la Louisiane est-il non seulement rédigé dans « la langue anglaise du droit civil », mais il est aussi le 'seul' Code civil à répondre à la notion civiliste de 'codification'. D'où les tensions entre le droit substantiel du Code civil louisianais et celui du UCC.

## **I. LE CHOIX D'UN INSTRUMENT**

On peut lire dans le Livre Vert de la Commission que « la Recommandation de la Commission relative à un droit européen des contrats pourrait inciter les Etats membres à substituer l'instrument européen à leur droit national des contrats. Pareille approche a été mise en œuvre avec succès aux Etats-Unis où un code commercial uniforme...a été adopté par tous les Etats fédérés, sauf un ; » [p.8-9 Option 3 a)]

Quelques commentaires sur l'UCC seront suivis d'observations sur le Restatement of Contracts. Le droit louisianais du contrat et de la vente sera ensuite brièvement présenté.

### **A. Le UCC-vente et le Restatement of Contracts**

Le Xème Amendement à la Constitution des Etats-Unis pose le principe que le gouvernement fédéral ne dispose que des pouvoirs qui lui sont délégués par les « Etats ». Selon la 'commerce clause' de la Section 8 de l'Article 1 de la Constitution, le gouvernement fédéral ne peut légiférer qu'en matière de commerce inter-étatique. Aussi, le pouvoir de légiférer dans l'ordre juridique interne des Etats n'appartient qu'aux Etats fédérés. D'où l'initiative d'un projet confié à la 'National Conference of Commissioners on Uniform State Laws' d'entreprendre une révision du droit de la vente sous la forme d'un 'code uniforme' pour tenter d'uniformiser et, donc, d'améliorer le droit de la vente sur l'ensemble du territoire des Etats-Unis. C'est à un 'civiliste' d'origine allemande, Karl Llewellyn, que fut confié cette

importante tâche. La première ébauche du UCC fut promulgué en 1949, il fut modifié à plusieurs reprises avant d'être adopté par tous les Etats en 1968, sauf l'état de Louisiane. Aujourd'hui, par contre, la Louisiane a incorporé « huit » sur « neuf » des Articles du UCC. Seul l'Article 2 du UCC manque à l'appel !

Ce sont donc les Etats qui, individuellement, incorporèrent ce Code Uniforme dans leur ordre juridique interne en le faisant 'loi de l'Etat'. Si le texte du UCC est 'uniforme' sous son aspect de 'texte de loi' dans quarante neuf Etats fédérés, son interprétation et son application par les tribunaux des Etats sont loin d'être 'uniformes'. Dans une large mesure, les tribunaux des Etats considèrent le UCC comme la loi de 'leur' état. En l'absence de dispositions, dans le UCC, invitant les juges des états à interpréter 'leur' UCC dans un esprit d'uniformité et de convergence nationale, voire d'esprit de corps entre juges, certaines dispositions du UCC -2, sur la « Vente », sont interprétées différemment par les tribunaux de quelques états. C'est le cas, par exemple, de l'Article 2-713 sur les dommages et intérêts auxquels a droit un acheteur qui ne reçoit pas livraison de la chose vendue au moment prévu par le contrat. C'est le cas aussi de l'Article 2-207 sur la nature de stipulations contractuelles dites simplement 'supplémentaires' ou 'différentes'.

Ceci pour dire que l'uniformité du texte du UCC ne signifie pas du tout l'uniformité de son interprétation et, donc, de son application par les tribunaux des états fédérés.

Le « Restatement of the Law of Contracts » ne se présente pas sous la forme d'un 'code uniforme' comme l'est le UCC. Les Restatements sont l'œuvre de l'American Law Institute ; ils ont pour objectif de « ré-exposer » un droit comme le droit des contrats, de la responsabilité civile... Aussi le Restatement of Contracts n'est-il qu'un 'exposé' du droit des contrats [et non pas 'du contrat'] tel que ce droit fut et est encore élaboré par les tribunaux. Les principes qui sont présentés de façon claire et, relativement, succincte sont accompagnés de commentaires et de multiples exemples pour en faciliter la compréhension. Un Restatement n'a pas force de loi, même dans l'ordre juridique interne d'un état. Il sert essentiellement de cadre synthétique et illustratif des règles qui sont considérées comme communes aux droits des contrats, aux droits des délits... des états de common law. C'est un 'outil' utile, une boîte à outils bien fournie, entre les mains des professionnels du droit.

## **B. Le droit louisianais : le 'sauf un' de la Commission**

En fait, contrairement à ce qui est souvent dit et écrit, la Louisiane a adopté le UCC sous la forme de lois spéciales, dites 'Louisiana Revised Statutes' (R.S.) Les 'Revised Statutes 10 :1 puis 10 :3 à 10 :9, soit le « Title 10 » des Revised Statutes, s'intitulent « Commercial laws ». Les Revised Statutes sont devenus lois en Louisiane à différentes époques : Le Chapitre 1 du Titre 10 est devenu loi en 2006 ; le Chapitre 3 sur les effets et titres de commerce a été adopté en 1994, de même que le Chapitre 4 sur les dépôts bancaires... ; le Chapitre 9 sur les Sûretés a été adopté en 2001. Tous ces Chapitres sont, dans une très large mesure, des copies des Articles du UCC. Comme le dit même la première disposition de ce Titre 10 Chapitre 1 : 1-101 (a) « Ce Titre peut être cité comme le Uniform Commercial Code ».

On aura remarqué que dans la liste numérique des Chapitres des R.S., liste numérique qui reprend les numéros des Articles du UCC, il n'y a pas de 'Chapitre 2' ou Title 10 :2. Un Chapitre 2 aurait été l'équivalent de l'Article 2 du UCC, c'est-à-dire « Sale » « Vente ». Cet Article 2, la Louisiane ne l'a pas adopté tel quel, d'où l'absence d'un Chapitre 2 dans les « Commercial Laws » de Louisiane. Ce rejet par le législateur louisianais de l'Article 2 du UCC en dit long sur la conception 'civiliste' du contrat de vente du Code civil louisianais et, en fait, sur la conception civiliste du 'contrat' tout court ! Le Code civil louisianais a néanmoins 'reçu', et fait sien, certains concepts du contrat de vente du UCC mais en les 'dévêtant' de leurs atours de common law pour les habiller dans le style du 'civiliste'. Par exemple : là où le UCC parle de 'sale of goods' [2-105], l'article 2601 du Code civil louisianais parle de « movable thing ». Les articles 2601 à 2617 sur la vente de 'movables' sont calqués, dans leur teneur aussi bien sur certaines dispositions de l'Article 2 du UCC que sur certaines dispositions de la Convention de Vienne sur 'la vente de marchandises', mot « marchandises » qui est plus près de 'goods' du UCC que de 'movables' dans le Code civil louisianais. La notion de

'movables' dans le Code civil louisianais reste celle de choses meubles, biens meubles, comme cette notion est décrite à l'article 462 du livre II du Code civil. Il n'y a donc pas là d'« harmonisation » entre le droit de common law du UCC et le droit civil louisianais.

Deux autres exemples :

- Deux ou trois articles du Code civil louisianais font référence à la notion de 'merchant', notion essentielle au UCC et définie dans le UCC à l'article 2-104. Le Code civil louisianais n'offre aucune définition de cette notion ; toutefois, il ressort de l'ensemble des articles 2601 à 2617 du Code civil louisianais, une 'image' du 'merchant' louisianais qui ressemble beaucoup à celle de la définition du UCC 2-104. Ainsi le législateur louisianais introduit dans le Code civil des notions contractuelles qui, petit à petit, vont faire en sorte que les tribunaux vont donner un régime juridique spécial aux contrats entre 'merchants' et 'merchants' [voir par ex. l'article 2601-2 du Code civil louisianais], un autre régime spécial aux contrats de vente entre 'merchants' et consommateurs [ex ; article 2545 code civil louisianais] et, enfin, un régime général aux contrats de vente entre 'particuliers-consommateurs'.

- L'exemple du 'gage' illustre aussi très bien cette disparité dans la teneur des concepts de common law et de ceux du 'civil law'. L'Article 9 du UCC est devenu le Chapitre 9 du Titre 10 des Louisiana Revised Statutes en 2001. Une conséquence de l'adoption de ce Chapitre aurait dû être de rendre caduque le concept de 'gage' dans le Code civil. Presque dix ans plus tard, le Code civil décrit toujours le 'gage' dans ses articles 3154 à 3175.

Avec ce Chapitre 9 le concept bien connu de 'fixture' en common law fait son entrée dans le droit louisianais puisque ce Chapitre 9 est loi. Toutefois, la définition de 'fixture' à l'article 10 : 9-102 (41) de la loi louisianaise n'est pas du tout l'équivalent de la conception de 'fixture' en droit de common law. Le droit louisianais définit 'fixture' dans l'article 466 du Code civil comme étant des 'component parts' ou biens meubles qui deviennent 'immobilisés' par leur incorporation dans un immeuble. Là encore les atours extérieurs d'un concept de common law ne sont pas adaptés au concept civiliste dont la teneur traditionnelle demeure.

Tout ceci pour dire que le droit civil louisianais, au cours de nombreuses années, s'est soit adapté ici ou là à la common law en l'habillant sous les traits harmonieux du code civil et on peut parler alors d'harmonisation en profondeur qui voit le code civil s'adapter à des mouvements de réforme et d'innovation, soit le code civil a vidé des concepts de common law de leur contenu pour ne garder que leur survêtement auquel cas on ne peut parler que d'harmonisation en surface.

### **C. Avis à la Commission ?**

Les deux cents ans de co-existence du Code civil louisianais, en langue anglaise, avec la common law de quarante neuf états sur un même continent ne semblent pas conduire à la conclusion que l'unification du 'droit privé' de tous les états soit une nécessité sur ce continent. Les règles de conflits de lois sont aux USA le moyen de remédier à l'absence d'unification du droit privé. S'il existe, entre les états de common law une harmonisation du droit des contrats et de la vente en particulier, c'est très certainement dû à l'influence et au rôle du monde des affaires dans les échanges de marchandises, 'goods', entre les états de la fédération plutôt qu'au rôle des législateurs.

Et, pourtant, la Louisiane fait toujours 'bande à part', seule contre tous. Son 'droit civiliste du contrat' et son 'droit civiliste de la vente' ne semblent poser aucun problème dans l'ordre interne louisianais tant entre entreprises locales qu'entre entreprises et particuliers. Pour les contrats 'trans-frontaliers' soit les règles de conflits de loi viendront au secours des parties (le Code civil louisianais contient un Livre IV sur les conflits de lois) soit, dans la grande majorité des cas, les contrats seront des contrats de common law réglementés (en général) par le droit de l'état du vendeur ou par le droit de l'état qui a le plus de contacts avec le contrat. Il ne semble pas, à l'heure actuelle, que la Louisiane soit déterminée à harmoniser son droit du

contrat et son droit de la vente avec le droit de common law. En dehors du monde des affaires, peut-être, il n'existe pas, en Louisiane, un besoin urgent d'harmoniser le droit des contrats ou de la vente parce que 'harmoniser' voudrait dire 's'intégrer' au droit de common law et perdre son identité.

Si je transpose le rapport « louisiane c. 49 états de common law » dans le cadre de l'UE, il devient alors « Grande-Bretagne/Irlande c. 23 ?24 ?25 ? états continentaux et civilistes ». Il me semble que ce rapport parle de lui-même ! Des « compromis » avec la Grande Bretagne devraient-ils conduire à une 'harmonisation' du droit du contrat (et non des contrats) du civil law vers la common law ? à une harmonisation du droit de la vente du civil law vers la common law ? Impensable !

Je ne vois pas un « Règlement » même instituant un régime facultatif de droit européen des contrats ; ni non plus une « Directive » relative au droit européen des contrats avant une longue période de temps pour faire des essais, jouer le jeu, avant que ne soient adoptées des règles communes. Là où la Commission écrit qu'une « Directive relative au droit européen des contrats pourrait harmoniser le droit national en matière de contrats sur le fondement de normes communes a minima. » (p.10 Option 5), je rappellerai ces mots de Portalis : « L'expérience prouve que les hommes changent plus facilement de domination que de lois » [n'est-ce pas encore aujourd'hui le cas de la Grande Bretagne qui a accepté, + ou -, la domination de Bruxelles sans changer 'son droit privé' ?] ou encore : « les codes des peuples se font avec le temps ; mais, à proprement parler, on ne les fait pas. ». Où la Commission peut-elle trouver, aujourd'hui « des normes communes a minima » entre le droit civil continental et le droit de common law de la Grande Bretagne ? Où espère-t-elle trouver « un droit des contrats neutre et moderne s'inspirant des traditions juridiques nationales communes.. » ? (Livre Vert p.7, 3.2) Des traditions juridiques communes entre le continent et la Grande Bretagne ? Je rappellerai aussi ces quelques mots du « Manifeste » de 1806 que les citoyens louisianais adressèrent au Congrès des Etats-Unis après que le gouverneur « anglophone » uniquement et de formation de « common law » (de Virginie) eut apposé son 'veto' à la loi que l'Assemblée Législative locale avait votée pour faire du 'droit romain et du droit espagnol' le droit de la Louisiane et le fondement du Code civil louisianais, dont la rédaction fut confiée à Moreau Lisset et Brown : « Il n'existe pas aux Etats-Unis de code civil commun à tous les états ; le droit de common law n'a pas fait l'objet d'un article de la Constitution ; ...le Congrès a eu la sagesse de laisser tel quel le droit de la common law de la Virginie, de la Caroline du Sud... ; le Congrès n'a pas posé de règles communes de common law qui gouvernent tous les Etats ; ... » Si, donc, la Commission a pour objectif l'institution d'un droit commun « du » / « des » contrat(s), il faudra que le droit de common law se dilue, se confonde dans le droit 'civil' continental qui est dominant. [Ce que la Louisiane, malgré sa petite taille, s'est refusé de faire...en sens inverse, se confondre dans le droit de common law]

Une « Recommandation » ? Peut-être...sur plusieurs années car ce sera à la Grande Bretagne de 'traverser' la Manche ! La Recommandation pourrait être sous la forme b) [p.9 Livre Vert...] et prévoir qu'une Directive pourrait entrer en vigueur après un laps de temps de 5 ? 8 ? ans à compter de la publication de la Recommandation. La Directive pourrait elle-même donner aux Etats 2 ou 3 ans pour incorporer la Directive dans leur ordre juridique. Total de temps requis 'Recommandation + Directive' : 8 à 10 ans.<sup>11</sup>

L'alternative d'un 'droit de la vente' plutôt que d'un 'droit du contrat' paraît plus accessible. Cette alternative est conditionnée par son champ d'application.

---

<sup>11</sup> Il faudrait aborder deux autres sujets étroitement liés au premier discuté ci-dessus : un sujet qui ne peut pas ne pas être discuté est celui du rôle des organes ou organismes chargés de résoudre les conflits entre 'acheteurs et vendeurs' : des tribunaux ? [lesquels ? comment ? voies de recours ? des médiateurs ou arbitres ? idem.

Un second sujet qui ne peut être ignoré est celui de la langue ou des langues de rédaction ; de nombreuses difficultés devront être affrontées. Langue écrite et langue du droit sont souvent loin d'être les mêmes.

## **II. CHAMP d'APPLICATION**

Deux questions sont posées : champ d'application quant aux sujets de l'instrument européen des contrats et champ d'application matériel de l'instrument.

Quant aux sujets de l'instrument, notre expérience du continent nord américain nous fait exprimer des doutes très sérieux, pour les raisons données ci-dessus, quant à la possibilité d'adopter un instrument visant « à la fois les contrats conclus entre entreprises et consommateurs et les contrats conclus entre entreprises ». Comme nous l'avons dit ci-dessus, il n'existe pas aux Etats-Unis 'un droit général « fédéral » des contrats qui intéresse tous les contrats sans distinction'. Le Restatement of Contracts pourrait être 'une alternative' mais il n'a aucune valeur juridique, ni fédérale ni étatique.

Des contrats spéciaux 'entre entreprises' ou 'entre entreprises et consommateurs' ?

La Convention de Vienne pourrait servir de modèle pour créer un 'instrument' 'européen' d'un contrat transfrontalier et interne ou national entre 'entreprises'. Il pourrait être 'supplétif ou facultatif' d'abord pour devenir obligatoire si l'expérience démontre que ce type de contrat est devenu la norme ou qu'il pourrait devenir la norme avec un petit 'coup de pousse' de la part du législateur européen.

Le consommateur, lui, est exclu du champ de la Convention.

L'objet du UCC est de 'simplifier, clarifier et moderniser le droit des transactions commerciales' et 'permettre l'expansion des pratiques commerciales...' ainsi que de parvenir à une uniformisation du droit entre les différentes juridictions'. Le UCC, sous sa forme de loi propre à chaque état, s'applique en règle générale, à tout acheteur et à tout vendeur, professionnel ou consommateur. Mais, ici et là, un contrat entre professionnels sera traité différemment d'un contrat entre particuliers ou d'un contrat entre un professionnel et un particulier. C'est le cas, par exemple, de l'Article 1-303 qui donne une description de concepts comme « Course of performance, course of dealing, usage of trade » qui concernent les transactions entre parties qui ont des rapports soutenus entre elles. L'Article 2-104(1) donne une définition du « merchant » et 2-104(3) définit les rapports « between merchants ». On retrouve ce rapport « between merchants » dans la 'formation' du contrat de vente à l'Article 2-201.

Un exemple pour la Commission ? Il faut rappeler que la Louisiane n'a pas fait sienne cet Article 2 sur la 'Vente'. Le Code civil louisianais, par exemple, exige toujours que le prix de la vente soit en 'argent' ; le UCC prévoit à l'Article 2-304 que le prix peut être payable « in money or otherwise...goods ». Le UCC ne connaît pas le contrat d' « Echange » ! Si la Louisiane reste fidèle à la tradition 'civiliste' malgré le défi que lui a lancé la common law de 49 états, la Grande Bretagne acceptera-t-elle d'abandonner le droit de common law de la vente pour adopter 'les principes du droit commun de la vente des pays continentaux soumis au droit civil' ?

Je ne vois pas, dans un avenir proche, ni non plus raisonnable, un droit commun européen de la vente 'entre particuliers'. Le fossé entre les 'traditions juridiques' reste trop profond. Pourquoi vouloir faire jouer 'la subsidiarité' contre la volonté des hommes ?

Quelle que soit la nature de l' « Instrument », il restera à résoudre le problème des 'conflits' entre particuliers de nationalités différentes, de domiciles différents, de langues et donc d'esprits différents ; à qui confier la difficile tâche de résoudre ces conflits ? Si la Cour Européenne de Justice n'a, pour l'instant, qu'une langue de travail, le français, qui se trouve être aussi une langue du 'droit romano-germanique ou civil law', dans quelle(s) langue(s) les conflits seront-ils entendus ? résolus ? Considérant que la terminologie juridique de la common law est souvent, et profondément, différente de la terminologie du droit romano-germanique, comment faire des langues officielles de l'UE un instrument efficace, juste et neutre des conflits entre des parties de nationalités et de mentalités différentes ?

## **D. REPONSE QUÉBÉCOISE**

*Par Jean-Louis Baudouin, ancien Juge, ancien professeur, avocat*

Il me paraît évident, à la lecture du document intitulé « Livre vert de la Commission relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises », qu'il est nécessaire pour l'Europe de se doter d'une réglementation uniforme au moins des contrats de consommation. Ce document me semble indiquer clairement que le principal but de cette initiative est d'accroître la protection des consommateurs à la fois dans le cas des contrats transfrontaliers et des contrats nationaux. Les premiers me paraissent rester cependant l'objectif principal.

La portée d'une telle intervention législative dépasse cependant, et il faut en être conscient, les frontières européennes dans un monde de mondialisation et d'internationalisation des échanges. Il serait donc nécessaire que les textes projetés tiennent compte également de cette réalité et de la nécessité de faciliter les échanges avec d'autres pays comme les États-Unis et les pays émergents d'Asie.

Pour plus de clarté, j'articulerai mes quelques commentaires dans un premier temps autour des différentes questions soulevées par le document.

Dans un second temps, je me permettrai, de mon expérience ici au Québec, quelques commentaires généraux.

### ► Choisir le meilleur instrument pour le droit européen des contrats (n°4)

À mon avis, il faut nécessairement un instrument contraignant. Dans une matière aussi importante et aussi lourde de conséquences sur le plan économique de simples adhésions volontaires à un modèle ou une formule proposée en espérant que les différents pays l'adopteront dans l'avenir et à leur gré m'apparaît aller directement au contraire du but poursuivi. À mon avis, une simple proposition ou suggestion modélisée laissée à la discrétion des pouvoirs politiques ne permettrait sûrement pas de régler le problème des contrats de consommation transfrontaliers. Chaque pays ne considérerait alors le projet que par rapport à ses propres intérêts et pour satisfaire tout le monde celui-ci risque de tellement édulcorer les textes qu'il ne représenterait plus qu'un plus petit commun dénominateur.

Espérer que dans quelques années, tous les pays européens finissent par adopter le texte sur une base volontaire me paraît donc relever de l'utopie.

Je ne pense pas, comme il est mentionné dans le texte, que l'exemple américain du Uniform Commercial Code puisse constituer pour l'Europe un précédent valable. La culture juridique américaine (avec l'exception de la Louisiane) est uniforme et donc un accord sur le projet du Uniform Commercial Code restait relativement facile à obtenir à cause de cette communauté de pensée. Il m'apparaît en être tout autrement de l'Europe actuelle qui, même si elle reste fidèle en général au modèle de droit continental est composée de traditions et d'usages forts différents les uns des autres.

En somme donc, le texte sur les contrats, quels qu'en soient la teneur, le contenu et la forme finale, doit posséder un statut officiel pour tous les tribunaux de l'Union.

L'option d'une directive européenne même si elle apparaît tout à fait crédible ne résout pas cependant entièrement le problème puisqu'une harmonisation par directive ne permettrait pas d'aboutir à une interprétation uniforme des règles posées.

Les deux options possibles sont donc celle du règlement instituant un droit européen des contrats et celle instituant un véritable Code civil européen.

Comme, à bien y penser, les efforts pour réaliser la première seraient à peu de choses près les mêmes que pour la seconde, du moins pour ce qui est du droit des contrats, c'est la solution d'un Code civil européen s'imposant à tous les états membres, qui me paraît être la meilleure solution.

Il faut être conscient cependant, comme le prouve d'ailleurs les difficultés qui ont entouré certains projets, (le projet Catala, par exemple), que la tâche est fort difficile. Il est donc possible qu'un instrument plus limité soit politiquement la meilleure solution à moyen terme même si celle d'un Code civil européen complet puisse être envisagée à plus long terme.

► Quel champ d'application donner à l'instrument?

Pour l'instant, et sous réserve d'une évolution future, il m'apparaît opportun de limiter la portée de l'instrument aux seuls contrats conclus entre un consommateur et une entreprise et d'exclure ceux conclus entre deux entreprises pour deux raisons.

La première est que le but premier de l'opération est de créer un système garantissant des règles et donc une protection uniforme à travers l'Europe dans une perspective de défense des intérêts des consommateurs car, ce sont eux qui, d'après le contenu du Livre Vert, semblent bien être au cœur même du projet.

La seconde est que pour respecter les lois du marché et de la libre concurrence entre les entreprises, il me semble préférable, dans un premier temps, de ne pas imposer trop de contraintes à celles-ci dans leurs rapports entre elles. La liberté contractuelle et l'autorégulation des marchés conditionnés en partie par les forces économiques me paraissent meilleures qu'une coercition accrue et imposée d'autorité.

À plus long terme cependant, si l'initiative en faveur du consommateur prenait forme et s'avérait efficace, rien n'empêcherait dans une seconde phase de l'étendre aux rapports contractuels entre les entreprises.

L'instrument, quel qu'il soit, devrait par ailleurs bien évidemment viser les contrats transfrontaliers et constituer donc une base minimale, universelle et crédible de réglementation. Idéalement, il devrait remplacer les législations nationales mais il faudra penser alors à un système de droit transitoire qui soit souple mais surtout clair et opérationnel. Dans un premier temps, rien ne s'oppose cependant à ce qu'un état adopte une législation avec des mesures encore plus protectrices du moment que celles minimalement prévues par l'instrument sont respectées.

► Quel champ d'application matériel?

Idéalement, s'il s'agit d'un Code, l'instrument devrait être le plus complet possible et donc couvrir un champ étendu du droit des contrats et des obligations. Je doute cependant que la chose soit immédiatement possible. Il serait donc préférable, à mon avis, de se concentrer sur un champ plus restreint, excluant donc la responsabilité extracontractuelle, l'acquisition et la perte de propriété des biens et les sûretés. L'accent devrait être mis sur les contrats de service puisqu'à notre époque, il constitue une très grande proportion des engagements conclus par les consommateurs (les contrats de téléphonie en sont un exemple clair).

Dans une seconde phase, il restera possible de s'attaquer au reste de ce que l'on appelle la théorie des obligations et donc viser la conception d'un véritable Code civil européen complet.

► L'expérience québécoise

La recodification du droit civil québécois entrée en vigueur en 1994 a été un succès. Le processus a cependant duré plus de vingt ans.

Toute comparaison avec la situation européenne est nécessairement fallacieuse puisque le contexte et les enjeux sont différents. Je me permets cependant quelques réflexions générales tirées de cette expérience en espérant qu'elles pourraient être de quelque utilité.

La première est que, comme on le sait, le milieu juridique est par définition conservateur et qu'une réforme, donc un changement, quels qu'en soient les mérites, qui vient troubler les habitudes acquises est vue avec suspicion sinon avec hostilité. Pour s'assurer donc que la réforme puisse voir le jour, il est absolument indispensable d'associer à celle-ci tout le milieu juridique (avocat, notaire, magistrat, conseiller d'entreprise, etc.). C'est grâce à cette association et à cette consultation qu'il est possible de ventiler à l'avance les objections et les résistances, et donc de les connaître puis de les résoudre.

La seconde est que l'instrument souhaité, quelle que puisse être sa forme, devrait faire face à une question importante relative à son contenu. Si l'on tente protéger le consommateur, les responsables du projet devront décider de l'opportunité de regrouper les règles à l'intérieur même du Code civil ou de prévoir au contraire une sorte de Code de la consommation. Beaucoup de règles touchant la protection du consommateur sont de type réglementaire et constituent des exceptions au droit commun. Cette difficulté a été résolue au Québec tout en respectant la tradition civiliste en incorporant dans le Code civil seulement des références larges aux contrats de consommation et en renvoyant la réglementation détaillée dans une loi particulière intitulée Loi sur la protection du consommateur.

Enfin, et ce n'est pas la moindre chose, puisque le Code civil québécois devait être bilingue, il a fallu le traduire en anglais. Il faut faire alors attention de ne pas, sous prétexte d'une traduction, incorporer dans la version anglaise des concepts et des termes de Common Law sous le simple prétexte de leur équivalence. Au Québec, il a donc fallu créer des néologismes de la langue anglaise (par exemple le terme « prestation » ou le terme « obligation » au lieu de « duty »).

Je suppose qu'avec la variété des langues européennes, ce problème se posera avec une certaine acuité.

\*  
\*       \*