

# Petites affiches

La Loi ■ Le Quotidien Juridique

Édition quotidienne des Journaux Judiciaires Associés : Petites affiches • Le Quotidien Juridique • La Loi - Archives Commerciales de la France

396<sup>e</sup> année - 5 JUIN 2007 - N° 112 - 1,40 euro

En ligne sur 

<b>ACTUALITÉ</b>	<b>BIBLIOGRAPHIES</b> .....	2
	<b>CALENDRIERS</b> .....	3
	<b>LA SEMAINE FISCALE</b> .....	4
	Annabelle Pando	
	<b>Campagne ISF 2007 : du nouveau dans l'évaluation des titres</b>	
<b>CHRONIQUE</b>	<b>DROIT EUROPÉEN</b> .....	8
	Par le Centre d'études juridiques européennes et comparées de l'Université Paris X-Nanterre	
	<b>Le droit européen et la création du droit</b>	
	<b>I. Faut-il oublier l'idée d'un Code civil européen ?, par Sixto Sánchez Lorenzo</b>	
	<b>II. La création du droit européen des contrats, par Sixto Sánchez Lorenzo</b>	
<b>JURISPRUDENCE</b>	<b>DROIT DE LA FAMILLE</b> .....	16
	Jacques Massip	
	<b>Le droit à un procès équitable et l'article 1187 du nouveau Code de procédure civile relatif à la procédure d'assistance éducative (Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 28 novembre et 30 octobre 2006)</b>	
<b>CULTURE</b>	<b>BIBLIOGRAPHIE</b> .....	21
	René Vigo	
	<b>Vauban et autres ouvrages</b>	
	<b>LIVRES DES AMATEURS</b> .....	23
	Bertrand Galimard Flavigny	
	<b>Des civils à la caserne</b>	

## [ REPÈRES ]

### ■ page 4

#### **Campagne ISF 2007 : du nouveau dans l'évaluation des titres**

Annabelle Pando

*Cette année, de nombreuses déclarations ISF sont pré-remplies et le barème réactualisé. Mais la nouveauté réside surtout dans la publication, par l'administration, de son nouveau guide de l'évaluation de l'entreprise.*

www.petites-affiches.com

Rédaction (24 pages) - Annonces pour les départements 75, 92, 93, 94 (40 pages)

ÉDITION  
QUOTIDIENNE  
DES JOURNAUX  
JUDICIAIRES  
ASSOCIÉS

Petites  affiches

2, rue Montesquieu - 75041 Paris Cedex 01  
Tél. : 01 42 61 56 14 - Fax : 01 47 03 92 02



12, rue de la Chaussée d'Antin - 75009 Paris  
Tél. : 01 49 49 06 49 - Fax : 01 49 49 06 50



33, rue des Jeûneurs - 75002 Paris  
Tél. : 01 42 34 52 34 - Fax : 01 46 34 19 70

## LE DROIT EUROPÉEN ET LA CRÉATION DU DROIT

## Chronique de droit européen et comparé n° XII

Par le Centre d'études juridiques européennes et comparées  
(CEJEC - Université de Paris X-Nanterre)

Pour l'année 2007, le Centre d'études juridiques européennes et comparées de l'Université de Paris X-Nanterre consacre ses travaux au thème : « Droit européen et création du droit ». Trois principaux axes ont été retenus : les méthodes de création du droit mises en œuvre par le droit européen, les matières juridiques nouvellement créées par le droit européen et les comparaisons auxquelles ces deux phénomènes peuvent donner lieu dans un environnement étranger ou international. Dans ce douzième numéro de la chronique de droit européen et comparé (1), Sixto Sánchez Lorenzo, professeur à l'Université de Grenade, nous propose une réflexion critique sur la création du droit privé européen.

Jean-Sylvestre BERGÉ  
et Ismaël OMARJEE

Coordinateurs de la chronique n° XII

(1) V. pour les onze premiers numéros : Variations sur l'harmonisation communautaire des droits nationaux, LPA 2002, n° 43 ; Questionnement sur la place des normes internationales et européennes au sein de l'ordre juridique communautaire, LPA 2002, nos 149 et 150 ; Le rôle conféré par le droit communautaire aux droits nationaux des États membres, LPA 2003, nos 99 à 101 ; Le droit communautaire et les divisions du droit, LPA 2004, nos 168 à 172 ; Les frontières du droit communautaire, LPA 2005, nos 220 à 224 ; L'avenir du droit européen : Introduction, LPA 2006, n° 61 ; L'avenir du droit européen : la politique économique et monétaire et le droit économique, LPA 2006, n° 106 ; L'avenir du droit européen : le droit pénal et le droit de l'environnement, LPA 2006, n° 142 ; L'avenir du droit européen : le droit de la famille, LPA 2006, n° 221 ; L'avenir du droit européen et le droit social, LPA 2006, n° 257 ; Le droit européen et la création du droit (Introduire le droit européen en droit et Le rôle des partenaires sociaux dans la création du droit européen), LPA 2007, n° 76.

(2) Cf. G. Alpa, European Community Resolutions and the Codification of Private Law, ERPL, 2000/2, p. 327 ; M. Bagemann, Privatrechtsangleichung in der Europäischen Union, ZEuP, 1994/3, p. 377-380 ; J. Basedow, Un droit commun des contrats pour le marché commun, RIDC, 1988/1, p. 10-17 ; U. Blaurock, Europäisches Privatrecht, JZ, 1994/6, p. 270-276 ; A. J. Engel, Europäisches Zivilrechts Gesetzbuch ? Zukunftsperspektiven aus den Blickwinkel der Gemeinschaftskompetenz, ZfRV, 1999, p. 124-126 ; G. Gandolfi, Per un Codice europeo dei contratti, RTD civ., 1995, p. 782 ; M. Gebauer, Grundfragen der Europäisierung des Privatrechts, Heidelberg, De Winter, 1998, p. 101-103 ; O. Lando : Is Codification needed in Europe ? Principles of European Contract Law and the Relationship to Dutch law, ERPL, 1993, p. 157-170 ; O. Sandrock, Das Privatrecht am Ausgang des 20. Jahrhunderts : Deutschland — Europa — und die Welt, JZ, 1996/1, p. 6.

(3) Cf. U. Mattei, A Transaction Cost Approach to the European Code, ERPL, 1997, p. 537-540. On peut trouver une position plutôt sceptique face à cet argument : cf. C. Jamin, Un droit européen des contrats ?, Le droit privé européen (dir. P. De Vareilles-Sommières), Paris, 1998, p. 54. La réponse du gouvernement britannique sur ce sujet (à l'occasion de la première Communication de la Commission de 2001) mérite d'être détachée : s'il y a des coûts d'information, le principe de proportionnalité n'avale pas l'unification juridique, mais la promotion d'une telle information déficitaire.

(4) Pour un exposé plus détaillé de ces arguments, v. S. Sánchez Lorenzo, Derecho privado europeo, Granada, Comares, 2002, p. 161-191.

## PLAN :

- I. Faut-il oublier l'idée d'un Code civil européen ?, par Sixto Sánchez Lorenzo
- II. La création du droit européen des contrats, par Sixto Sánchez Lorenzo

## I. FAUT-IL OUBLIER L'IDÉE D'UN CODE CIVIL EUROPÉEN ?

## NOTE

**1** Depuis les années quatre-vingts, la Communauté européenne a augmenté de façon exponentielle la promulgation de règles de droit privé, notamment des directives, destinées à l'harmonisation de certains aspects du droit privé des États membres (contrats conclus avec les consommateurs, utilisation à temps partiel de biens immobiliers, retard de paiement dans les transactions commerciales, responsabilité du fait des produits défectueux, virements transfrontaliers, contrats d'assurances, contrats de travail, contrats d'agence, commerce électronique, propriété intellectuelle, etc.). Ces règles étaient initialement liées directement à certains aspects du marché intérieur. Mais leur incidence progressive sur le droit privé a provoqué un débat académique, voire politique, à propos de l'utilité et de la nécessité d'arriver à une unification du droit privé en Europe.

Les arguments invoqués en faveur d'une telle unification présentent une portée tantôt économique, tantôt juridique. D'un point de vue économique, on a signalé

que la diversité juridique en matière civile entraîne un coût de transaction (2) liée notamment à la connaissance du droit étranger (3). Ce coût serait ainsi de nature à fausser la concurrence au sein du marché intérieur. D'un point de vue juridique, ce sont les nombreux problèmes soulevés par les règles communautaires de droit privé (pointillisme, absence de qualité des règles, incohérence systématique, impossibilité de déduire des principes interprétatifs généraux, déplacement d'une logique propre du droit privé à une logique aveugle de l'intégration, limites posées par les directives en tant que formule d'harmonisation, etc.) (4) qui ont nourri la croyance qu'il était nécessaire d'accueillir un droit privé européen plus systématique et complet. Il s'agit d'une stratégie très appréciée des institutions communautaires, habituées à créer de nouveaux problèmes afin de justifier de nouvelles compétences et de développer ainsi le droit communautaire de manière exponentielle. D'ailleurs, l'introduction dans le titre IV<sup>e</sup> du Traité de Rome d'une com-

Compétence communautaire spécifique en matière de droit international privé — même en matière de droit de la famille — a bien aidé à renforcer la tendance signalée.

Les institutions communautaires — particulièrement le Parlement européen depuis les premières résolutions de 1989 (5) et de 1994 (6) — semblaient avancer dans cette direction. Les premiers temps les prétentions se montraient très ambitieuses. Grâce à l'appui des milieux académiques, surtout allemands, le Parlement n'a pas craint d'annoncer l'année 2010 comme le seuil pour la rédaction d'un « Code civil européen » (7).

2 L'idée d'un droit privé européen de source communautaire rencontre néanmoins de très nombreux obstacles. Le premier — et peut-être le plus évident — porte sur l'absence de compétence des institutions communautaires pour l'unification globale du droit privé européen suivant le modèle d'un Code civil. Un tel projet ne trouve point de base juridique dans les articles 94, 95 ou 65 du Traité CE. Cette affirmation n'offre plus de doutes (8) après l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 5 octobre 2000 (aff. C-376/98, *Allemagne c/ Parlement et Conseil*) (9). Il est vrai que cet obstacle « constitutionnel » peut être surmonté facilement à travers une réforme du Traité, de la même façon qu'on a procédé avec le droit international privé dans la réforme d'Amsterdam (1997). Cette possibilité est comme paradoxalement renforcée par l'échec du Traité établissant une Constitution pour l'Europe. En effet, ledit Traité n'aurait pas changé grand-chose par rapport aux compétences de l'Union européenne en matière d'unification et harmonisation du droit privé. Mais il aurait sans doute apporté une rigidité supplémentaire aux règles relatives à la compétence de l'Union européenne. Aujourd'hui, le Traité de Rome conserve sa flexibilité et l'on ne saurait écarter l'éventualité d'une réforme destinée à affirmer aux institutions communautaires

les compétences niées par la Cour de Justice.

Cependant, cette tentation devrait vaincre un obstacle plus sévère encore : le principe de proportionnalité prévu à l'article 5. III du Traité CE. Contrairement à l'avis de certains auteurs (10), il nous semble avec d'autres que le principe de subsidiarité ne fait pas obstacle à l'harmonisation du droit privé européen (11). Étant donné la nécessité de cette harmonisation pour le bon fonctionnement du marché intérieur, le test d'efficacité imposé par le principe de subsidiarité ne limite point les compétences communautaires, car l'unification du droit privé ne pourra jamais être réalisée à partir de l'action unilatérale de chaque État membre. Les limites viennent du test de nécessité (la prémisse) compris dans le principe de proportionnalité, qui oblige les institutions communautaires à contenir leurs compétences pour ne pas aller au-delà de ce qui est vraiment nécessaire pour accomplir le but poursuivi. Ce test comporte un jugement à propos de l'équilibre entre les besoins du marché intérieur et les intérêts nationaux. Quant à l'harmonisation du droit privé, les intérêts nationaux doivent être défendus contre le préjudice irrémédiable qu'une telle harmonisation peut provoquer sur la cohérence et l'identité culturelle des systèmes juridiques nationaux, y compris un certain droit à la différence (12).

La portée des éléments culturels et axiologiques en tant que limite de l'unification du droit privé européen a été totalement méprisée dans certains domaines harmonisés (13). Néanmoins, il s'agit d'un argument qui trouve des adeptes dans des pays comme la France (14), le Royaume-Uni (15) ou l'Espagne (16). Il ne faut pas oublier que ces deux derniers États admettent et même promeuvent la diversité juridique en matière de droit privé à l'intérieur même de leurs territoires. Finalement, le conflit doctrinal — parfois violent (17) — met en évidence une discussion plutôt philosophique et politique,

(5) JOCE n° C-158 du 26 juin 1989, p. 400.

(6) JOCE n° C-205 du 25 juillet 1994, p. 518.

(7) Résolution du Parlement européen concernant le rapprochement du droit civil et commercial des États membre du 15 novembre 2001 [JOCE n° C-140 du 13 juin 2002, p. 542].

(8) Malgré les essais de la doctrine pour minimiser leur effets (cf. J. Basedow, *Rapport de synthèse : Quel droit privé pour l'Europe, La réception du droit communautaire en droit privé des États membres* [J.-S. Bergé et M.-L. Niboyet, dir.], Bruylant, Bruxelles, 2003, p. 234-259, spéc. p. 251).

(9) Rec. I-8419.

(10) C. W. A. Timmermans souligne même comment I. Schwarz — pendant longtemps travaillant pour la Commission — signale le principe de subsidiarité comme une limite significatif pour l'harmonisation du droit privé européen (cf. *Zur Entwicklung des europäischen Zivilsrecht*, ZEuP, 1999/1, p. 4-5).

(11) Cf. dans ce sens J. Normand, *Un droit judiciaire privé européen ? Le droit privé européen* (dir. P. De Varelles-Sommères), Paris, Economica, 1998, p. 131 ; A.-J. Engel, préc. note 1<sup>re</sup>, p. 127-128 ; J. Basedow, préc. note 1<sup>re</sup>, p. 24-26. En effet, si la base juridique est claire et on a constaté la nécessité d'une harmonisation, les institutions communautaires agiraient en vertu d'une sorte de compétence exclusive qui annulerait l'incidence du principe de subsidiarité (cf. P.-C. Müller-Graff, *EC-Directives as a Mean of Private Law Unification, Towards a European Civil Code*, 2<sup>e</sup> éd., La Haye, 1999, p. 74).

(12) V. Sur ce sujet M. Antokolskaia, *The Harmonisation of Family Law : Old and New Dilemmas*, ERPL, 2003/1, p. 37-44. C. Joerges, *Interactive Adjudication in the Europeanisation Process ? A Demanding Perspective and a Modest Example*, ERPL, 2000, p. 5 ; U. Mattei y A. Di Robilant, *The Art and Science of critical Scholarship. Post-modernism and International Style in the Legal Architecture of Europe*, ERPL, 2002/1, p. 29-59 ; L. Moccia, *À la recherche d'un droit privé européen*, RIDC, 2004/2, p. 308-309. Smits, *The Making of European Private Law [Toward a Ius Commune Europaeum as a Mixed Legal System]*, Ambers, 2002, p. 31-32, 271-274.

(13) Cf. A. Chamboredon, *The Debate on a European Civil Code. For an « Open Texture », The Harmonisation of Private Law*, Oxford, 2000, p. 66 et s. ; O. Lando, *Die Regeln des Europäischen Vertragsrecht, Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 2<sup>e</sup> éd., 1999, p. 568-569. T. Kopmans, *Towards a European Civil Code*, ERPL, 1997, p. 542-547. M. Van Hoecke, *The Harmonisation of Private Law in Europe : Some Misunderstandings*, *The Harmonisation of European Private Law*, Oxford, 2000, p. 1-9, esp. p. 2. U. Mattei, op. préc. note 1<sup>re</sup>, p. 359.

(14) V. spécialement, R. Sefton-Green, *Cultural Diversity and the Idea of a European Civil Code, The Politics of a European Civil Code* [M. W. Hesselink ed.], La Haye, Kluwer, 2006, p. 71-88 ; Id. *Social Justice and European Identity in European Contract Law*, *European Review of Contract Law*, 2/2006, p. 275-286. V. aussi la position extrême de P. Legrand : *Sens et non-sens d'un Code civil européen*, RIDC., 1996, p. 779-812, aussi en anglais sous le titre *Against a European Civil Code*, 60 *Modern Law Review*, 1997, (...)

## NOTE

qui confronte une idéologie moderne et universaliste partisane d'une unification dure (Code civil) face à une position plus pluraliste et postmoderne qui défend des solutions assourdies de *soft law*.

**3** La confrontation signalée met en évidence la portée politique d'un procédé de codification européen du droit privé. Le Parlement européen est persuadé de la signification politique de l'unification du droit privé européen. Dans sa Résolution du 15 novembre 2001 (18), il souligne que « le débat sur une harmonisation à grande échelle du droit civil de base des États membres est une question politiquement sensible ». D'une certaine façon, la polémique sur la codification du XIX<sup>e</sup> siècle refait surface et la doctrine reste divisée entre les partisans de Savigny et ceux de Thibaut (19). Les racines idéologiques de la codification semblent bien connues. Au XIX<sup>e</sup> siècle, la doctrine scientifique elle-même s'est mise au service de la politique d'unification nationale. Le travail des pandectes et la jurisprudence conceptuelle servaient les intérêts de l'unification allemande (20), de la même façon que le Code de Napoléon servait les intérêts de la bourgeoisie héritière de la Révolution française. Mais c'était déjà au milieu du XIX<sup>e</sup> siècle quand on a réclamé pour la première fois l'unification des codes civils européens (21).

Au XXI<sup>e</sup> siècle les risques de la codification ne sont pas du tout les mêmes. En tout cas, la pétrification du droit se montrerait encore plus dangereuse dans un monde soumis à un dynamisme sans précédents, surtout compte tenu de la rigidité et de la lenteur des procédés législatifs communautaires. Mais le principal problème politique du Code civil européen serait sans doute le déficit démocratique. La question se pose traditionnellement par rapport aux structures du pouvoir législatif communautaire, mais, quels que soient ces procédés législatifs, ils seront toujours très lointains aux citoyens.

De plus, la décodification qui a eu lieu le long du XX<sup>e</sup> siècle — telle qu'elle a été décrite par Natalino Irti (22)— a comporté une vraie conquête sociale et une nouvelle culture sur la promulgation des lois (23). Face au centralisme du code, la législation éprouve le besoin d'une spécialisation et, dans chaque procédé législatif, il y a une participation active des groupes sociaux et des collectifs affectés (24). En définitive, la décodification refuse le mépris du conceptualisme universaliste vis-à-vis des pratiques sociales et suppose le retour d'une interaction entre le droit privé et ces pratiques. Si l'on admet la portée des éléments culturels et axiologiques dans les pratiques sociales dont le droit privé s'occupe, les leçons entre l'argument relatif à la décodification et celui de la pluralité culturelle des droits nationaux mettent en place un front commun contre le projet d'un Code civil européen.

**4** S'éloignant du projet ambitieux d'un Code civil européen, même d'un Code européen des contrats, l'évolution du débat au sein de l'Union européenne s'incline progressivement vers des formules de « droit mou ». Dans la première Communication de 2001 de la Commission au Conseil et au Parlement européen concernant le droit européen des contrats (25), la Commission a posé quatre options pour de futures initiatives communautaires en matière de droit des contrats. Les réponses des académiciens, gouvernements, entreprises et d'autres intéressés ne laissent pas de place au moindre doute. Les deux possibilités extrêmes (aucune action communautaire et adoption d'une nouvelle législation complète au niveau communautaire) ont eu un appui très minoritaire. Les réponses s'orientaient vers les actions intermédiaires, relatives à l'amélioration de la qualité de la législation déjà en vigueur et aussi au renforcement des études de droit comparé et d'autres initiatives vers l'élaboration ou la mise au point de principes communs de droit des contrats. En conséquence, la

(...)

p. 44-63 ; European Legal Systems are Not Converging, 45 ICLQ, 1996, p. 52-81 ; *Le primat de la culture, Le droit privé européen*, 1998, p. 1-19 ; *La leçon d'Apollinaire, L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, 2001, p. 37-56 ; *Id.* : On the Unbearable Localness of the Law : Academic Fallacies and Unseasonable Observations, ERPL, 2002, p. 61-76.

(15) H. Collins, European Private Law and the Cultural Identity of States, ERPL, 1995, p. 353-365 ; S. Weatherill, Why Object to the Harmonization of Private Law by the EC, ERPL 2004/5, p. 647-653.

(16) S. Sánchez Lorenzo, What Do We Mean when We Say « Folklore » ? : Cultural and Axiological Diversities as a Limit for a European Private Law, ERPL, 2006/2, p. 197-219.

(17) On a écrit à propos de l'harmonisation du droit privé européen qu'il s'agissait d'une question de guerre ou de paix, d'un impératif si l'on ne veut pas retourner à Auschwitz (v. P. Legrand, On the Unbearable..., préc. note 12<sup>e</sup>). U. Mattei et A. Di Robilant sont persuadés d'une transformation européenne de la théorie des Critical Legal Studies nord-américaine vers des tendances fascistes, et ils font une comparaison de Savigny et Nietzsche avec Hitler et Karadzic (cf. op. préc. note 10<sup>e</sup>, p. 41). M. Van Hoecke pense que P. Legrand devrait se taire car il n'est qu'un franco-canadien (cf. op. préc., note 11<sup>e</sup>, p. 2).

(18) V. supra note 6, p. 538.

(19) L'analogie est toujours présente dans la doctrine (cf., p. ex., K.-P. Berger, The Principles of European Contract Law and the Concept of the « Creeping Codification of Law », ERPL, 2001, p. 35 ; S. Cámara Lapuente, Hacia un Código Civil europeo : ¿realidad o quimera ?, La Ley, año XX, núm. 4748, 5 de marzo de 1999, p. 1 ; O. Remien, Denationalisierung des Privatrechts in der Europäischen Union ? — Legislative und gerechliche Wege, JZ, 1995, p. 120 ; T. Wilhelmsson, Private Law in the EU : Harmonised or Fragmented Europeanisation ?, ERPL, 2002/1, p. 85).

(20) Cf. R. Schulze, Allgemeine Rechtsgrundsätze und europäisches Privatrecht, ZEuP, 1993, p. 442-447.

(21) Cette revendication était écrite en Français par Antoine de Saint-Joseph (cf. Concordance entre les Codes civils étrangers et le Code de Napoléon, Paris, 1856) et Ernest Moulin (cf. Unité de législation civile en Europe, Paris, 1865).

(22) V. L'età della decodificazione, 2<sup>e</sup> éd., Milano, 1986, spécialement p. 38.

(23) V. B. Markesinis, Why a Code is not the Best Way to Advance the Cause of European Legal Unity, ERPL, 1997, p. 520.

(24) Selon H.-P. Mansel, les directives communautaires, malgré les difficultés qu'elles posent, ont accompli cette fonction de décodification au sein du droit communautaire (cf. Rechtsvergleichung und europäisches Rechtseinheit, Juristen Zeitung, 1991, p. 532).

(25) JOCE n° C-255 du 13 septembre 2001, p. 1.

**NOTE**

Commission a abandonné ses positions originales, les substituant par un plan d'action plus réaliste et modeste, contenu dans la Communication du 12 février 2003 de la Commission au Parlement européen et au Conseil : un droit européen des contrats plus cohérent (26). Pour la première fois, l'expression cadre commun de référence (CCR) est utilisée et définie comme une sorte de réglementation-modèle du droit des contrats portant un double objectif : d'un côté, il doit servir de référence à la Commission pour améliorer l'acquis communautaire en matière de contrats ; deuxièmement, le CCR doit accomplir la tâche d'une loi-modèle, — donc facultative ? — que les législateurs nationaux pourront utiliser en tant que *ratio scripta* ou source d'inspiration lors de la modification du droit national des contrats. Il est par ailleurs permis de soupçonner que le CCR servira de modèle pour un instrument législatif communautaire, de nature facultative, que les cocontractants pourront choisir comme loi applicable au contrat dans les opérations transfrontalières (27). La Communication du 11 octobre 2004 de la Commission au Parlement européen et au Conseil — droit européen des contrats et révision de l'acquis (28) — fait preuve d'une décantation définitive du débat vers des formules de *soft law*. La Commission l'affirme clairement en assurant qu'elle « n'envisage pas de proposer un Code civil européen qui harmoniserait les droits des contrats des États membres et que cette réflexion (sur l'opportunité d'un instrument optionnel) ne saurait être interprétée comme une mise en question des méthodes appliquées pour promouvoir la libre circulation selon des solutions souples et efficaces ».

Le CCR devient finalement l'instrument de la création du nouveau droit privé européen, dont l'absence de définition, le manque de mesures concrètes et l'absence de calendrier ont été mis en relief par le Parlement lui-même (29). Le réseau d'ex-

perts au CCR (CCR - net) a commencé ses activités le 15 décembre 2004, en se centrant sur la révision de l'acquis en matière de contrats conclus par les consommateurs (30). Indépendamment de ces travaux des experts, la remarquable œuvre de la Commission Lando rédigeant les principes du droit européen des contrats aura sans doute une influence primordiale sur la construction du CCR.

Personne ne peut hésiter, par même le Parlement européen, sur le caractère facultatif de cet instrument futur. Il paraît également clair que le CCR suit une tendance certaine à la sectorisation, si bien qu'il sera construit à partir des réglementations partielles sur les contrats de consommation, d'assurances, etc. Néanmoins, le Parlement européen insiste toujours sur l'idée plus ambitieuse d'un CCR qui puisse servir à l'élaboration d'un vrai droit civil communautaire. La capitulation de la Commission n'est pas extensible au Parlement européen. Dans sa Résolution du 23 mars de 2006 sur le droit européen des contrats et la révision de l'acquis — la voie à suivre (31) — le Parlement reconnaît que l'initiative concernant le droit européen des contrats doit être considérée essentiellement comme un exercice ayant pour objet une meilleure législation au niveau de l'Union européenne (un « toilettage de l'acquis dans le domaine de la protection des consommateurs ») ; en tout cas, « même si la Commission nie que tel est son objectif », le Parlement rappelle avec insistance que de « nombreux chercheurs et intéressés travaillant au projet sont persuadés que le résultat final sera, à terme, un Code européen des obligations, voire un véritable Code civil européen... ». On perçoit une ombre de ressentiment à l'égard de la Commission, et même d'avertissement quand on affirme : « à l'avenir, il peut y avoir une réelle volonté politique en faveur de l'adoption d'un tel Code », signalant l'expérience du nouveau Code civil des Pays-Bas comme un modèle à suivre. Le gant a été jeté, mais aujourd'hui il reste à terre.

[26] JOCE n° C-63 du 15 mars 2003, p. 63.

[27] V. pour une analyse très complète de la portée du CCR par rapport aux différentes sources du droit et les divers secteurs concernés, Beiträge des ZeuP-Symposiums 2006 in Graz, ZeuP, 1/2007, p. 109-323.

[28] COM (2004) 651 final.

[29] Particulièrement dans la Résolution du Parlement européen sur la communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil intitulée : « Un droit européen des contrats plus cohérent — un plan d'action » du 2 septembre 2003 [JOCE n° C-76 du 25 mars 2004, p. 95].

[30] Premier rapport annuel de la Commission sur l'état d'avancement du droit européen des contrats et de la révision de l'acquis : COM (2005) 456 final.

[31] P6\_Trib. adm.-PROV(2006)0190. V. les commentaires critiques de A. Marais, RDC 2006/4, p. 1.276-1.278.

## II. LA CRÉATION DU DROIT EUROPÉEN DES CONTRATS

## NOTE

**1** En attendant les temps futurs — notamment de savoir si le Parlement convaincra la Commission de ramasser le gant — on peut essayer d'obtenir certaines conclusions du débat à propos de l'avenir du droit européen des contrats. L'échec de l'idée du Code civil européen n'enlève rien à la valeur des travaux réalisés. Les difficultés soulevées par l'émergence d'un droit privé communautaire et, particulièrement, les limites inhérentes à l'harmonisation par voie de directives sont posées au grand jour. Par rapport à la plupart des textes concernés relatifs à la protection des consommateurs (l'acquis qu'il faut améliorer), un *requiem* pour l'harmonisation minimale serait la première conclusion, déjà annoncée dans la Résolution du Parlement européen du 15 novembre 2001. En effet, une harmonisation minimale empêche une vraie uniformisation du droit des contrats de consommation, mais surtout rend beaucoup plus difficile l'obligation d'une interprétation conforme (32). Dans ce cas, la « logique du droit privé » (optimiser la protection du consommateur) (33) doit céder face à une certaine sécurité juridique et, surtout, à la logique de l'intégration. Il faudra choisir un modèle commun de protection des consommateurs.

D'ailleurs, l'autonomie du droit des contrats conclus par les consommateurs (*business to consumer* — B2C) est une des conclusions indéniables de l'évolution du droit européen des contrats (34). En fait, un Code européen de la consommation — dont le contenu pourrait aller bien au-delà des contrats de façon à inclure aussi la responsabilité du fait des produits défectueux, le droit procédural etc., ne poserait pas de problème de base juridique car il répondrait à une politique bien définie, prévue à l'article 153 du Traité CE. La sectorisation du droit des contrats, telle qu'elle est conçue par la Communi-

cation de la Commission de 2004 et la Résolution du Parlement de 2006, permet l'identification de deux nouveaux domaines indépendants : le droit des contrats commerciaux (*business to business* - B2B) et les contrats avec des entités publiques, même si cette division claire du droit des contrats ne s'accommode pas parfaitement avec l'esprit des principes élaborés par la Commission Lando, qui a préféré une réglementation générale pour tous les types des contrats, y compris les contrats conclus par les consommateurs.

**2** Qu'en est-il du contenu de ce droit européen des contrats *in statu nascendi* ? Faut-il croire, par exemple, à la fin du causalisme, déjà à l'origine de l'affaire *Marleasing* (35) ? L'Europe *sine causa* (36) n'est pas la conséquence toute simple de la disparition de la cause licite comme un élément indispensable pour la validité du contrat. C'est absolument vrai que les systèmes romanistes sont prêts à éliminer la cause de la même façon que les pays du *common law* ne sont pas spécialement attachés au maintien de la « considération ». Mais le fait d'éliminer la cause comme une condition de validité du contrat, dévorée par l'exigence d'un objet licite, ne comporte pas l'affirmation d'une conception contractuelle abstraite ou germanique. Il s'agit d'une correction qui ne va pas effacer d'autres influences de la tradition causaliste ou romaniste (37).

Une autre tendance également claire est la suppression du contrat dit « réel », dont la validité dépend d'un acte de transmission de la possession ou d'une autre condition réelle. Le contrat européen sera, sans doute, un contrat consensuel, dont la validité est fonction de la seule rencontre de deux déclarations de volonté. Le régime anglo-saxon sur l'inexécution du contrat se verra aussi imposé comme modèle général, si bien que la doctrine des vices cachés et l'action réhabilitaire se

[32] V. I. Klauer, General Clauses in European Private Law and 'Stricter' National Standards : the Unfair Terms Directive, *ERPL*, 2000, p. 187-210, spéc. p. 202-210 ; H.-J. De Kluiver, Harmonisation of Law, Substantive Review and Abuse of Rights in the ECC — Some Observations from the perspective of EC Company Law, *Auslegung, europäischen Privatrechts und angeglichenen Rechts*, Baden-Baden, Nomos, 1999, p. 51.

[33] Cf. B. Dumollard, L'intégration des Directives communautaires relatives à la protection des consommateurs en droit français, *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, Baden-Baden, Nomos, 1999, p. 175-176.

[34] Le livre vert sur la révision de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs vient de paraître (JOCE n° C-61 du 15 mars 2007, p. 1).

[35] Arrêt CJCE du 13 novembre 1990 (aff. C-106/89).

[36] Cf. l'expression à V. Basan et W. Mincke : *Europa sine causa* ?, *ZEuP*, 1997, p. 599-614.

[37] V. M. Storme, The Binding Character of Contracts - Causa and Consideration, Towards a European Civil Code, 2<sup>e</sup> éd., *La Haye*, 1998, p. 239.

fondront dans un ensemble plus vaste relatif aux manquements contractuels.

**3** Il est encore tôt pour déterminer la portée spatiale des règles communautaires. Une réglementation facultative, telle qu'elle reste envisagée aujourd'hui, paraît plutôt réservée au domaine des contrats internationaux. L'article 3.3<sup>o</sup> de la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles prévoit l'application des dispositions impératives nationales lorsque tous les éléments de la situation sont localisés dans un seul pays. Cette règle restera inchangée dans le futur Règlement « Rome I ». Par contre, ce projet de règlement dispose à l'article 22 que « le présent règlement n'affecte pas l'application ou l'adoption d'actes émanant des institutions des Communautés européennes qui régissent les obligations contractuelles et qui, en vertu de la volonté des parties, s'appliquent dans les situations comportant un conflit de lois » (38).

Mais si l'on arrive, suivant les désirs du Parlement européen, à une réglementation impérative, le débat sur la portée spatiale de cette réglementation n'est pas du tout fermé. La Convention de Vienne de 1980 ou les principes Unidroit partagent un domaine d'application réduit aux contrats internationaux. En revanche, les principes du droit européen des contrats rédigés par la Commission Lando peuvent se substituer le cas échéant aux réglementations nationales applicables aux contrats purement internes. L'efficacité du système juridique milite en faveur de l'unification des deux réglementations selon les mêmes principes et règles juridiques. Un système de droit des contrats uniforme et indépendant des données spatiales sera plus facile à appliquer par le juge et réduira en même temps les coûts de production juridique pour les entreprises qui préféreront la normalisation de leurs contrats, indépendamment du marché concerné à chaque opération commerciale. Mais cette uniformisation de-

vrait être le résultat d'une décision unilatérale de chaque État. En effet, même si l'on admet la nécessité d'une action d'harmonisation afin de garantir le bon fonctionnement du marché intérieur, l'extension de cette réglementation aux situations purement internes ne trouve point de base juridique si les libertés de circulation que l'on veut protéger n'affectent pas ces situations purement internes (39). C'est le cas, surtout, des libertés fondées sur la libre circulation des personnes, travailleurs et services. Si la réglementation communautaire de ces libertés laisse intacte le régime national vis-à-vis des situations internes, on ne voit pas très bien comment on pourrait justifier une harmonisation du droit des contrats relatifs à ces situations quand elles n'ont pas de rattachement avec un autre État membre.

**4** Une autre question devra être décidée dans le cas d'une harmonisation impérative, même limitée à un Code européen des contrats conclu par les consommateurs : il s'agit de la source appropriée. Tandis que les directives répondent au respect des principes de subsidiarité et proportionnalité, il faut reconnaître leurs défauts insurmontables, particulièrement pour les rapports de droit privé. Le bilan de l'effet harmonisateur des directives est vraiment décevant. En matière de droit privé, les directives ont permis d'accueillir un droit déformé plutôt qu'un droit uniforme. Le règlement, en définitive, s'avère comme la seule option raisonnable si l'objectif réel consiste à unifier d'une façon effective le droit privé. Si la décision non facultative triomphe, il faudra donc s'orienter vers la formule du règlement, telle qu'elle est demandée par le Parlement européen dans sa Résolution de 2001.

**5** Au-delà d'une réglementation prudente *ratione materiae*, c'est-à-dire, orientée plutôt vers l'élaboration d'un Code européen du droit de la consommation, le projet d'un Code européen des contrats de portée plus générale met en question les prémisses mêmes d'un tel projet. En

[38] Bruxelles 15.12.2005 COM (250) 650 final - 2005/01261 (COD).

[39] Cf. U. Drobnič, *Scope and General Rules of a European Civil Code, ERPL*, 1997, p. 491-492.

## NOTE

effet, la pluralité des droits étatiques est accusée de produire des entraves à la libre circulation des produits dans le marché intérieur, de fausser la concurrence et d'augmenter les coûts indirects des transactions. Un marché unifié — dit-on — exige des règles unifiées. Mais — et voilà le paradoxe — les entreprises européennes ne sont pas condamnées à commercer exclusivement à l'intérieur de la Communauté européenne, de la même façon qu'elles ne sont pas condamnées à contracter à l'intérieur de l'État où se trouve leur siège. Il y a, en dehors de la Communauté, un marché globalisé qui intéresse également les agents économiques. Si la politique communautaire est orientée d'une manière très claire vers l'élaboration d'une réglementation des contrats transfrontaliers spécifiquement européens, elle risque de tomber dans le même défaut qu'elle essayait de corriger : le nationalisme (ou régionalisme) du droit contractuel. Une réglementation européenne du droit des contrats ne va pas trouver une application facile hors des contrats internationaux intracommunautaires. Le reste du monde est en train de trouver une harmonisation globale pour faciliter réellement le cosmopolitisme juridique. Le « parochialisme » européen serait bien exprimé par une réglementation des contrats internationaux différenciée du projet universel peut-être représenté par les principes Unidroit (40). Indépendamment de la qualité respective des instruments, la concurrence des principes européens ou d'un Code européen, à côté d'un Code universel, aboutirait aux mêmes entraves et coûts des transactions dénoncés pour justifier la codification européenne. S'agissant des contrats internationaux *business to business*, ne serait-il préférable de participer à un projet vraiment universel qui permettrait d'accueillir une réglementation vraiment adaptée à la globalisation des marchés ? Finalement, le projet d'un Code européen des contrats pourrait être regardé dans une perspective globale,

comme un produit régionaliste, non-cosmopolite et assez contre-productif.

**6** En revanche, le risque d'intervention des institutions européennes sur la *lex mercatoria* semble heureusement écarté. Dans le plan d'action du 2003 et sa communication du 2004, la Commission envisageait la promotion de l'élaboration de clauses contractuelles types dans le marché intérieur, même à travers la création d'une page Web pour leur incorporation et diffusion. Cette démarche était erronée sans aucun doute, de la même façon qu'on ne peut pas identifier les principes Unidroit ou les principes du droit européen des contrats avec la *lex mercatoria* (41). Quand on emploie ce terme, on vise des pratiques contractuelles, des contrats types dans un secteur du commerce, des règles créées en définitive par les opérateurs du commerce. Les principes ne sont pas une création de la pratique ni des opérateurs, mais le fait d'académiciens et d'experts qui, parfois, s'inspirent il est vrai de ces pratiques. En fait, plusieurs règles des principes et du droit privé européen n'obéissent pas à la pratique contractuelle ou entraînent des réponses absolument nouvelles et inconnues jusqu'alors. La *lex mercatoria* et la pratique doivent continuer à être ce qu'elles ont toujours été. Leur dynamisme et leur spontanéité ne peuvent être réduits ni codifiés. Elles perdraient dans ce cas leur âme et leur rôle. Heureusement, le tir a été corrigé. Dans le premier rapport annuel de la Commission cette voie a été écartée compte tenu des très nombreuses difficultés soulevées.

**7** Une remarque finale nous conduit à nier la possibilité de substituer l'harmonisation du droit privé européen par l'harmonisation du droit international privé européen. Le droit international privé n'est pas une troisième voie (42). Sans doute l'harmonisation des règles de conflits de lois s'avère plus facile, mais elle ne sera jamais capable d'accomplir les tâches destinées à l'harmonisation du droit matériel. Le droit international privé aura

[40] Les principes du droit européen des contrats sont très proches des principes Unidroit, mais il y a aussi des différences remarquables (cf. M. J. Bonell, *The Unidroit Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law : Similar Rules for the Same Purposes ?*, *Uniform Law Review*, 1996, p. 235 et s.).

[41] Cf. A. Von Ziegler, *Particularities of the Harmonisation and Unification on International Law Trade and Commerce, Private Law in the International Arena : From national Conflict Rules towards Harmonization and Unification*. Liber Amicorum Kurt Siehr, *La Haya*, 2000, p. 879 et 881-883. S. Sánchez Lorenzo, *La unificación del Derecho del comercio internacional*, p. 239 et s., spéc. p. 246-250.

[42] V. plus en détail S. Sánchez Lorenzo, *La unificación del Derecho contractual europeo vista desde el Derecho internacional privado, Derecho patrimonial europeo*, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2003, p. 363-402. Suivant l'avis de J.-S. Bergé et S. Robin-Olivier, « Il faut alors se méfier, sans doute, du lien hâtif qui renverrait la coordination communautaire aux méthodes propres au droit international privé », in *La généalogie des rapports entre le droit communautaires et le droit privé, Les 50 ans du Traité de Rome de 1957* (coord. Fl. Chaltiel), LPA 2007 (numéro spécial).

**NOTE**

une importante fonction complémentaire, en déterminant le champ d'application spatiale du droit privé européen, en signalant le droit étatique applicable pour combler les lacunes, en fournissant son expérience comparative. Mais l'unification du droit international privé ne peut pas remplacer l'unification du droit privé considérée comme nécessaire. Cette unification du droit privé peut être également primordiale pour les règles de droit international privé européen déjà adoptées, qui ont besoin de notions autonomes ou harmonisées tel que « lieu d'exécution du contrat » (43).

**8** Pour la création d'un droit privé européen il faudra parcourir sans doute un long chemin. Il faut, tout d'abord, « écri-

ser l'infâme », éliminer la superstition sur la nécessité de rédiger un Code civil européen qui considère comme hérétique la possibilité d'arriver à une harmonisation suffisante par des voies moins agressives et plus intelligentes. Après cela — suivant toujours les images voltairiennes — il ne nous restera plus qu'à cultiver notre jardin, faisant du droit comparé des contrats l'outil le plus précieux. Suivant le conseil de Claude Witz, « continuons de préparer le terrain, dans un climat serein et de tolérance, pour que la rose puisse éclore au bon moment. Et laissons aux générations futures le soin de découvrir la couleur de la rose ! » (44).

Sixto SÁNCHEZ LORENZO  
Professeur de droit international privé  
à l'Université de Grenade

(43) La jurisprudence de la CJCE a dû réserver à la loi applicable au contrat la détermination du lieu d'exécution dont dépend la compétence judiciaire (arrêts du 6 octobre 1976, Tessili/Dunlop, aff. 12/1976 ; du 26 juin 1994, Custom Made Commercial Ltd/Stawa Metallbau GmbH, aff. C-288/1992 ; du 28 septembre 1999, Concorde, aff. C-440/1997 ; du 5 octobre 1999, Leathertex Divisione Sintetici SpA/Bodetex BVBA, aff. C-420/1997). L'absence d'un critère harmonisé provoque un manque réel d'harmonisation des règles de compétence judiciaire contenues dans le règlement 44/2001 (art. 5.1°).

(44) Cf. Rapport de synthèse, L'harmonisation du droit des contrats en Europe, Paris, *Economica*, 2000, p. 173.

librairie Lgdj.fr  
la librairie juridique de référence

@chetez  
tous vos livres  
de droit  
sur... [www.lgdj.fr](http://www.lgdj.fr)