



VERS UN DROIT EUROPÉEN DES CONTRATS ? (RÉFLEXION SUR UNE DOUBLE STRATÉGIE)*

CONFÉRENCE ASSOCIATION DROIT ET COMMERCE
TRIBUNAL DE COMMERCE DE PARIS - 6 MARS 2006

*PAR CHRISTOPHE JAMIN**

Aussi curieux que cela puisse paraître, un juriste français ne saurait aborder impunément le droit européen des contrats. En général, le droit des contrats, grammaire du droit civil réputé pour sa technicité, voire son abstraction, ne suscite qu'assez rarement de violentes controverses. Mais en l'occurrence ce droit des contrats a le tort de ne pas être national ; il est européen. Et c'est ce caractère qui enflamme les esprits. A la fin des années 1990, c'est-à-dire à un moment où les autorités bruxelloises s'interrogeaient sur l'opportunité d'une véritable unification du droit des contrats en Europe par le biais d'un code unique destiné à se substituer aux différents droits nationaux⁽¹⁾, nous avons tout lu. Tel universitaire s'est insurgé contre l'idée même d'une codification européenne jugée tout à la fois insolente, grandiloquente, obsolète et innocente, autrement dit naïve⁽²⁾. Tel autre lui a reproché de porter atteinte à la triple exigence de justice, de sécurité juridique et de démocratie⁽³⁾. Sur un registre voisin, tel autre encore a soutenu qu'un projet de ce genre contribuerait à défaire le lien quasi-ontologique entre la nation et la démocratie⁽⁴⁾. Arrêtons-là ce florilège ! Et revenons sur ce constat : il peut être dangereux de parler de droit européen des contrats.

A dire vrai, c'est un danger de formation récente dans notre pays. Le dépassement de notre horizon national n'a pas toujours été craint. Souvenons-nous du très intéressant projet de code franco-italien des obligations et des contrats de 1927 dont l'exposé des motifs avait été rédigé, côté français, par trois grands noms de la doctrine : Capitant, Colin et Ripert. Projet que certains avaient tenté de réanimer et d'étendre à d'autres pays dans l'immédiat après-guerre. Le doyen Julliot de la Morandière, qui présidait à l'époque la commission de réforme du Code civil, avait déclaré sa faveur pour un projet d'unification du droit des obligations à l'échelle européenne. Et si le doyen Carbonnier s'est attaché à la

* Christophe Jamin est professeur des universités à Sciences Po (Paris) et membre de la Chaire Régulation.

réécriture du seul droit de la famille et des personnes durant les années 1960, c'est parce qu'on escomptait à l'époque – dans une France gaullienne – sur l'imminence d'un droit européen des obligations. Néanmoins ces années-là marquent la fin des plaidoyers favorables à l'émergence de ce droit européen⁽⁵⁾. Après cela, c'est un silence et même un silence assourdissant du côté français.

Alors que dès le début des années 1980, et plus encore après l'entrée en vigueur de l'Acte unique de 1986, plusieurs groupes de travail commencent, en Europe du nord mais aussi en Italie, à réfléchir à différentes modalités d'une future harmonisation du droit des contrats en Europe, alors même que des enseignements lui sont consacrés dans plusieurs universités étrangères, alors encore que la Commission et le Parlement européens commencent à s'emparer sérieusement du sujet, les juristes français demeurent silencieux. Je me souviens d'un colloque que mon collègue Denis Mazeaud et moi-même avons organisé en 1999 à Lille sur ce thème⁽⁶⁾. Nous avons eu le plaisir de voir dans le public de nombreux juristes étrangers, mais seulement une poignée d'universitaires français. A l'époque, le sujet n'intéressait encore qu'un petit cénacle de juristes comparatistes situés à la marge de l'institution doctrinale.

Et puis d'un coup, je vous l'ai dit : le déluge de feu, à cet instant précis où certains civilistes français ont commencé à prendre conscience qu'un code européen du droit des contrats, voire des obligations, était à nos portes et pouvait demain ou après-demain se substituer au vénérable titre III du livre III de notre Code civil. Même si elle ne fut pas unanime, la réaction française fut d'autant plus vive, me semble-t-il, qu'elle était tardive. Mais elle n'a peut-être pas été sans effet. Les discours sur l'unification se font aujourd'hui plus discrets. L'adoption prochaine d'un code européen des contrats ne semble plus vraiment à l'ordre du jour. La mode est plutôt, du moins officiellement, à la coordination des droits, au "*pluralisme ordonné*"⁽⁷⁾, à l'harmonisation douce, autrement dit au *soft law*. Ce nouveau discours, cette apparente évolution méthodologique, traduit peut-être une inflexion stratégique de la part des différentes instances européennes. Cette inflexion, j'essaierai d'en mesurer la portée dans un premier temps.

Mais je ne m'en tiendrai pas là. Car, en toute hypothèse, cette évolution ou cette inflexion me semblent donner toutes ses chances à ce qu'une large fraction de la doctrine française aimerait être la future ligne de conduite de nos gouvernants nationaux. Dès l'instant qu'il ne s'agit plus de substituer, du moins dans l'immédiat, un droit européen unifié des contrats aux différents droits nationaux, l'avant-projet de réforme du droit français des obligations, qui a été remis au Garde des Sceaux le 22 septembre 2005 par un groupe d'une quarantaine d'universitaires, devient sinon légitime, du moins envisageable. C'est à l'étude de cette éventuelle ligne de conduite que je consacrerai la seconde partie de mon propos. Il m'apparaît en effet nécessaire, voire urgent, de procéder à la recodification de notre droit des contrats si nous voulons peser, un peu plus que par le passé, sur ce droit européen des contrats en cours de formation.

Mais commençons par le commencement. Etudions d'abord l'évolution de la stratégie communautaire, de la codification uniforme à la coordination des droits (I), avant d'analyser l'éventuelle stratégie française, de la coordination des droits à la recodification du droit national (II).

I - L'évolution de la stratégie communautaire : de la codification uniforme à la coordination des droits

L'histoire commence en 1974. A l'issue d'un colloque qui se tient à Stockholm sur le projet de convention communautaire sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non-contractuelles, certains participants sont convaincus que les règles de conflit ne pourront suffire à l'établissement d'un marché européen unifié et qu'il faut établir des règles uniformes de fond. C'est d'un code européen des obligations dont nous avons besoin, s'exclame le docteur Hanschild, qui est alors directeur à la direction générale du marché intérieur de la Communauté économique européenne, à l'issue du dîner de clôture. Il ne s'agit pas là que d'une anecdote, ou du moins cette anecdote nous fournit deux enseignements précieux : c'est de code dont il est spontanément fait état et ce code tient sa légitimité de la nécessité d'établir un marché intérieur. La machine est alors lancée : l'hôte des lieux, le professeur suédois Ole Lando s'efforce dans les années qui suivent de réunir des juristes de divers Etats membres pour mettre en œuvre ce projet. En 1982 commencent à Hambourg les premières discussions sur les principes du droit européen du contrat. La première partie de ces principes sera publiée en anglais en 1995 ; elle sera suivie en 2000 de sa seconde partie, l'ensemble étant traduit en français en 2003⁽⁸⁾.

Ce groupe n'est pas le seul à travailler sur un texte à vocation directement normative. En 1990 se tient à Pavie un autre colloque où de nombreux juristes européens s'interrogent à leur tour sur l'opportunité de promouvoir une éventuelle codification du droit des contrats en Europe. Prend corps l'Académie des privatistes européens dont les travaux sont coordonnés par le juriste italien Giuseppe Gandolfi. Elle s'emploiera bientôt à rédiger un code européen des contrats dont les 173 articles ont été publiés en français en 2001.

Ce n'est pas ici le lieu de comparer dans le détail les deux projets. Retenons simplement deux différences majeures entre eux. D'une part, la dimension politique est loin d'être absente du projet italien : fidèle aux idéaux humanistes de Tunc, qui est l'un des principaux fondateurs de l'Académie, le code a moins pour fin de promouvoir le marché unique que de consolider la "*conscience européenne*"⁽⁹⁾. D'autre part, à la différence du projet d'origine suédoise qui est plus certainement constitué de principes dont la relative imprécision a pour objet de ne pas heurter les différentes traditions nationales, le code européen des contrats rédigé par le groupe de Pavie est délibérément formé de règles très précises qui sont destinées à éviter, autant que possible, les distorsions dans l'interprétation des textes par les différents juges nationaux. Néanmoins les ambitions des deux projets sont, à quelques nuances près, les mêmes : l'un et l'autre se veulent des modèles d'une future législation européenne, même si le projet italien revendique plus directement le statut de code (et non de *restatements*), ses promoteurs étant persuadés que la tradition de *common law* n'est pas structurellement rétive à une telle logique⁽¹⁰⁾.

Néanmoins ces deux projets ne constitueraient rien d'autre que des réflexions doctrinales s'ils n'étaient puissamment soutenus par les institutions européennes. Or c'est bien le cas depuis les années 1980. Mai 1989 et mai 1994 : à deux reprises, le Parlement européen recommande d'effectuer une unification du droit privé des Etats membres au moyen d'un code commun européen de droit privé. Octobre 1999 : le Conseil européen de Tampere réitère cette demande dans le contexte de

la coopération judiciaire européenne. Novembre 2000 : une séance d'information se tient au Parlement européen sur le thème d'un Code civil pour l'Europe ; on y confirme aux experts présents que le Parlement entend formuler sous peu une nouvelle résolution favorable à la codification. Juillet 2001 : dans une importante communication, la Commission européenne précise qu'elle souhaite obtenir de tous les milieux intéressés des informations sur une action communautaire plus étendue en matière de droit des contrats. Quatre options sont envisagées ; elles vont de l'abstention pure et simple (laissons faire le marché) à une codification unique destinée à se substituer aux droits nationaux.

C'est à partir de ce moment-là que les choses vont commencer à changer. Mais il faut bien le comprendre : jusqu'à cette date, le projet d'une codification européenne constitue l'horizon, aussi bien au sein des institutions communautaires que des milieux universitaires européens, du moins ceux qui forment le *mainstream*. Fait significatif : dans une conférence prononcée à la Cour de cassation en avril 2002, le professeur Christian von Bar, qui coordonne l'important et très entreprenant groupe de travail qui a succédé à celui que dirigeait son collègue Lando⁽¹¹⁾, reprend à son compte le calendrier draconien du Parlement européen : d'ici 2010, un droit européen des contrats doit se substituer aux droits nationaux ; il s'agit d'aller très vite de l'établissement de principes communs à une véritable codification⁽¹²⁾.

Pourtant l'année 2001 marque, à mon sens, le début d'une évolution importante de la stratégie des organes communautaires. Les résultats du questionnaire établi par la Commission ne sont pas très favorables à une unification du droit européen en matière contractuelle. Même, et j'allais presque dire surtout, du côté des agents économiques. Ceux-ci sont attachés à la liberté contractuelle et ils peuvent voir d'un œil circonspect les projets européens d'unification du droit des contrats. Comme l'a résumé un universitaire allemand : "*Après deux décennies de restrictions de la liberté contractuelle par une législation obligatoire de protection du consommateur, l'économie allemande craint des restrictions supplémentaires de l'autonomie privée*"⁽¹³⁾. On ne saurait le dire plus clairement : tout effort d'harmonisation (au sens générique) du droit des contrats en Europe ne saurait faire l'impasse d'un débat préalable de politique juridique sur la substance de ce droit ayant pour question centrale : quelle place faut-il réserver à la liberté contractuelle ? Or ce débat n'a, semble-t-il, jamais vraiment eu lieu.

Mais l'exigence d'un tel débat n'a pas constitué la seule revendication formulée à l'égard des organes communautaires. De nombreux juristes, spécialement dans les milieux universitaires, ont soutenu que le droit privé des contrats n'était pas que le support technique, axiologiquement neutre, des échanges économiques, mais qu'il était aussi *un fait de culture*. En un mot : unifier le droit privé des contrats par-dessus les Etats nationaux porterait atteinte à leurs identités culturelles respectives.

Plus encore, cette diversité culturelle rendrait vain tout effort d'harmonisation, car un même texte pourrait ne pas avoir le même sens pour ses interprètes (peut-être même en dépit d'une CJCE érigée en cour suprême de l'unité d'interprétation). Le professeur Gunther Teubner l'avait démontré il y a plusieurs années à propos de l'exigence de bonne foi en matière contractuelle : celle-ci, avait-il soutenu, ne peut pas avoir le même sens ni la même intensité dans le système capitaliste allemand traditionnel gouverné par des relations de longue durée qui privilégient

une exigence forte de bonne foi (à partir du fameux *treu und glauben* de l'article 242 du BGB) et dans le système capitaliste anglais caractérisé par des relations de marché à court terme et des idéaux individualistes⁽¹⁴⁾.

Dans cette perspective, justifier l'harmonisation européenne du droit des contrats en recourant essentiellement à l'argument tiré de la réalisation du marché intérieur perd de sa puissance rhétorique. Mais il faut aller au-delà de la seule rhétorique, car l'argument de nature culturelle porte aussi un rude coup au projet d'unification sur deux autres plans.

D'une part, si ce projet ne ressort pas seulement de la technique, la manière purement technocratique d'y procéder, qui a primé jusqu'à présent, n'est plus adéquate : si elle touche au plus près les identités nationales, la question doit être portée sur la place publique, afin que soient respectées les exigences de la démocratie.

D'autre part, si la réalisation du marché intérieur ne suffit pas à justifier le projet, celui-ci est privé de fondement juridique. L'article 95 du traité (l'ex-article 100 A), qui autorise les organes communautaires à prendre les mesures relatives au rapprochement des législations nationales en vue de l'instauration et du fonctionnement du marché intérieur, ne constitue plus un fondement textuel adéquat. Or ce défaut de base légale, que la Commission européenne n'a jamais abordé franchement, pose un énorme problème dans un système de compétence d'attribution⁽¹⁵⁾, qui ne peut au surplus être appréhendé indépendamment des principes de subsidiarité et de proportionnalité⁽¹⁶⁾.

Poursuivons : il n'y a pas que la politique juridique et l'intégrité culturelle pour mettre à bas la logique qui avait fondé le discours dominant depuis la fin des années 1980. Celui-ci a été pris sur son propre terrain de la réalisation du marché intérieur appréhendé cette fois non plus sous l'angle juridique, mais économique. De nombreux auteurs ont relevé que l'absence d'un droit unifié des contrats n'avait pas empêché l'économie nord-américaine d'être la plus puissante du monde, cette puissance résultant d'une multitude d'autres facteurs⁽¹⁷⁾, ou que la diversité des droits n'était pas vraiment un frein au développement des relations économiques entre multinationales, qui peuvent négocier le droit applicable à leurs contrats⁽¹⁸⁾. Bien plus, certains juristes férus d'analyse économique du droit ont entrepris de démontrer que la concurrence entre les droits nationaux était beaucoup plus efficace qu'un droit unifié sous l'autorité d'un hypothétique Code civil européen⁽¹⁹⁾. En d'autres termes, et d'un point de vue économique, la réalisation du marché intérieur ne serait nullement tributaire d'une unification du droit.

Politique, culture, économie : il me semble que le projet d'unification du droit des contrats en Europe, mis en place au début des années 1980, a plié sous ce triple coup de boutoir.

En toute hypothèse, celui-ci m'apparaît avoir entraîné un infléchissement de la stratégie européenne. Le questionnaire de 2001 a en effet connu des suites. En février 2003, la Commission diffuse une nouvelle communication relative à un plan d'action intitulé "*un droit des contrats européen cohérent*" (suivie, mais je n'entrerai pas dans le détail, d'une nouvelle communication publiée en octobre 2004 et d'un premier rapport annuel de la Commission sur l'état d'avancement du droit européen des contrats et de la révision de l'acquis, publié en septembre 2005), qui insiste plus spécialement sur la nécessité d'accroître la cohérence de l'acquis communautaire dans le domaine du droit des contrats et d'élaborer des

clauses de contrat standard à l'échelle de l'Union (un projet qui semble avoir rencontré un succès mitigé⁽²⁰⁾), tout en laissant à une période future l'appréciation relative à l'adoption de solutions qui ne seront pas spécifiquement sectorielles, telles que, par exemple, un instrument optionnel.

Acquis communautaire d'un côté, instrument optionnel de l'autre : ces deux expressions me paraissent marquer un infléchissement, non dénué d'ambiguïté, de la stratégie mise en œuvre par la Commission.

L'acquis communautaire, c'est l'ensemble des instruments normatifs européens (directives, règlements, mais aussi jurisprudence de la CJCE) qui touchent au droit des contrats de manière sectorielle. La question posée : est-il possible de déduire de cet ensemble, à dire vrai assez hétéroclite, des règles et des principes susceptibles de constituer un cadre de référence commun en droit des contrats ?⁽²¹⁾ On voit immédiatement poindre l'avantage rhétorique de cette nouvelle stratégie : elle permet d'amoindrir la portée du reproche adressée à la méthode précédente qui reposait essentiellement sur une comparaison des droits nationaux. L'acquis communautaire est d'ores et déjà censé constituer le patrimoine commun de ces droits nationaux et il a déjà fait l'objet d'une acceptation de la part des différents Etats membres. Grâce à la référence à l'acquis communautaire, les critiques tenant à la diversité des cultures, voire à l'absence de respect des exigences démocratiques, pourraient ne plus avoir la même prise sur le plan mis en œuvre par la Commission.

Quant à la référence à la notion d'instrument optionnel, elle est aussi censée désamorcer la critique. Il n'est plus fait référence à un code unique. On ne sait même pas si la Commission entend privilégier le système du *opting-in* (où il faut un acte volontaire pour adopter le système normatif communautaire) ou du *opting-out* (cet acte étant cette fois requis pour s'en affranchir). Au surplus, le texte reste muet sur le champ d'application de cet instrument, dont on ne sait pas exactement s'il est ou non destiné à s'appliquer aux seuls contrats transnationaux. Dans cette optique, la critique tirée d'une certaine analyse économique du droit, mais aussi de la violation des traditions ou des identités nationales perd de sa portée : puisqu'il est optionnel, le futur instrument normatif communautaire devrait en principe n'avoir pour vocation que d'être la 26^{ème} option (le 26^{ème} régime, selon la terminologie de la Commission) aux côtés des 25 options nationales... tout au plus une loi-modèle pour de futures réformes nationales dans un avenir qui peut être plus ou moins proche.

J'ai cependant parlé d'ambiguïté à propos de cette évolution méthodologique. Mettons de côté les nombreuses interrogations de fond qu'elle engendre⁽²²⁾. Tenons-nous en à la seule stratégie.

S'agissant de l'acquis communautaire, il semble que le groupe qui travaille sous l'égide du professeur von Bar ait constitué un réseau avec le groupe d'experts, entré en fonction en décembre 2004, qui a pour tâche de travailler sur cet acquis communautaire⁽²³⁾. Il est alors possible que l'expertise réalisée par ce dernier groupe ait essentiellement pour objet de mettre à jour les principes du droit européen du contrat issus des travaux du groupe qu'animait le professeur Lando, qui constitue le socle sur lequel agit le groupe dirigé par son collègue von Bar. A titre d'exemple, le droit européen (primaire et dérivé) a récemment développé un corpus important en matière de non-discrimination, dont les rédacteurs des principes du droit européen du contrat n'avaient pas pu vraiment tenir compte⁽²⁴⁾. La Commission européenne pourrait donc ne pas avoir renoncé à son projet

d'unification du droit des contrats (un droit unique se substituant à terme aux droits nationaux), mais simplement entendu y renforcer la part de l'acquis communautaire, ce qui aurait le double avantage d'actualiser les principes du droit européen du contrat et d'amoindrir la portée des critiques tirées des diverses susceptibilités nationales.

Cette hypothèse sort renforcée si l'on regarde cette fois du côté de la nature optionnelle du futur instrument communautaire. Il m'apparaît en l'espèce que tout est affaire de politique. Le professeur von Bar, qui semble aujourd'hui avoir l'oreille de la Commission, a répondu très favorablement à son nouveau plan d'action, celui de 2003 : élaboration d'un cadre de référence dans un premier temps et réflexion sur d'autres mesures législatives dans un second. Mais comme l'a fort bien écrit sa collègue allemande Barbara Dauner-Lieb : *"Toutefois, il n'y a pas lieu de douter du fait que Christian von Bar tienne à son postulat de 2001"*⁽²⁵⁾. Or ce postulat, nous le connaissons. Le professeur von Bar s'en est ouvert très clairement : *"L'objectif à long terme doit toutefois rester un texte obligatoire. N'est droit que ce qui lie, les beaux arts font l'objet d'autres facultés. La tâche stratégique qu'il s'agit de résoudre est donc celle de savoir s'il est possible, en prenant en compte les résistances futures et sans susciter un chaos dans les sources du droit, de développer une transition, une sorte de plan à plusieurs étapes qui aboutira à un texte obligatoire et convaincant au fond"*⁽²⁶⁾. Cet objectif prend une réalité d'autant plus tangible que les travaux du groupe de travail dirigé par le professeur von Bar doivent être présentés dans de multiples langues durant les semaines à venir... et que le Parlement européen ne semble pas avoir renoncé au calendrier fixé par la Commission en 2001. Dans une résolution adoptée en septembre 2003, celui-ci continuait à soutenir que la multiplicité des ordres juridiques des Etats membres *"... porte atteinte au bon fonctionnement du marché intérieur"*⁽²⁷⁾.

Réelle inflexion de la politique communautaire favorable à l'admission d'un pluralisme des droits ou choix purement stratégique destiné à vaincre les réticences exprimées par de très nombreux acteurs à l'égard d'un futur droit unifié des contrats en Europe ? Je ne le sais pas vraiment. Mais quelle que soit la branche de l'option retenue, elle me semble justifier une recodification du droit français des contrats. C'est ce que je voudrais maintenant démontrer.

II - L'éventuelle stratégie française : de la coordination des droits à la recodification nationale du droit des contrats

Pour apprécier l'intérêt de cette éventuelle recodification, il faut à mon sens prendre comme point de départ de l'analyse la politique communautaire et son ambiguïté, autrement dit les deux branches de l'option que je viens d'énoncer.

Admettons, en premier lieu, que cette politique privilégie vraiment le pluralisme des droits en ne conférant qu'une portée optionnelle au futur instrument normatif destiné à régir le droit européen des contrats. Au premier regard, la recodification du droit français peut apparaître moins urgente, voire inutile. Dans une telle hypothèse, nous pourrions nous contenter de notre droit mi-codifié mi-jurisprudentiel, en dépit des critiques que nous avons tous l'occasion de formuler sur tel ou tel de ses aspects. Ce serait à mon sens une erreur, car nous nous priverions sans doute de la possibilité de participer au débat sur ce fameux

instrument optionnel. Si le droit français est aujourd'hui hors jeu, c'est en partie parce qu'il apparaît vieilli aux yeux de nos partenaires européens, qui ne voient bien souvent dans notre Code civil que le code Napoléon de 1804 et ont un peu de mal à cerner les apports, pourtant considérables, de la jurisprudence, parce que celle-ci n'est pas, du fait de sa nature même, aussi lisible qu'un code et qu'elle n'est vraiment comprise que par les initiés que nous sommes. N'oublions pas que les Néerlandais, qui sont très actifs dans les instances communautaires en vue de l'élaboration d'un code européen, ont adopté un nouveau Code civil en 1992 et que les Allemands ont accéléré le mouvement de réforme de leur droit des obligations en 2002 aux fins de créer un "code modèle" destiné à jouer "un rôle précurseur dans l'eupéanisation du droit des obligations"⁽²⁸⁾. Nous aurions tort de ne pas nous inspirer de leur stratégie, même dans l'optique d'une 26^{ème} option. Et cela d'autant que cette option peut être juridiquement plus ou moins contraignante. Imaginons un instant que le système du *opting-out* soit finalement retenu ; cette 26^{ème} option ne pourrait plus être négligée.

Admettons, en second lieu, que le plan d'action élaboré en 2003 n'ait pas remis en cause les intentions initiales des organes communautaires : élaborer un droit uniforme, dont l'échéance serait simplement reportée. Dans cette hypothèse, le législateur français a le plus grand intérêt à réformer notre droit national. Et pour les raisons que je viens d'exposer : parce que le Code civil a vieilli, parce que la jurisprudence n'est pas assez lisible, nous devons réformer. Ce qui est nécessaire si le futur droit européen constitue la 26^{ème} option devient impératif s'il n'y a plus à terme qu'un seul droit des contrats en Europe. Cette hypothèse semble aujourd'hui la moins probable ou la plus lointaine, surtout après les résultats du référendum sur le projet de traité constitutionnelle, mais elle ne doit pas être négligée. Si nous voulons espérer jouer un rôle dans le processus d'uniformisation, il nous faut réformer, tout en sachant très bien que nous ne réformerons pas pour les deux siècles à venir. Et si nous voulons jouer un rôle important, il me semble que nous ne pouvons pas nous en tenir à notre génie national, mais que nous avons le plus grand intérêt – encore une fois : un intérêt stratégique – à nous inspirer des projets européens et à tenir compte des droits nationaux de nos partenaires.

C'est à mon sens sous cet angle – un angle *stratégique* – qu'il faut analyser l'avant-projet de réforme du droit des contrats qui a été remis au Garde des Sceaux. Cet avant-projet possède un grand avantage – et je le dis sans la moindre ironie : ses intentions demeurent ambiguës. Les propos introductifs finement ciselés du professeur Catala ne nous éclairent guère⁽²⁹⁾. C'est une grande force, car ces propos permettent de réconcilier les plus européens avec les plus nationalistes, dont je vous ai rappelé la violence de certains écrits : chacun peut trouver dans l'avant-projet les intentions stratégiques qu'il veut. Et tous peuvent avoir d'excellentes raisons pour réformer : les plus nationalistes y verront le moyen de préserver ou de glorifier notre droit civil, voire de résister aux intentions réformatrices des organes communautaires en leur opposant les réformes récentes des droit nationaux (le droit français après le droit allemand) ; les plus européens, l'instrument de notre éventuel retour dans le débat communautaire. M. Catala va d'ailleurs dans ce sens quand il justifie l'urgence de la réforme : "... il est inconcevable que la France soit muette dans un concert européen qui pianote les premières gammes d'un droit commun idéal des contrats"⁽³⁰⁾.

Néanmoins quand j'analyse dans le détail le contenu de l'avant-projet, j'y trouve assez peu de références aux projets de droit européen. Nous sommes loin des règles détaillées du code européen des contrats (Gandolfi) ou du contenu des principes du droit européen du contrat (Lando). Ce sont Portalis et Carbonnier qui sont fêtés comme les maîtres du style législatif. Et sur le fond, les innovations sont en définitive peu nombreuses, les rédacteurs de l'avant-projet se bornant souvent à prendre à leur compte les avancées de la jurisprudence ou du moins à se déterminer en fonction de cette jurisprudence. Par instant on dirait même qu'ils regardent plutôt vers le passé et qu'ils n'arrivent pas vraiment à se démarquer du modèle intellectuel de 1804. Prenons l'exemple, à mon sens emblématique, du fameux article 1134 du Code civil : les rédacteurs n'ont pas voulu en changer un seul mot au motif, un peu trop littéraire à mon goût, que celui-ci "*appartient aux citoyens*"⁽³¹⁾.

La méthode peut avoir ses avantages. Les Allemands ont été piégés par les très nombreuses innovations qu'ils ont introduites dans le BGB en 2002 : les praticiens semblent avoir été totalement déroutés et les seuls à s'enrichir pourraient être les éditeurs et les professeurs de droit qui multiplient les explications de texte... Quant à la complexité et à l'abstraction de la réforme, elles ont obligé nos partenaires à renoncer à leurs ambitions initiales : le BGB nouveau ne pourra pas être une loi-modèle pour l'Europe⁽³²⁾.

Si la méthode retenue dans l'avant-projet a donc des avantages, elle présente aussi quelques inconvénients. En ne regardant guère du côté du droit européen, en continuant par exemple à faire prévaloir une conception comme toute complexe de la cause⁽³³⁾ ou de l'objet ou en s'attachant plus fortement qu'en 1804 aux notions d'acte juridique et d'obligation qui sont inconnues des juristes anglais⁽³⁴⁾, nous ne nous plaçons pas à l'avant-garde. Ce qui ne devrait guère faciliter le dialogue avec nos interlocuteurs. D'un autre côté, nous sommes beaucoup moins abstraits que les Allemands ou les Néerlandais, ce qui est un avantage, mais notre langue, les formules utilisées dans l'avant-projet, ne sont pas toujours d'une absolue clarté, en dépit des ambitions littéraires des rédacteurs du texte. Sur ce point, nous pourrions peut-être nous inspirer du nouveau Code civil du Québec écrit dans un style plus simple et plus direct et qui a cet immense avantage sur le nôtre de pouvoir plus aisément se traduire, spécialement en langue anglaise, – ce qui signifie être plus facilement compréhensible par des juristes d'autres traditions (car une traduction, toujours possible et d'ailleurs en cours s'agissant de l'avant-projet, ne rend pas nécessairement compréhensible le texte traduit ; prenons encore l'exemple de notre fameux article 1134 si chargé d'histoire et de multiples sens...). La simplicité, à la fois sur le fond et la forme : n'est-ce pas le prix à payer si l'on veut avoir une chance de s'exporter ?

Durant les mois à venir, il me semble donc que nos efforts – ceux des différents praticiens qui sont actuellement consultés par la Chancellerie – devraient porter et sur un éventuel rapprochement avec les projets européens, voire avec d'autres codes qui appartiennent à la tradition civiliste, et sur une simplification de la langue, ce qui accentuerait l'avantage du style législatif français : son accessibilité et une souplesse qui permet toutes les adaptations.

Mais de grâce n'allons pas beaucoup plus loin. Enlevons quelques scories, mais ne discutons pas au fond. Je sais bien que ce texte ne fait pas l'unanimité, à

la fois sur un terrain purement technique, certains choix n'apparaissant pas toujours cohérents, et au regard de sa philosophie générale, qui emprunte tout à la fois à des idées volontaristes et sociales.

“*Beaucoup de travail a été fait, mais beaucoup de travail reste encore à faire*” a-t-on alors pu écrire à propos de l'avant-projet⁽³⁵⁾. Je vous avoue que ce genre de remarque me laisse pour le moins dubitatif. Elle est oublieuse de toutes les critiques de nature technique qui ont été adressées au code Napoléon durant les premières années ayant suivi sa promulgation ; n'oublions pas que nous n'en avons fait un monument qu'assez tardivement. Cette remarque me fait aussi penser à d'autres civilistes qui ont vertement critiqué le nouveau Code civil du Québec, parce que celui-ci aurait été promulgué “*à l'état de brouillon*”...⁽³⁶⁾. Mais tous les textes sont des brouillons ! Et pourtant, il faut bien l'admettre en confiance, ça marche : l'économie québécoise ne s'est pas effondrée et les rapports sociaux ne se sont pas détériorés au lendemain de la promulgation du code ! Il n'est pas nécessaire de s'intéresser à la théorie de l'interprétation, d'un peu plus près que la doctrine privatiste dominante, pour le savoir : les vrais maîtres des textes, ceux qui leur donnent sens en transformant des brouillons en copies respectables, ce sont les interprètes, au premier rang desquels figurent les juges. Ceux-ci auront tout le temps de corriger, au gré des litiges qu'ils auront à résoudre, les imperfections de l'avant-projet, voire de réécrire certains de ses articles, si celui-ci devait être promulgué sans trop de corrections. Portalis ne nous l'avait-il d'ailleurs pas dit en 1804 quand il s'en était remis à la prudence des juges pour corriger, compléter, amender un code dont il pensait qu'il ne se ferait qu'avec le temps⁽³⁷⁾ ?

Le débat n'est d'ailleurs pas de savoir si le texte est parfait ; il ne le sera jamais. Ce qui importe, c'est que même en l'état nul ne peut raisonnablement soutenir qu'il est indigne. Ses ambiguïtés et ses quelques incohérences ont même cet avantage paradoxal d'offrir aux juristes les ressources argumentatives propres à autoriser de nombreuses inflexions de sens. Et encore une fois, l'essentiel du débat ne porte pas sur le fond, il est d'ordre stratégique : *voulons-nous ou non revenir dans le concert européen ?* Sur ce point, je n'irai pas jusqu'à soutenir que nous sommes à la croisée des chemins. Les Allemands l'avaient pensé en 2002 et à ce jour les instances communautaires n'ont pas encore choisi une voie précise. Mais il est deux ou trois choses que j'ai apprises sur le droit des contrats et le droit européen, qui m'incitent à plaider pour la réforme de notre droit national. Elles me permettront dans le même temps de répondre à la question que vous m'avez posée :

1. Allons-nous vers un droit européen des contrats, c'est-à-dire vers un droit commun et non plus seulement des droits sectoriels ? Certainement (et, en toute occurrence, il faut partir de cette hypothèse).

2. Quelle forme prendra ce droit européen ? Je ne le sais pas encore vraiment. Je ne sais pas en particulier si nous nous arrêterons à un système optionnel plus ou moins contraignant (la 26^{ème} option réservée ou non aux accords transnationaux avec un mécanisme d'*opting-in* ou d'*opting-out*) ou si ce système ne constituera qu'une phase intermédiaire vers un droit européen uniforme.

3. Sommes-nous aujourd'hui – autrement dit : les juristes français – en mesure de participer au débat sur l'élaboration de ce droit européen ? En l'état, certainement pas⁽³⁸⁾. Mais l'un des moyens d'y participer consiste au moins à moderniser notre code, si ce n'est à l'europaniser. A mon sens, il ne faut pas trop tarder en dépit

d'un calendrier politique qui ne se prête guère dans notre pays à une réforme d'ensemble, alors même que son coût politique apparaît à peu près nul en raison du désintérêt du grand public pour les questions dont nous débattons. Si nous ne tergiversons pas trop, si nous procédons à la recodification de notre droit commun des contrats en 2007 ou 2008, nous aurons une petite chance de participer à la discussion.

Néanmoins, et j'y insiste, il nous restera encore beaucoup à faire pour que cette participation soit effective (une recodification n'en étant qu'une condition nécessaire, mais nullement suffisante, car nos partenaires européens n'attendent pas de nous lire, béats d'admiration devant notre maîtrise codificatrice et la puissance supposée de notre réflexion doctrinale !) : par exemple – et mon propos s'adresse plutôt à mes collègues et aux instances universitaires – il nous faut nous exporter en n'hésitant pas, à l'exemple de nos collègues allemands ou néerlandais, à publier *massivement* nos réflexions en langue anglaise, multiplier les enseignements consacrés au droit privé européen en cours de formation, ou participer, plus activement que nous le faisons aujourd'hui, aux différents réseaux de juristes européens qui constituent la nouvelle élite juridique en cours de formation⁽³⁹⁾, – ce que la doctrine française dominante n'a pas encore vraiment perçu, à moins qu'elle ne l'ait trop bien pressenti et ne le redoute...

Plus largement, il nous faudra aussi veiller à ce que la discussion sur le futur droit européen des contrats soit, sinon pleinement démocratique (je n'y crois guère s'agissant de thèmes dont l'opinion se désintéresse), du moins étendue au public européen le plus large, des innombrables producteurs de contrats à leurs multiples consommateurs. Si le droit des contrats ne relève pas seulement de la technologie, s'il constitue une part importante de notre culture juridique, voire de notre culture tout court, la méthode technocratique, que suit encore aujourd'hui la Commission et qu'adoptent certains groupes d'experts européens, s'avère insuffisante⁽⁴⁰⁾.

Mais d'un autre côté, ne l'oublions pas non plus, cette exigence d'ouverture, de débat contradictoire, d'affrontement des idéaux si ce n'est des idéologies, en un mot cette exigence de discussion politique (au sens de *policy*), devrait aussi faire réfléchir – du moins faut-il l'espérer – ceux qui, à l'inverse des technocrates, veulent nous enfermer dans une logique culturelle pour prôner l'immobilisme. On peut lire ici et là qu'il ne sert à rien de réformer car, en toute hypothèse, nos cultures respectives ne nous permettront jamais d'interpréter les textes de la même manière. Dans cet esprit (et sans même aborder la question cruciale du rôle que peuvent jouer la CJCE ou l'intensification des échanges entre les juridictions de différents Etats européens⁽⁴¹⁾), la volonté politique se heurterait toujours et irrémédiablement aux invariants culturels. Je crains qu'un tel discours ne participe en définitive à ce que le philosophe Jacques Rancière a récemment intitulé "*la haine de la démocratie*"⁽⁴²⁾, puisque toute prise de décision politique, fût-elle démocratique, serait toujours inopérante. Profitons plutôt de cette européanisation du droit pour approfondir le dialogue entre les traditions juridiques, dont on ne m'a pas encore prouvé qu'elles étaient incommensurables⁽⁴³⁾, en n'oubliant pas au surplus que l'harmonisation, voire à terme l'unification, du droit des contrats en Europe peut constituer un bon moyen de domestiquer un peu l'extraordinaire puissance d'un marché globalisé⁽⁴⁴⁾. C'est peut-être ce qu'ont oublié en route les plus ardents défenseurs d'un pluralisme juridique érigé en nouveau paradigme,

alors même que certains d'entre eux prétendent se placer à gauche de l'échiquier politique⁽⁴⁵⁾ et d'autres s'ériger en défenseurs de l'intégrité de la nation contre ce marché...

Mais attention ! En terminant mon exposé par ces réflexions qui peuvent vous laisser penser que je n'apprécie pas plus les tenants du pluralisme juridique intégral que les défenseurs d'une conception technologique du droit que l'actuel processus d'unification européenne du droit commun des contrats ne perturbe guère, je prends un risque : comme je vous l'ai dit au début de mon exposé, parler de droit européen des contrats est une chose dangereuse. En m'intéressant moins au fond du droit qu'aux stratégies – réelles ou supposées, en cours ou à venir – des différents acteurs, j'espère simplement vous en avoir fait comprendre certaines des raisons.

Notes :

* Ce texte reproduit une conférence prononcée au tribunal de commerce de Paris, le 6 mars 2006, à l'invitation de l'association "Droit et Commerce". Les formules orales ont été conservées. V. pour une précédente réflexion sur ce thème, "Un droit européen des contrats ?", in P. de Vareilles-Sommières (dir.), *Le droit privé européen, Economica*, 1998, p. 40 et s.

- 1- V. sur la distinction entre unification, uniformisation et harmonisation, A. Jeammaud "Unification, uniformisation, harmonisation : de quoi s'agit-il ?", in F. Osman (dir.), *Vers un code européen de la consommation ?*, Bruylant, 1998, p. 36 et s.
- 2- P. Legrand, "Sens et non-sens d'un Code civil européen", *RIDC* 1996/4, p. 779 et s.
- 3- V. Heuzé, "A propos d'une initiative européenne en matière de droit des contrats", *JCP* 2002, éd. G., I, 152. – Adde, V. Heuzé, "La réception du droit communautaire dans le droit des Etats membres et le droit des contrats", in J.-S. Bergé et M.-L. Niboyet (dir.), *La réception du droit communautaire en droit privé des Etats membres*, Bruylant, p. 128 et s.
- 4- Y. Lequette, "Quelques remarques à propos du projet de Code civil européen de M. von Bar", *D.* 2002, *Chron.*, p. 2202 et s. – Adde, Y. Lequette, "Vers un Code civil européen ?", *Pouvoirs*, t. 107, 2003, p. 97 et s. – V. récemment de manière générale, P. Manent, *La raison des nations*, Gallimard, 2006.
- 5- V. de manière générale, C. Witz, "La longue gestation d'un code européen des contrats – Rappel de quelques initiatives oubliées", *RTDciv.* 2003, p. 447 et s.
- 6- Ch. Jamin et D. Mazeaud (dir.), *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, Economica, 2001.
- 7- Pour emprunter l'expression du professeur Mireille Delmas-Marty : *Les forces imaginantes du droit (II) Le pluralisme ordonné*, Le Seuil, 2006.
- 8- *Principes du droit européen du contrat, version française préparée par G. Rouhette, avec le concours de I. de Lamberterie, D. Tallon et Cl. Witz, Société de législation comparée*, 2003.
- 9- G. Gandolfi, "Introduction", *Code européen des contrats*, Giuffrè, 2001, p. XLIX.
- 10- V. sur ce thème, M. L. Ruffini Gandolfi, "Problèmes d'unification du droit eu Europe et le code européen des contrats", *RIDC* 2002, spéc. pp. 1083-1086.
- 11- V. sur ce groupe, Ch. von Bar, "Le groupe d'études sur un Code civil européen", *RIDC* 2001, p. 127 et s.
- 12- Ch. von Bar, "From Principles to Codification : Prospect for European Private Law", *Les Annonces de la Seine*, 3 juin 2002, n° 33, p. 1 et s.
- 13- B. Dauner-Lieb, "Vers un droit européen des obligations ? Enseignements tirés de la réforme allemande du droit des obligations", *RIDC* 2004, p. 564. – Comp. "Droit européen des contrats – Synthèse des premières réactions sur le projet de la Commission européenne de réaliser un code européen des contrats", *Le Moniteur, cahier spécial* n° 3, n° 5136, 3 mai 2002.
- 14- G. Teubner, "Legal Irritants : Good Faith in British Law or Unifying Law Ends Up in New Divergences", *The Modern Law Review*, vol. 61, 1998, spéc. p. 14 à 17. – Adde, G. Canivet et H. Muir Watt, "Européanisation du droit privé et justice sociale", *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2005, spéc. p. 521 et 522.

- 15- V. par ex. sur ce point, CJCE, 5 octobre 2000, *Allemagne c. Parlement et Conseil*, aff. C-376/98.
- 16- V. récemment sur ce thème, S. Weatherill, "Reflections on the EC's Competence to Develop a 'European Contract Law'", *European Review of Private Law*, vol. 13, 2005, p. 405 et s. – Adde, sur ce débat, L. Moccia, "Du "marché" à la "citoyenneté" : à la recherche d'un droit privé européen durable et de sa base juridique", *RIDC* 2004, spéc. p. 312 à 314, le texte et les réf. à la note 19.
- 17- V. en premier lieu, S. Herman, "L'expérience des Etats-Unis d'Amérique – Concurrence au pays des micro-brasseries : la gestion des transactions pluri-étatiques aux Etats-Unis", in P. de Vareilles-Sommières (dir.), *Le droit privé européen*, précité, p. 150 et s.
- 18- V. sur ce thème, G. Canivet et H. Muir Watt, art. précité, p. 519.
- 19- E. Mackaay, "Faut-il un Code civil européen ? Une analyse économique", *Les Cahiers de Droit*, vol. 46, 2005, p. 217 et s.
- 20- V. en particulier, *Rapport de la Commission – Premier rapport annuel sur l'état d'avancement du droit européen des contrats et de la révision de l'acquis communautaire*, 23 septembre 2005, COM (2005) 456 final, spéc. p. 11 et 12, n° 4.1.
- 21- V. sur ce thème, K. Riesenhuber, "System and Principles of EC Contract law", *European Review of Contract Law*, vol. 1, 2005, p. 297 et s.
- 22- V. récemment sur l'acquis communautaire, Ch. U. Schmid, "The Instrumentalist Conception of the Acquis Communautaire in Consumer Law and its Implication on a European Contract Law Code", *European Review of Contract Law*, vol. 1, 2005, p. 211 et s. (la conception instrumentale du droit de la consommation européen, qui est orienté vers l'intégration du marché, est incompatible avec la conception classique du droit privé, qui vise à réaliser la justice entre les parties). – E. Poillot, "Le droit comparé au service de la compréhension de l'acquis communautaire en droit privé", *RIDC* 2005, p. 1017 et s. (l'acquis communautaire n'évite pas le recours à la comparaison entre les droits nationaux, qui est nécessaire à sa compréhension). – V. récemment sur le recours à un mécanisme optionnel, H. Heiss and N. Downes, "Non-Optional Elements in an Optional European Contract Law. Reflections from a Private International Law Perspective", *European Review of Private Law*, vol. 13, 2005, p. 693 et s. (même en cas de révision de l'art. 3 de la convention de Rome en vue de permettre aux parties de choisir l'instrument optionnel comme *lex causae*, la mise en œuvre du système optionnel pourrait s'avérer d'une extrême lourdeur).
- 23- V. sur son programme de travail, R. Schulze, "European Private Law and Existing EC Law", *European Review of Private Law*, vol. 13, 2005, p. 3 et s.
- 24- V. sur ce point, R. Schulze, "Des principes de la conclusion du contrat dans l'acquis communautaire", *RIDC* 2005, spéc. p. 884.
- 25- B. Dauner-Lieb, art. précité, p. 563.
- 26- Ch. von Bar, "Die Mitteilung der Europäischen Kommission zum Europäischen Vertragsrecht", *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2001, p. 804, cité par B. Dauner-Lieb, art. précité, p. 563 et 564.
- 27- V. sur ce point, L. Moccia, art. précité, p. 310 et 311.
- 28- B. Dauner-Lieb, art. précité, p. 560.
- 29- P. Catala, "Présentation générale de l'avant-projet", *Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription – Rapport à Monsieur Pascal Clément*, 22 septembre 2005, p. 2 et s. – Adde, P. Catala, "La genèse et le dessein du projet", *RDC* 2006, p. 11 et s. ; P. Catala, "Bref aperçu sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations", *D.* 2006, *Chron.*, p. 535 et s.
- 30- P. Catala, "La genèse et le dessein du projet", art. précité, p. 12.
- 31- P. Catala, "Introduction", *Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription – Rapport à Monsieur Pascal Clément*, précité, p. 9.
- 32- B. Dauner-Lieb, art. précité, p. 561.
- 33- V. sur ce point, J. Ghestin, "Faut-il conserver la cause en droit européen des contrats ?", *European Review of Private Law*, vol. 1, 2005, p. 396 et s.
- 34- V. sur ce thème et son importance dans une optique d'harmonisation des droits, Lord Woolf, "Introductory Remarks", *Code européen des contrats*, précité, p. XXXIII.
- 35- A. Bénabent, "Autour de la méthode générale, ainsi que des nullités et autres sanctions", *RDC* 2006, p. 36.
- 36- M. Tancelin, "Les faiblesses logiques du Code civil du Québec", *Scintillae iuris : studi in memoria di Gino Gorla, Giuffrè*, t. 2, 1994, p. 960.
- 37- Portalis, *Discours préliminaire au premier projet de Code civil, 1804*, éd. *Confluences*, 1999, spéc. p. 22 et 24.

- 38- V. de manière générale, sur la perte de l'influence du droit français dans l'Union européenne, D. Fasquelle, "Le droit français dans l'Union européenne : influence et résistance", *Revue juridique de l'Océan Indien*, 2005, p. 217 et s.
- 39- V. sur ce thème dans une perspective critique, U. Mattei, "The Issue of European Civil Codification and Legal Scholarship : Biases, Strategies and Developments", in A. Gambaro and A. M. Rabello (ed.), *Towards a New European Ius Commune*, Sacher Institut, 1999, p. 149 et s.
- 40- V. sur ce thème à propos du plan d'action de la Commission européenne de 2003, M. W. Hesselink, "The Politics of a European Civil Code", *European Law Journal*, vol. 10, 2004, p. 675 et s.
- 41- V. de manière générale sur ce thème, J. Allard et A. Garapon, *Les juges dans la mondialisation – La nouvelle révolution du droit*, Seuil, 2005.
- 42- J. Rancière, *La haine de la démocratie*, éd. La fabrique, 2005.
- 43- V. plus spécialement, parmi une littérature considérable, A. Watson, "Legal Transplants and European Private Law", *Ius Commune Lectures on European Private Law*, *Metro*, t. 2, 2000.
- 44- V. récemment sur ce thème, Groupe sur la justice sociale en droit privé européen, "Manifeste pour une justice sociale en droit européen des contrats", *RTDciv* 2005, p. 713 et s.
- 45- V. sur ce reproche, U. Mattei et A. di Robilant, "Les longs adieux – La codification italienne et le code Napoléon dans le déclin du positivisme étatique", *RIDC* 2004, spéc. 862.