



**UNIVERSITÉ
DE GENÈVE**

Archive ouverte UNIGE

<https://archive-ouverte.unige.ch>

Master

2010

Open Access

This version of the publication is provided by the author(s) and made available in accordance with the copyright holder(s).

Un Code civil européen : histoire, influences, enjeux et perspectives

Muscariello, Sara

How to cite

MUSCARIELLO, Sara. Un Code civil européen : histoire, influences, enjeux et perspectives. Master, 2010.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:11811>

© This document is protected by copyright. Please refer to copyright holder(s) for terms of use.

Séminaire: La conclusion du contrat en droit européen
Mémoire de maîtrise en droit
Sous la direction du
Prof. Bénédicte Winiger

Avril 2010

Auteur:
Sara Muscariello

Un Code civil européen: histoire, **influences, enjeux et perspectives**

Table des matières

Introduction.....	1
Origines du Code européen des contrats.....	2
Quelques problèmes rencontrés lors de l'élaboration du Code européen des contrats...	4
Les autres sources du Code européen des contrats.....	5
De l'utilité d'un Code européen des contrats.....	6
Le Code européen des contrats et les codes nationaux, entités parallèles ou exclusives?.....	8
Enseigner un droit européen, une chance ou une gageure?.....	12
Quel accueil au projet européen d'un Code?.....	15
Le <i>Common Frame of Reference</i> comme alternative à un Code civil européen?.....	17
Conclusion.....	20

«Voici que tous font un seul peuple et parlent une seule langue, et tel est le début de leurs entreprises! Maintenant, aucun dessein ne sera irréalisable pour eux.»

Gen. 3 : **11** 6.

Introduction

Les relations économiques de l'Europe sont, à n'en pas douter, essentiellement fondées sur une multitude de contrats, mais ceux-ci trouvent-ils une efficacité optimale au sein d'un corps de règles disparates, propres à chaque Etat? Le Parlement européen, loin de souscrire à cette dernière hypothèse et gardant en point de mire la réalisation d'un Marché commun cohérent, a recommandé, le 26 mai 1989, puis une nouvelle fois en 1994, d'entreprendre les travaux d'élaboration d'un Code civil européen.¹ Certes, un code civil «usuel», soit tel qu'il nous est donné d'en voir dans les pays européens de tradition civiliste, contient bien plus que des normes relatives aux contrats. Ainsi, divers codes civils tels que les codes allemand, autrichien, français ou suisse consacrent des chapitres aussi bien au droit de la famille qu'à celui des droits réels ou des sociétés, mais il est un domaine plus propice à l'unification du droit parce que ses fins réclament d'elles-mêmes qu'il reste simple, lisible et accessible: le commerce et, partant, les règles relatives aux contrats qui le font prospérer. Au vu des multiples tentatives d'unification du droit des contrats tant au niveau mondial qu'euro-péen, trouvant même leurs sources dans des temps très reculés si l'on pense au *Ius Commune*, il paraît presque évident que le «premier-né» de l'idée d'un Code civil européen ne soit autre que l'avant-projet du Code européen des contrats.

Pour apprendre à connaître cet objet singulier, nous nous attacherons en premier lieu à relater les origines du projet de Code européen des contrats, à la suite de quoi nous passerons en revue quelques difficultés qui émaillèrent son élaboration. Nous verrons aussi que le Code est un édifice bâti sur les fondations de diverses sources de droit, elles-mêmes intrinsèquement liées. Puis, nous nous demanderons en quoi un tel code trouverait un sens dans une Europe qui ne cesse de se complexifier. Parmi les défis et les enjeux que l'adoption d'un tel instrument entraînerait, nous nous attarderons aussi sur sa relations aux codes nationaux et la façon dont le droit européen devra être enseigné dans le futur. Nous mettrons encore en lumière les faiblesses d'un tel projet, qui connaît aussi ses détracteur, en soulignant divers obstacles qui lui restent à franchir avant de réunir un réel consensus au niveau européen. En dernier lieu, nous nous questionnerons sur l'arrivée d'un possible concurrent au Code civil européen sous la forme du *Common Frame of Reference*.

¹ Résolution du Parlement européen, du 26 mai 1989, relative à un effort de rapprochement du droit privé des Etats membres, Journal officiel des Communautés européennes, N°C158/400 et Résolution du Parlement européen, du 6 mai 1994, relative à l'harmonisation de certains secteurs du droit privé des Etats membres, Journal officiel des Communautés européennes, N° C 205/518.

Origines du Code européen des contrats

C'est en octobre 1990 qu'eut lieu le premier colloque visant à l'élaboration des travaux préparatoires de l'avant-projet du Code européen des contrats, organisé par le Professeur Giuseppe Gandolfi à l'Université de Pavie. Les participants d'alors, des juristes ressortissants des Communautés européennes mais aussi de Suisse et d'Autriche,² souhaitèrent créer un organe académique permanent qui deviendrait, en 1992, l'Académie des privatistes européens.³ Cette dernière commença formellement ses travaux trois ans plus tard, mais un groupe d'études avait déjà activement ébauché le projet du Code. D'ailleurs, en juin 1989 déjà, Giuseppe Gandolfi présentait les résultats d'une recherche personnelle menée sur plus de vingt années et fondée sur les principes du droit des contrats issus des divers systèmes juridiques européens.⁴ Un civiliste portugais,⁵ invité en 1995 à participer aux recherches alors en cours, se souvient avoir accepté cette offre pour les raisons suivantes: «En premier lieu, cette idée de tenter d'eupéaniser le droit des contrats était arrivée au bon moment; en second lieu, elle était née avec la dimension juste; et en dernier lieu, cette initiative, reposant sur des bases très sûres, avait trouvé l'auteur capable d'assumer cette lourde responsabilité.»⁶ Les motivations de Giuseppe Gandolfi à initier un tel projet existaient, pour leur part, au-delà de l'invitation lancée par le Parlement européen dans ses visées fondatrices d'un Marché commun. Il percevait dans l'unification du droit des contrats, une réponse aux besoins de solutions nouvelles réclamées par la conscience sociale ainsi qu'une formidable occasion de remettre à jour les systèmes établis ce qui, selon lui, obtenait le soutien de la jurisprudence et de la doctrine. Il y voyait, par conséquent, un moyen de consolider ce qu'il appelle «une conscience européenne» mais aussi de réunir les visions naturalistes, positivistes et subjectivistes ou sociales traditionnelles du droit pour, en quelque sorte, les réconcilier. Un droit qui resterait fragmenté au sein de l'Union européenne irait, à son avis, à l'encontre de l'idée même de cette entreprise commune pour ne représenter qu'une source de conflits.⁷

Préalablement, dans les années 60, en Grande-Bretagne, le Parlement avait constitué l'*English Law Commission* qui avait chargé le professeur Harvey McGregor du *New Collège* d'Oxford de rédiger un *Contract Code* visant à unifier les droits anglais et écossais. Comme le souligne LORD WOOLF, l'idée d'unifier de la *Common Law* (soit le droit anglais) et un droit de tradition civiliste (soit le droit écossais) prouvait un intérêt de l'Angleterre pour le rapprochement de ces systèmes dans le domaine des contrats, bien avant son entrée dans l'Union européenne.⁸ G. GANDOLFI, dans sa préface du *Contract Code*, se souvient que ce dernier n'était connu que par un nombre réduit de juristes avant la Conférence de Pavie qui contribua à sa renommée. Il y voit un événement comparable à l'homme marchant sur la lune ou à la chute du mur de Berlin, tant il semblait impossible d'unir le droit continental et anglais; l'idée d'imposer à la Grande-Bretagne l'équivalent du projet de Code franco-italien des obligations quelques décennies auparavant aurait été, selon lui, totalement saugrenue.⁹ C'est sur ce même *Contract Code* et sur le Livre du Code civil italien que furent érigées les fondations du droit européen des contrats. Giuseppe Gandolfi avança deux arguments à l'appui de l'utilisation du Code civil italien: premièrement, celui-ci se trouve au carrefour des

² GANDOLFI, Introduction à l'avant-projet du Code européen des contrats, p. LI.

³ DUFWA, Observations préliminaires à l'avant-projet du Code européen des contrats, p. XXXVI.

⁴ STEIN, Préface de l'avant-projet du Code européen des contrats, p. XLI.

⁵ João de Matos Antunes Varela.

⁶ DE MATOS ANTUNES VARELA, Quelques considérations introductives à l'avant-projet du Code européen des contrats, p. XXXI.

⁷ GANDOLFI, Introduction à l'avant-projet du Code européen des contrats, pp. LI et LII.

⁸ LORD WOOLF, Introductory Remarks of the Lord Chief Justice of England à l'avant-projet du Code européen des contrats, p. XXXIII.

⁹ GANDOLFI, Préface du *McGregor Contract Code*, pp. V et VII.

deux grands courants du droit en Europe, soit les droits français et allemand, deuxièmement, le code italien mêle le droit civil et commercial, ce qui le rend à la fois moderne et plus proche du droit anglais que les codes français et allemand notamment dans sa manière d'aborder le droit des contrats.¹⁰ Notons à ce propos qu'avant que le Code civil italien de 1942 ne rentre en vigueur, un projet de Code franco-italien des obligations avait été lancé par Vittorio Scialoja durant la Première Guerre mondiale, dont la rédaction fut achevée en 1927 mais qui allait rester lettre morte. Soumis à une commission parlementaire en 1936, ce projet fut supplanté en 1939 par la réforme du Code civil italien alors en cours, qui allait précisément aboutir à l'adoption de son Livre . Parallèlement, le Code Napoléon fut également réformé après la guerre, ce qui mit un terme définitif à cette tentative d'unification qui, comme le défendait M. ROTONDI en 1954, valait la peine d'avoir été menée comme un premier pas utile à de futures entreprises d'unification du droit mais aussi pour faire reculer la vision utopiste d'une telle science au niveau européen. Ce projet allait, de surcroît, influencer l'élaboration des codes des obligations polonais, albanais, roumain et grec.¹¹

Mais comme nous le verrons, les sources d'inspiration du Code européen des contrats ne se résument pas à celles précédemment citées. B. W. DUFWA, relève que tous les grands systèmes juridiques ont contribué à la création du Code sans pour autant qu'il soit devenu, dans sa version définitive, une «moyenne» des règles européennes régissant les contrats. Il fut d'ailleurs le plus souvent procédé à un véritable choix entre les solutions de tel ou tel droit interne pour ne retenir que celle apparaissant comme étant la meilleure et non comme s'il s'était agi d'opérer un compromis permanent entre divers systèmes juridiques. Certaines règles représentent même, d'après cet auteur, de véritables innovations.¹² G. GANDOLFI précise d'ailleurs que le Livre du Code civil italien et le *Contract Code* de McGregor n'ont été utilisés que comme de «simples tableaux de marche» à la seule fin de garder à l'esprit les spécificités des droit continentaux et anglais.¹³

Contrairement aux Principes du droit européens des contrats¹⁴ ou aux Principes UNIDROIT¹⁵ dont il sera également question dans notre analyse, le projet de Code européen des contrats se voulait être un véritable corps de règles et ne devait pas se réduire à de simples principes. P. STEIN relève et soutient à ce propos l'avis de Tony Jolowicz:¹⁶ «[...] *the objective of unifying the law in Europe may be achieved through the unification of concrete solutions for particular problems, but not through an attempt which would certainly fail, to unify the logical procedures and conceptual mechanism by which, in different legal systems, those solutions were reached. In fact, the formulation of principles must follow the making of solution and rules. It is often said that general principles are «indirect» rules, because they would not be applied if other rules did not prescribe how they were to be applied. Principles indicate the basic features of a system; they are deduced from a number of rules through a process of abstraction and generalization, undertaken with proper regard for the way those rules are applied by the courts.*»¹⁷ A la simple lecture du projet, tout semble en effet

¹⁰ STEIN, Préface de l'avant-projet du Code européen des contrats, p. XLI.

¹¹ ROTONDI, The Proposed Franco-Italian Code of Obligations, pp. 345, 346 et 355.

¹² DUFWA, Observations préliminaires à l'avant-projet du Code européen des contrats, p. XXXVII.

¹³ GANDOLFI, Introduction à l'avant-projet du Code européen des contrats, p. LIV.

¹⁴ Principes du droit européen des contrats, préparés par la Commission du droit européen des contrats, 1999.

¹⁵ Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international, Rome, 2004.

¹⁶ G. GANDOLFI soutient aussi clairement ce point de vue: «Tenter [...] de formuler les principes d'un hypothétique système futur apparaît incongru, et constitue d'abord une contradiction logique avant que d'être une opération impossible à réaliser. [...] Les différentes règles de ce futur système devront s'adapter, lorsqu'elles seront rédigées, aux problèmes effectifs à résoudre, aux intérêts en jeu et non pas à des critères abstraits, suggérés a priori sur la base de réflexions de nature logique ou équitable.» (Introduction à l'avant-projet du Code européen des contrats, p. LIII).

¹⁷ STEIN, Préface de l'avant-projet du Code européen des contrats, p. XLI.

correspondre à un code détaillé, ses articles sont plus longs que ceux des Principes précités, ils ne contiennent ni commentaires, ni exemples mais un rapport pointu du coordinateur, sur plus de trois cents pages, suit les versions allemande, anglaise, espagnole et italienne du corpus de règles et relate les différentes étapes de sa création. Toutefois, comme nous le verrons, les Principes n'ont pas été neutres dans son élaboration, loin s'en faut. A la fois précurseurs ou élaborés en parallèle du projet européen de Code des contrats, ils ont aussi, à leur manière, façonné ce qui pourrait bien être le futur droit applicable aux contrats européens.

Quelques problèmes rencontrés lors de l'élaboration du Code européen des contrats

Une fois l'idée du Code admise au sens que nous venons d'évoquer, une série d'obstacles se dressèrent en vue de sa rédaction, nous en relèverons quelques-uns ici. Comme le relate P. STEIN, la première difficulté fut liée au fait que le Livre du Code civil italien, modèle sur lequel le projet devait s'élaborer, traitait peu des contrats en tant que tels mais des obligations en général, or, le concept d'obligation, si courant dans les droits de tradition civiliste, est une notion inconnue de la *Common Law* qui s'y réfère plutôt pour exprimer les effets des contrats. Le problème fut débattu en 1994. Fallait-il purement et simplement ignorer ce concept, au risque de heurter les juristes familiers de celui-ci ou, à l'inverse, l'imposer à d'autres qui ne l'avaient jamais manié et qui n'en ressentaient pas le besoin? Une solution intermédiaire fut adoptée. Le terme d'«obligation» prendrait le sens usuel des sources de droit anglais, soit de «devoir résultant du contrat». Un obstacle similaire s'éleva pour la signification à donner au concept de *Rechtsgeschäft* ou *legal transaction*, pour les pays qui l'ignoraient. Toujours selon P. STEIN, ces choix laissent un lourd fardeau à la doctrine qui devra contribuer à préciser les cas d'application de ces solutions et les interpréter, alors même que l'on souhaitait éviter ce genre d'écueil lors de la rédaction du projet.¹⁸ De même, il fut décidé de ne pas inclure de partie générale dans ce dernier, les obligations étant traitées au début du Livre du Code civil italien seraient insérées dans les règles concernant les effets et l'exécution des contrats sans qu'une place privilégiée, chapeautant les autres règles, ne leur soit réservée.¹⁹ Il fut discuté, en outre, du type de langage à adopter, en particulier face à la barrière de divergences entre les droits continentaux et le droit anglais. L'élaboration de définitions et d'exemples s'avéra nécessaire, tout comme les notions sous-entendues et sujettes à interprétation furent autant que possible bannies car néfastes à un corpus de normes ayant pour ambition de s'appliquer dans toute l'Europe et devant garder un sens accessible pour tous.²⁰ G. GANDOLFI formule que: «Seul un style clair, exhaustif, dénué de sous-entendus peut éviter le grave danger qui mènerait spontanément les interprètes, en présence d'incertitudes, lacunes ou renvois implicites, à se réclamer de leur propre droit national. Une telle pratique compromettrait fatalement l'unification, donnant lieu à des difformités dans l'interprétation et l'application.»²¹ La langue adoptée pour le projet fut en premier lieu le français pour mettre de l'emphase sur son caractère communautaire, mais il fut traduit dans toutes les langues de la Communauté européenne par la suite.²² Trouver une méthode de travail adéquate n'allait de surcroît pas de soi. On décida premièrement d'établir des sous-commissions d'experts qui auraient conçu les diverses parties d'un tout, soit le projet aboutit. Toutefois, une autre technique eut la faveur des membres de l'Académie. Chacun d'entre eux allait apporter sa pierre à l'édifice en mettant à contribution son expérience liée à son propre système juridique

¹⁸ STEIN, Préface de l'avant-projet du Code européen des contrats, p. XLIV.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ *Ibid.*

²¹ GANDOLFI, Introduction à l'avant-projet du Code européen des contrats, pp. LIV et LV.

²² STEIN, Préface de l'avant-projet du Code européen des contrats, p. XLIV.

et ce, dans le but d'aboutir à un code qui reflèterait les besoins pratiques de toute la Communauté européenne. Une fois ces avis, commentaires et propositions formulés, ils furent coordonnés par Giuseppe Gandolfi qui se fit fort de les rassembler dans le projet de Code européen des contrats dans sa version actuelle.²³ Celui-ci confesse à ce sujet n'avoir pas toujours retenu les opinions majoritaires mais avoir plutôt favorisé les solutions propres à «satisfaire les exigences d'une société du troisième millénaire», le tout dans un souci de cohérence.²⁴ Il va sans dire que ce processus connut de nombreuses étapes qu'il serait impossible d'énumérer dans ce bref exposé, le projet ayant été longuement évalué, réétudié, parfois même article par article (il en contient 173 dans sa version finale).²⁵

Les autres sources du Code européen des contrats

Rien ne se perd, rien ne se crée (ou presque) et le Code européen des contrats n'échappe guère à cette règle; loin d'être issu d'un néant juridique, cet instrument a connu et connaît toujours des prédécesseurs qui ont contribué à le façonner. Ce sont les influences plus ou moins marquées de ceux-ci sur le futur projet du Code européen des contrats que nous tenterons d'apprécier ici.

Le premier grand pas vers l'unification du droit privé européen vu le jour en 1999, lorsque la Commission Lando présenta ses Principes de droit européen des contrats (ci-après: Principes Lando). Celle-ci avait pour but majeur de voir ces Principes employés aussi largement que possible, mais aussi de créer un réel foyer commun de règles européennes en matière de contrats.²⁶ Les Principes Lando ayant très vite été perçus comme une grande source d'inspiration pour la conception du Code européen des contrats, il nous semble opportun d'aborder les divers projets qui ont eux-mêmes exercé une influence sur ces Principes. Ainsi, M. W. HESSELINK constate que tant dans leur forme que dans leur contenu, les Principes Lando ont subi l'influence de l'*American Restatement of the Law*, du *Uniform Commercial Code* et des Principes UNIDROIT.²⁷

L'*American Restatement of the Law*, publié par l'*American Law Institute* (ci-après: ALI) fut une tentative de clarifier, simplifier et éliminer les contradictions de la *Common Law* américaine sans pour autant codifier cette dernière, ce qui n'est d'ailleurs toujours pas le cas à l'heure actuelle.²⁸ Le premier *Restatement* fut publié en 1932, et avait pour objet les contrats. A sa suite, d'autres domaines tels que l'agence, les conflits de loi, la propriété, la responsabilité et les *trusts* connurent également leurs *Restatements*. Le deuxième *Restatement* commença à s'ébaucher en 1952 pour être achevé dans les années 1980, alors que le troisième était en cours d'élaboration dans les années 2000. Ces *Restatements* ne sont pas à proprement parler des lois et ne lient pas les juges.²⁹ Souvent ardemment critiqués à leur publication, les deux premiers *Restatements* connurent néanmoins un réel succès, le premier, plus que le deuxième, qui fut employé de façon moins large par les cours des Etats-Unis.³⁰ M. W. HESSELINK voit plus de similitudes entre les Principes Lando et le deuxième *Restatement* parce les uns comme l'autre contiennent des commentaires détaillés. Mais il

²³ STEIN, Préface de l'avant-projet du Code européen des contrats, pp. XLIV et XLV.

²⁴ GANDOLFI, Introduction à l'avant-projet du Code européen des contrats, p. LVI.

²⁵ Pour plus de détails, l'on se référera au Rapport du coordinateur inclus dans l'avant-projet du Code européen des contrats aux pp. 89-409. Quelques-unes des étapes sont aussi énumérées plus sommairement dans la Préface de Peter Stein du même ouvrage aux pp. XLI à XLVI, ainsi que dans l'Introduction de Giuseppe Gandolfi aux pp. LI à LVIII.

²⁶ HESSELINCK, *The New European Private Law*, pp. 75 et 76.

²⁷ *Ibid.*, p. 76.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ *Ibid.*, p. 77.

³⁰ *Ibid.*, pp. 79 et 80.

relève aussi une approche moins ouverte au dialogue des Principes Lando qui leur confère un caractère ambivalent.³¹

Le *Uniform Commercial Code* (ci-après: *UCC*), dont le but était de créer une unité parmi les divers droits commerciaux des Etats des Etats-Unis mais aussi de simplifier, clarifier et moderniser le droit commercial tout en favorisant les coutumes, les usages et la volonté des parties, fut créé par la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* et l'*ALI* entre 1942 et 1954.³² M. W. HESSELINK souligne que contrairement aux *Restatements*, le *UCC* a la forme d'une loi (11 «articles», divisés en «sections»). Bien que non contraignant pour les tribunaux américains, ces derniers lui accordent une importance notable. Le *UCC* subit en outre des révisions continues.³³

Last but not least, les Principes UNIDROIT, publiés en 1994 et élaborés en parallèle aux Principes Lando, ont, de ce fait, influé sur ces derniers et vice versa. Il suffit de lire le Préambule des Principes UNIDROIT pour s'apercevoir qu'ils se destinaient déjà explicitement à inspirer d'autres codifications tant nationales qu'internationales.

Le groupe qui travailla à la conception des Principes fut inspiré à son tour par la Convention de Vienne sur les contrat de vente internationale de marchandises³⁴ (ci-après: CVIM), le projet UNIDROIT sur la validité du contrat de vente de marchandises, le deuxième *Restatement of Contracts* et le *UCC*,³⁵ une nouvelle preuve du lien étroit existant entre ces divers projets. A ce sujet, M. DEL PILAR PERALES VISCARILLAS soulève les rapports entre les Principes UNIDROIT et la CVIM quant à leur interprétation réciproque. Autant une lecture des Principes UNIDROIT à la lumière de la CVIM et de son histoire paraît possible parce que ceux-ci reproduisent substantiellement le contenu de la CVIM, autant l'interprétation systématique de la Convention à la lumière des Principes UNIDROIT peut être risquée, l'art. 7 al. 2 de la CVIM ne prévoyant une interprétation de celle-ci sur la base d'autres règles qu'en présence d'une lacune de la Convention, lacune parfois difficile à déceler et à admettre avec précaution.³⁶

De l'utilité d'un Code européen des contrats

Pourquoi chercher à tout prix à modifier un droit, codifié ou non, qui a fait ses preuves? D'où vient ce besoin? Existe-t-il seulement? T. KADNER GRAZIANO en semble convaincu. A son sens, un Code européen des contrats se révèle indispensable pour éradiquer ce qu'il nomme l'*effet de surprise*. Celui-ci est provoqué dans des situations transnationales où le droit applicable au contrat surprend une des parties, voire toutes, parce que la solution qu'il propose est inconnue de l'ordre juridique auquel elles sont familières ou encore parce qu'elle ne correspond plus à celle qui aurait été souhaitée par qui se trouve ainsi pris au dépourvu.³⁷ Il illustre son propos avec trois cas pouvant se présenter dans la pratique. Par exemple, la majorité des droits européens admettent l'accord des volontés comme suffisant pour la conclusion d'un contrat or, le droit français demande en sus une cause licite au contrat pour reconnaître sa validité. Ou encore, dans l'hypothèse d'une modification de contrat, le droit anglais n'admettrait pas que la partie avantagée par celle-ci ne promette pas de contre-prestation, en ce sens que la *consideration* fait défaut, un simple accord des volontés n'étant

³¹ HESSELINCK, *The New European Private Law*, p. 82.

³² *Ibid.*, p. 80.

³³ *Ibid.*, p. 81.

³⁴ Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises du 11 avril 1980, (CVIM; RS 0.221.211.1).

³⁵ HESSELINCK, *The New European Private Law*, p. 81.

³⁶ DEL PILAR PERALES VISCARILLAS, *The UNIDROIT Principles: A Common Law of Contract for the Americas?*, pp. 305-309.

³⁷ KADNER GRAZIANO, *Le futur de la codification du droit civil en Europe*, pp. 2-4.

pas suffisant en *Common Law* où le contrat est un échange de promesses, alors qu'il le serait dans la majorité des droits continentaux. Un autre problème peut se poser à propos d'un aspect essentiel de la phase précontractuelle, soit la détermination de la validité de l'offre. Ainsi, la majorité des pays européens laissent un temps de réflexion à qui reçoit une offre pour se prononcer sur celle-ci, or la *mailbox rule* (pratiquée en droit anglais ou néerlandais) permet à l'offrant de révoquer son offre jusqu'à ce que l'acceptation lui soit renvoyée.³⁸ Pour éviter de tels écueils, loin d'être exhaustifs, cet auteur préconise un réel Code européen qui aurait les vertus des Principes Lando dans lesquels les «particularités des droit nationaux qui n'ont pas de justification logique ni équitable, mais essentiellement d'ordre historique s'effacent».³⁹ Tout comme les Principes UNIDROIT, ils sont spécifiquement adaptés aux situations internationales au travers de règles simples et claires tendant à éviter les inconvénients de la *surprise*.⁴⁰ Il note que «ni le choix entre les différents droits nationaux (et donc le DIP), ni une harmonisation des anciens codes ne trouvera véritablement de solution aux problèmes de la *surprise* et de l'insécurité juridique»,⁴¹ pas plus que les directives européennes qui, une fois transposées dans les ordres juridiques nationaux peuvent devenir, à leur tour, source de nouvelles *surprises*.⁴²

C'est précisément pour pallier le problème de la mise en œuvre hétéroclite des directives européennes par les Etats membres qu'un Code civil européen pourrait trouver une utilité pour F. WERRO.⁴³ Il souligne que des directives européennes ont été adoptées dans tous les domaines du droit privé et que celles-ci jouent un rôle majeur dans l'europanisation du droit. Nous citerons, parmi les nombreux exemples donnés par cet auteur, renonçant lui-même à une énumération complète, des directives concernant le droit des sociétés, la propriété intellectuelle, le droit commercial, dans lequel toute une série de contrats spéciaux sont concernés, sans oublier la protection des consommateurs et la responsabilité civile, et certains domaines de la propriété.⁴⁴ Mais ces directives ont-elles réellement mené à l'unification du droit privé dans leurs domaines respectifs? F. WERRO doute de leur effet unificateur sur les droits nationaux qui conservent encore beaucoup de particularités. En revanche, il constate une réelle harmonisation des droits privés de l'Union européenne sur des points importants où les différences entre les droit nationaux tendent à s'effacer, de plus, les directives auraient poussé les Etats à moderniser leurs droits.⁴⁵ Cet auteur relève aussi le rôle majeur qu'a joué la Cour de justice des communautés européennes en faveur de l'harmonisation du droit, notamment grâce à la règle du «sens communautaire» imposant aux Etats membres une application uniforme des directives.⁴⁶ Cependant, F. WERRO critique l'approche «pointilliste et fragmentaire» des directives et note que «de manière spécifique à l'Union européenne, un plan d'action législative fait défaut et qu'«il manque un corps ou un système de droit civil européen dans lequel ces directives pourraient s'inscrire».⁴⁷ Toutefois, l'idée d'un code contient, selon lui, des points faibles. Le projet ne serait pas mûr politiquement, d'autres priorités préoccupent d'avantage les Européens, l'idée de codification serait passéiste, les cultures juridiques nationales de *Common Law* ne seraient pas prêtes à l'idée de codification,

³⁸ KADNER GRAZIANO, Le futur de la codification du droit civil en Europe, pp. 3 et 4.

³⁹ *Ibid.*, pp. 5 et 7.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 5.

⁴¹ *Ibid.*, p. 7.

⁴² *Ibid.*, p. 6.

⁴³ WERRO, La dénationalisation du droit privé dans l'Union européenne, in L'europanisation du droit privé, p. 19.

⁴⁴ *Ibid.*, pp. 5-11.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 12.

⁴⁶ *Ibid.*, pp. 14 et 15.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 17.

et cette dernière reste trop rigide par rapport à l'action de la Cour de justice.⁴⁸ Mais il ne voit pas que des défauts à cette solution, particulièrement si un tel code devait traiter en priorité de sujets liés à l'avènement d'un Marché unique. Il déclare: «L'unification ou la codification du droit des contrats présenterait l'avantage non seulement de faciliter les échanges commerciaux européens, mais également celui de réunir autour d'un projet fondamental et mobilisateur la communauté des juristes européens.»⁴⁹ Nul doute que la rédaction de l'avant-projet du Code européen des contrats fut la concrétisation de ce dernier point.

G. GANDOLFI est, quant à lui, convaincu qu'un Code européen des contrats éliminerait tous les obstacles au fonctionnement du Marché intérieur dus à la variété des droits. Les entrepreneurs et les consommateurs créeraient des liens plus sereins avec les acteurs du marché d'autres Etats membres, parce qu'un tel Code leur donnerait plus de certitudes quant à leurs obligations et leurs droits réciproques. Les différences entre les systèmes juridiques, parfois exploitées par des personnes peu scrupuleuses dans le dessein de tromper leurs cocontractants seraient abolies. De plus, les avocats seraient mieux à même de conseiller leurs clients en amont et en aval des problèmes pouvant ressortir de leurs contrats. Les juges auraient aussi à leur disposition des règles claires et immédiates, leur évitant l'application incertaine des règles du droit international privé. Mais G. GANDOLFI affirme que tous ces avantages ne se concrétiseraient qu'à certaines conditions: premièrement, le Code devrait être traduit dans toutes les langues des Etats membres, ensuite, il devrait réglementer le droit des contrats de façon exhaustive pour éviter l'effet pervers d'un retour systématique aux règles nationales, il devrait enfin contenir des règles claires et simples, acceptables dans tous les pays de l'Union,⁵⁰ autant d'objectifs qui furent concrétisés avec l'avant-projet du Code européen des contrats.

Le Code européen des contrats et les codes nationaux, entités parallèles ou exclusives?

T. KADNER GRAZIANO trouve plusieurs arguments en faveur d'un remplacement pur et simple des codes nationaux par un Code européen des contrats. En premier lieu, la coexistence de plusieurs droits est porteuse de complications tant pour leur étude respective que pour leur application.⁵¹ En outre, cet auteur voit dans une possibilité d'*opting out* du Code au profit d'un droit national, une réelle manière de minimiser son importance, ce qui le discréditerait d'emblée.⁵² Il déplore aussi qu'un Code si élaboré et moderne puisse un jour se voir relégué aux seules situations transfrontalières, alors qu'il devrait tout aussi bien profiter aux contrats nationaux.⁵³ De plus, seul un Code européen unifiant le droit serait à même de correspondre à l'objectif de réalisation d'un grand Marché intérieur de l'Union.⁵⁴ En dernier lieu, la délimitation des champs d'application des codes nationaux et du Code européen serait très compliquée à réaliser.⁵⁵ Malgré ces quelques arguments favorables à l'application unique du Code européen, T. KADNER GRAZIANO plaide plutôt en faveur d'une coexistence des codes nationaux avec le Code européen. Dans une telle hypothèse, les cocontractants soumettraient par *opting in* un contrat interne aux règles du Code européen, tout comme ils

⁴⁸ WERRO, La dénationalisation du droit privé dans l'Union européenne, *in* L'europanisation du droit privé, p. 19.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 20.

⁵⁰ GANDOLFI, Un Code européen des contrats: pourquoi et comment, *in* An Academic Green Paper on European Contract Law, pp. 203 et 204.

⁵¹ KADNER GRAZIANO, Le futur de la codification du droit civil en Europe, p. 8.

⁵² *Ibid.*, p. 9.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ *Ibid.*

pourraient envisager l'application d'un droit national à un contrat transfrontalier.⁵⁶ Sur un plan plus «psychologique», les législateurs nationaux se sentiraient rassurés quant à la préservation de leurs compétences (ce d'autant plus que l'idée d'un Code européen unique est accueillie plus ou moins favorablement selon les pays), tout comme le sentiment de perte d'identité culturelle symbolisée par certains codes nationaux serait évité.⁵⁷ Enfin, cet auteur voit un réel danger dans l'abandon des codes nationaux en ce qu'ils ont toujours contribué à l'évolution du droit comme sources d'inspiration, il ne faudrait pas que l'adoption qu'un droit unifié rende obsolète la matrice dont il est lui-même issu.⁵⁸

Qu'en est-il à ce sujet des Principes UNIDROIT et des Principes Lando tous deux conçus quasiment simultanément en 1994? Ceux-ci sont-ils entrés en concurrence après leur adoption? Forment-ils une sorte de doublon inutile? Leur coexistence est-elle comparable à celle qui pourrait voir le jour entre un Code européen des contrats et des codes nationaux?

M. J. BONELL nous offrait en 1996 une analyse comparative de ces deux corps de règles. Il relevait certes de grandes similitudes quant à leur élaboration, leurs sources, leur contenu et leur structure respective mais aussi des points de divergence, comme le fait que les Principes UNIDROIT ne contiennent pas, contrairement à leurs homologues européens, de réelles notes comparatives en supplément des commentaires des articles, quant aux sources de droit retenues pour telle ou telle solution et la façon dont la même matière est réglée dans les différents ordres juridiques nationaux. Toutefois, cet auteur ne voit pas que des inconvénients à cette absence de commentaires. En effet, mettre en évidence les ordres juridiques nationaux qui ont le plus influencé les Principes UNIDROIT aurait pu être contreproductif, à l'inverse, les commentaires des Principes Lando n'offrent pas toujours un support approprié à la solution adoptée.⁵⁹ Pour ce qui est du contenu des deux instruments, M. J. BONELL renonce à les comparer article par article pour des raisons pratiques:⁶⁰ soit un corps de règles contient un seul article traitant un sujet en particulier et l'autre s'y réfère dans plusieurs articles, soit chacun des deux instruments traite d'un point précis dans un article unique, développé ensuite dans des articles séparés.⁶¹ Si cet auteur souligne des différences d'ordre technique entre les deux corps de règles, leurs divergences quant à leur champ d'application nous semblent plus intéressantes pour les questions que nous nous posons. Ainsi, M. J. BONELL met en évidence que les Principes UNIDROIT sont destinés à être des *règles générales pour les contrats de commerce internationaux*, alors que les Principes Lando sont voués à s'appliquer comme des *règles générales du droit des contrats dans la Communauté européenne*. En d'autres termes, les Principes UNIDROIT sont limités à un usage international et commercial, alors que les principes Lando ont une portée plus vaste (bien sûr, pas dans un sens géographique: nous précisons) parce qu'ils s'appliquent à toutes sortes de contrats, y compris ceux ayant une portée purement nationale et liant les commerçants aux consommateurs.⁶² M. J. BONELL justifie cette différence majeure en expliquant que les Principes UNIDROIT ont une portée internationale universelle, or au niveau mondial, les différences politiques, économiques et entre les systèmes juridiques sont beaucoup plus marquées qu'au niveau européen où la réglementation du Marché unique gomme les divergences entre contrats internes et internationaux et dans lequel la législation touchant aux consommateurs est largement

⁵⁶ KADNER GRAZIANO, *Le futur de la codification du droit civil en Europe*, p. 10.

⁵⁷ *Ibid.*, pp. 10 et 11.

⁵⁸ *Ibid.*, pp. 12 et 13.

⁵⁹ BONELL, *The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: Similar Rules for the Same Purposes?*, pp. 1-4.

⁶⁰ Voir toutefois l'énumération des dispositions similaires et divergentes aux pages 4 à 8 de l'article cité en note 59, ci-dessus.

⁶¹ BONELL, *The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: Similar Rules for the Same Purposes?*, p. 4.

⁶² *Ibid.*, p. 7.

harmonisée.⁶³ En définitive, ces deux textes n'ont pas les mêmes buts, mais peuvent-ils tout de même entrer en compétition? L'idée que les parties à un contrat aient l'embarras du choix face à deux *lex mercatoria* paraît absurde aux yeux M. J. BONELL. Il imagine mal comment des législateurs africains, américains, asiatiques ou australiens pourraient prendre pour modèle des règles qui se déclarent elles-mêmes destinées à des membres de l'Union européenne. Il cite d'ailleurs plusieurs exemples de réformes législatives extra-européennes (Russie, Chine, Indonésie, etc.) qui utilisèrent toutes les Principes UNIDROIT pour ce faire. Il pense également à des contrats n'incluant que des Non-Européens et ne voit aucune raison pour qu'un arbitre, par exemple, se réfère à des règles européennes au lieu d'appliquer une *lex mercatoria* mondiale dans un tel cas. A l'inverse, les Principes Lando devraient être le point de référence des législateurs européens tant pour concevoir qu'interpréter le droit communautaire, tout comme les législateurs et tribunaux nationaux européens les prendront comme point de référence. Certes, les cocontractants au sein de l'Union gardent le choix d'employer les Principes UNIDROIT, mais M. J. BONELL les imagine logiquement adopter les Principes Lando, particulièrement dans une relation commerçant-consommateur, pour les raisons que nous avons exposées ci-dessus.⁶⁴ Cet auteur note encore que si aucun de ces deux corps de règles n'a été créé dans l'optique de devenir du droit contraignant, cette hypothèse ne les exclurait pas l'un l'autre. L'idée de les fusionner, qui fut émise en son temps, lui semble inutile voire impossible, et l'arrivée d'un Code européen des contrats ne devrait pas faire d'ombre aux Principes UNIDROIT, même s'ils devaient prendre la forme d'une convention, parce que ces règles ont des buts et des champs d'application différents, comme nous l'avons vu.⁶⁵

Pour ajouter à la complexité de ce débat, nous relèverons encore que M. BUSSANI envisage deux options pour l'adoption du futur Code civil européen, que les législateurs devraient choisir avant même d'aborder les problèmes techniques, culturels et politiques y afférant.⁶⁶ En premier lieu, il s'agirait selon lui, de choisir entre un code à un niveau ou à double niveau. Le code à un niveau serait un code classique, proche des projets Gandolfi ou Lando, conçu pour les contrats civils et commerciaux. D'après lui, un tel code résisterait mal à la compétition commerciale mondiale, mais il pourrait peut-être faire figure de contre-pouvoir qui permettrait à l'Europe de créer un modèle d'économie fondée sur «marché social», il endosserait ainsi non seulement un rôle technique mais politique.⁶⁷ Ce code devrait alors, à son sens, prendre en compte sa dimension géopolitique et donc inclure dans son processus d'élaboration des juristes européens, mais aussi de tous les pays et régions du monde qui furent imprégnés par le droit continental, comme l'Asie, l'Afrique, la Louisiane, le Québec et ce dans la perspective où les réticences encore marquées des pays de *Common Law* vis-à-vis de la *Civil Law* aboutissent à ce qu'on laisse le choix à ces Etats du système qu'il souhaiteront adopter.⁶⁸ Le code à double niveau consisterait en un premier groupe de règles qui traiterai des contrats ordinaires et de consommation élaboré sur la base du droit européen des consommateurs et des projets des Commission Lando et Gandolfi. Le second code concernerait les contrats d'affaires. Il pourrait à la fois revoir le droit européen en la matière et, si nécessaire, «européaniser» les règles usuelles des transactions commerciales internationales. Cet auteur envisage aussi que cette partie du code combine les Principes UNIDROIT, mais dans une version contraignante, certaines parties du *UCC*, ou encore la

⁶³ BONELL, *The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: Similar Rules for the Same Purposes?*, p. 9.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 10.

⁶⁵ *Ibid.*, pp. 10 et 11.

⁶⁶ BUSSANI, *The Geopolitical Role of a European Contract Code*, in *The Future of European Contract Law*, p. 47

⁶⁷ *Ibid.*, p. 50.

⁶⁸ *Ibid.*, pp. 49-51.

CVIM, par exemple. Le but de cette seconde partie du code serait avant tout de rendre le droit européen des affaires compétitif dans un domaine juridique largement dominé par les droits américain ou anglais. Là aussi, M. BUSSANI, souhaiterait laisser aux pays européens de *Common Law* le choix du système qu'il adopteront: le droit continental, le leur, ou le modèle étasunien.⁶⁹ Au-delà du fait qu'un «morcellement de l'unification du droit» a tout d'un oxymore, nous doutons qu'il soit bon non seulement d'élaborer un code pour ainsi dire «détachable» qui pourrait n'être adopté que par une partie des membres de l'Union européenne mais encore de laisser à chaque Etat le libre choix du système qu'il souhaite adopter. D'une part, le but premier du Code civil européen, soit l'harmonisation d'une partie du droit européen dans l'optique de créer un Marché unique s'en verrait compromis, d'autre part, on imagine mal les membres de l'Union adopter au coup par coup des bribes de codes en des temps très divers. Cela pourrait à la limite être envisagé en l'espèce, mais imaginons que l'Europe, dans un futur plus ou moins proche, vienne à codifier de façon plus large d'autres domaines du droit, un tel système appliqué à vingt-sept membres n'en finirait plus de créer des disparités au sein de l'Union. Certes, à titre de contre-exemple, nous pourrions citer l'introduction de la monnaie unique, qui, tout comme l'unification du droit, visait, entre autres, à faciliter les échanges au sein d'un Marché commun. Celle-ci n'a pas été adoptée par tous les Etats et les échanges économiques en Europe ne s'en trouvent pas gravement compromis pour autant. En outre, nous concédons à M. BUSSANI qu'il est parfois judicieux de laisser un peu de marge de manœuvre aux Etats lors de l'adoption d'un texte, si cela peut conduire à ce qu'il soit accueilli à grande échelle, pensons au système des réserves des traités internationaux, par exemple. De plus, M. BUSSANI reconnaît que les deux voies qu'il propose impliquent d'adopter la forme d'un code,⁷⁰ ce qui ne résout en rien les difficultés de cohabitation de ce dernier avec les codes nationaux, ni celles visant à trouver un consensus pour une telle formule ou celles liées à son adoption et son entrée en vigueur.

G. GANDOLFI est, quant à lui, tout à fait opposé à l'idée d'un code «optionnel» quelle que soit la méthode employée. L'hypothèse selon laquelle les Etats pourraient choisir d'adopter ou non le Code est, selon lui, à proscrire, parce qu'elle rendrait l'harmonisation impossible. Celle de laisser le choix aux cocontractants ne le satisfait pas d'avantage. Il prend pour exemple premièrement la Convention de La Haye sur la vente internationale⁷¹ qui n'a pas été utilisée par les particuliers au Royaume-Uni, justement parce qu'elle était optionnelle; deuxièmement, un tel système a été exclu lors de la rédaction de la CVIM pour son inutilité. Quant à la solution consistant à suggérer des principes ou des dispositions optionnelles élaborées en doctrine aux juges ou aux arbitres confrontés à des lois lacunaires, elle lui semble comporter de graves risques car, en général, les systèmes nationaux connaissent des règles applicables en cas de lacune de la loi, par conséquent, l'utilisation de dispositions optionnelles entraînerait des recours ou l'annulation des sentences arbitrales pour violation de la loi.⁷²

Si nous transposons les points des vues de M. J. Bonell sur les Principes UNIDROIT et les Principes Lando à la relation qu'auraient le Code européen des contrats et les codes civils nationaux, la situation serait d'après nous différente, justement parce que le Code aurait une portée restreinte à l'Europe. Par conséquent, si ce code et les codes nationaux venaient à cohabiter dans un même ordre juridique, une concurrence certaine entre ces deux textes est à prévoir. Cependant, cette solution devrait être adoptée, selon nous, dans un premier temps

⁶⁹ BUSSANI, *The Geopolitical Role of a European Contract Code*, in *The Future of European Contract Law*, pp. 48 et 49.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 51.

⁷¹ Convention de La Haye sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels du 15 juin 1955 (RS 0.221.211.4).

⁷² GANDOLFI, *Un Code européen des contrats: pourquoi et comment*, in *An Academic Green Paper on European Contract Law*, pp. 200 et 201.

simplement pour permettre d'évaluer l'accueil du Code dans les Etats. Il s'agirait en quelque sorte de «tester» son effectivité, ce qui aurait aussi le mérite de l'introduire progressivement dans toute l'Europe. A moyen terme, s'il s'avérait qu'il soit plus utilisé que les droit nationaux, il serait alors propice de le substituer définitivement à ces derniers. Toutefois, nous pensons que le Code et les droits nationaux, s'ils devaient un jour coexister, devraient rester des entités distinctes, parce qu'un Code européen qui ferait office de «partie générale» du droit des contrats des Etats reviendrait à vider l'idée même de droit national de son sens. De plus, une tel concept ôterait au Code européen sa «neutralité» supranationale. Une interprétation conforme des droit nationaux à ce dernier mènerait, selon nous, à la même impasse. Imaginons, par exemple, que le Code européen ait retenu une pratique de *Common Law* pour un certain type de situations et que le droit national applicable l'ignore totalement, ou vice versa, et qu'il faille interpréter ou appliquer ce droit à la lumière du Code? L'on pourrait alors aisément prévoir le nombre de situations peu commodes auxquelles les juges auraient à faire face. Le Code européen pourrait néanmoins garder sa fonction de source d'inspiration pour les législateurs nationaux.

Enseigner un droit européen, une chance ou une gageure?

Comme le relève M. W. HESSELINCK, l'enseignement du droit en Europe est essentiellement positiviste, la loi est ce qu'elle est sans jamais (ou rarement) être présentée comme une solution parmi quantité d'autres, tout aussi valables et envisageables, l'étude du droit comparé n'apparaissant que tardivement dans le cursus des étudiants (voire pas du tout: nous soulignons). Il note que le droit privé est abordé comme un système, la structure d'un code d'où l'on tire des concepts de base, et ne voit pas de grandes différences en cela pour les étudiants censés étudier en *case law* puisqu'au final, l'opération revient à extraire des principes généralisables d'une affaire donnée, en faisant même souvent abstraction des faits. Il retire de ce constat que les étudiants ne sont en général pas habitués à percevoir la loi comme quelque chose de problématique en soi; ils résolvent des cas abstraits, préconçus afin d'épouser, en quelque sorte, la loi qu'ils ont intégrée comme une vérité. En somme, les étudiants acquièrent une vision passablement trompeuse d'une loi qui serait toujours en phase avec la réalité, cette chimère pouvant aisément être démentie par la pratique quotidienne de tout juriste.⁷³ Dans cette perspective, il nous semble légitime de s'interroger sur la meilleure manière d'enseigner dans le futur un droit européen unifié ou, plus encore, de l'intégrer dans l'esprit des étudiants comme une donnée naturelle, culturelle. Devra-t-on faire abstraction des codes internes à chaque Etat, ou plutôt envisager d'étudier le(s) code(s) européen(s) futur(s) en parallèle à ceux-ci? L'unification du droit a pour honorable dessein de vouloir simplifier les solutions généralement apportées par un droit en particulier, de faciliter, comme nous l'avons vu, les échanges, d'aider les parties à un contrat à parler un langage commun, en un mot, il est en quête d'harmonie. Mais unifier le droit ne revient-il pas finalement à compliquer les systèmes préexistants en accroissant les connaissances requises des juristes en devenir? Mêler l'apprentissage de divers systèmes juridiques n'aboutira-t-il pas, en guise d'harmonie, à une regrettable cacophonie? La foison créera-t-elle le chaos?

T. KADNER GRAZIANO considère pour sa part avec bienveillance l'arrivée d'un Code européen dans la vie des juristes en formation, il voit même dans l'enseignement du Code européen (dans l'hypothèse ou celui-ci venait à coexister avec les codes nationaux) un réel moyen de le voir appliqué, pour autant qu'il trouve une place équivalente dans les programmes académiques à celle réservée aux droits nationaux respectifs.⁷⁴ Il imagine très bien réunir dans un même cours l'enseignement tant du droit contractuel national que du Code

⁷³ MARTIN W. HESSELINCK, *The New European Private Law*, pp. 18 et 19.

⁷⁴ KADNER GRAZIANO, *Le futur de la codification du droit civil en Europe*, p. 14.

européen, où l'on pourrait aussi aborder des systèmes juridiques nationaux étrangers, voire le droit contractuel au sens large.⁷⁵ Les propos de M. W. Hesselinck sur les étudiants peu enclins à appréhender le droit comme une problématique en soi pourraient peut-être être démentis, si la vision du futur mode d'enseignement envisagé par T. KADNER GRAZIANO venait à voir le jour. En effet, ce dernier déclare: «L'enseignement de deux systèmes de droit contractuel à la fois aux juristes nationaux n'est pas une faiblesse mais un atout du modèle dualiste: les jeunes juristes apprendraient, dès le départ, que les solutions à un problème juridique se limitent rarement à une seule solution, que différentes solutions peuvent coexister, et que, le cas échéant, on peut en choisir une. Ainsi, tôt dans leur formation, ils seraient initiés à l'approche comparative, avec tous les avantages que cela implique. Comme le bilinguisme peut favoriser une meilleure compréhension du réel, «le bi juridisme» peut favoriser une meilleure compréhension du droit. [...] La coexistence des systèmes créerait une pression particulièrement productive sur les anciens codes, qui devraient affronter la concurrence du nouveau Code contractuel européen. La légitimation des anciennes solutions serait régulièrement remise en question. Cela pourrait éveiller les jeunes juristes et les responsabiliser dans la quête de meilleures solutions.»⁷⁶

Plus radical, J. BASEDOW considère que les bases culturelles européennes imprégneraient plus l'esprit des juristes si elles étaient enseignées avant les droits nationaux et qu'au moins un sujet étudié en première année devrait être européen. Le droit des contrats s'y prêterait d'ailleurs mieux que toute autre matière parce que, contrairement au droit pénal ou constitutionnel, par exemple, il est moins intimement lié aux valeurs propres à chaque Etat.⁷⁷

Parmi les espoirs portés par le *Common Frame of Reference*, dont nous parlerons ci-après, il en est un qui enthousiasme particulièrement C. VON BAR qui relève: «[...]for the first time for approximately 200 years students from all over Europe could be taught parts of the law in all European universities on the basis of an identical text.»⁷⁸

H. KÖTZ, peu convaincu que l'unification du droit soit la voie royale vers la création d'un Marché commun, prend comme contre-exemple les Etats-Unis, où cohabitent cinquante systèmes juridiques différents, les compétences laissées au Congrès en matière législative étant réduites à des domaines spécifiques. Bien que des tentatives variées d'unification du droit privé aient vu le jour (nous en avons déjà exposé quelques-unes), la diversité reste la règle dans ce pays.⁷⁹ Cet auteur ne voit pas en quoi ce système disparate a empêché les Etats de se fédérer ou de développer un marché cohérent. Partant, ce ne serait pas de l'unification du droit que jaillirait le succès de l'union des Etats mais bien de la façon dont serait transmis le savoir juridique.⁸⁰ Il dit: «*The answer is that the Americans share a common legal culture. This is due to a number of factors: to the development in the States of «national law schools» teaching an «American common law», to the existence of a «national» legal literature which pays only scant attention to the law of any one jurisdiction, and to the development in recent years of a nation-wide uniform bar examination that examines exclusively on «national general principles of common law» rather than on the law of any locality or any state.*»⁸¹

F. WERRO conçoit, de son côté, parfaitement, qu'un enseignement proche du système américain puisse voir le jour dans une Europe où le droit privé national date d'un peu plus

⁷⁵ KADNER GRAZIANO, Le futur de la codification du droit civil en Europe, p. 14.

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ BASEDOW, The Case for a European Contract Act, in An Academic Green Paper on European Contract Law, pp. 153 et 154.

⁷⁸ VON BAR, A Common Frame of Reference for European Private Law – Academic Efforts and Political Realities, p. 2.

⁷⁹ KÖTZ, New Perspectives on European Private Law, p. 11.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 12.

⁸¹ *Ibid.*

d'un demi-siècle.⁸² Lui aussi, convaincu que la voie législative pour unifier le droit européen ne serait pas nécessairement l'unique méthode à adopter, pense que l'europanisation de la recherche, de la doctrine et de l'enseignement sont des données essentielles permettant d'atteindre un tel but. G. GANDOLFI ne nie pas, quant à lui, cette idée, mais constate que les pactes communautaires n'y font aucune référence et que c'est bien la voie de la loi qui fut choisie, partant, ce débat serait, selon lui, purement académique.⁸³ F. WERRO déclare néanmoins: «C'est avec un enseignement nouveau qu'on pourra (re)donner aux juristes européens des bases communes, qui leur permettront d'acquérir une pensée juridique homogène et de forger peu à peu, dans le respect des diversités existantes, un droit reposant sur un appareil conceptuel commun.»⁸⁴ Mais cet auteur déplore que, bien que l'idée d'un modèle européen de faculté de droit progresse, trop peu d'entreprises concrètes aillent dans ce sens. Il relève un exemple qu'il juge intéressant mis sur pied à l'Université de Trento, le *Common Core of European Private Law*, une méthode consistant à regrouper des états de faits simples et typiques dans un questionnaire, puis à les soumettre à l'analyse de juristes nationaux devant expliquer quelle solution a été retenue dans leur pays respectif. A la suite de quoi, les différentes réponses sont comparées pour en souligner les divergences ou les convergences au niveau européen.⁸⁵ Cet auteur déplore aussi que nous ayons oublié que jusqu'à la fin du siècle, le droit privé était enseigné sous la forme d'un droit commun à tous les pays européens et n'était pas l'apanage des seuls Etats qui ont, par la suite, occulté ces règles dans leurs propres codes.⁸⁶

Bien que les points de vue que nous venons d'aborder ne nous donnent pas toutes les clés pour enseigner un futur Code civil européen, certains d'entre eux nous font néanmoins entrevoir une alternative, par le biais de l'enseignement, pour parvenir à l'unification du droit en Europe. Rien n'empêche pour autant d'imaginer que les mêmes méthodes qui seraient ainsi employées à défaut d'un Code européen ne puissent pas être réutilisées aussi efficacement pour intégrer dans les Facultés de droit un apprentissage comparatif du Code civil européen et des droit nationaux. L'avenir nous dira si un droit européen enseigné parallèlement ou communément aux droit nationaux est un projet réaliste. Selon nous, une telle entreprise conduirait inévitablement à alourdir des programmes académiques déjà fort chargés, et partant, à allonger la durée de formation des juristes. Il n'en demeure pas moins que l'idée d'intégrer l'étude du droit européen plus précocement dans le cursus universitaire nous semble pertinente, ne serait-ce que parce que tout juriste exerçant une activité dans l'Union (mais cela vaut aussi pour la Suisse) sera probablement confronté au droit européen dans sa carrière et ce, de façon croissante, si l'on considère que le droit européen ne cesse de se développer. Ainsi, si un réel Code civil européen venait à entrer en vigueur, qu'il soit absolument contraignant ou optionnel, son intégration dans la formation des juristes ne serait plus uniquement pertinente mais indispensable.

Il nous est difficile d'envisager l'Europe sans la comparer à la Suisse qui, toutes proportions gardées, lui ressemble tant. L'Europe n'est-elle pas aussi une sorte d'Etat fédéral comme les Etats-Unis que nous évoquions précédemment? En Suisse, chaque canton garde encore nombre de compétences dans des domaines divers et variés, sans pour autant que l'on enseigne aux étudiants les lois propres à chaque canton. Si l'on pense au domaine particulier du droit administratif, si vaste en lui-même, où tant de sujets ressortissent encore aux cantons,

⁸² WERRO, La dénationalisation du droit privé dans l'Union européenne, in *L'europanisation du droit privé*, p. 22.

⁸³ GANDOLFI, Un Code européen des contrats pourquoi et comment, in *An Academic Green Paper on European Contract Law*, pp. 194 et 195.

⁸⁴ WERRO, La dénationalisation du droit privé dans l'Union européenne, in *L'europanisation du droit privé*, pp. 21 et 22.

⁸⁵ *Ibid.*, pp. 22 et 23.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 1.

il suffit aux étudiant d'assimiler un certain nombre de principes communs applicables à toute législation administrative, pour rendre accessible à un juriste genevois, par exemple, toute loi extra-cantonale qu'il lui faudrait appréhender sans que des obstacles majeurs ne se dressent devant lui. Mais ce raisonnement est-il directement transposable au droit civil? Ce droit est unifié au niveau fédéral et rédigé sous forme de code, ce qui le différencie de façon majeure du système américain en l'occurrence. Ce code contient une partie générale, qui n'est pas tant conçue pour garantir une application uniforme du droit entre les différents cantons que pour réunir les principes de base applicables à tout type de contrat. Nous ne voyons pas en quoi l'Europe ne pourrait pas se doter d'une «partie générale» de son propre droit des contrat (qu'il prenne la forme de directives ou de code(s)), en revanche, il nous paraîtrait absurde comme nous l'avons déjà mentionné, qu'il devienne un cadre commun pour l'application des droit nationaux. Quoi qu'il en soit, tout projet qui tend à faciliter la tâche des juristes nous semble le bienvenu, encore faut-il qu'à défaut de les aider, une unification du droit au niveau européen uniquement, venant se superposer à l'étude des droits nationaux, n'ajoute pas de la complexité à des études qui n'en manquent pas. En ce sens, un code unique qui se substituerait aux code nationaux simplifierait à coup sûr la tâche tant des professeurs que des étudiants mais les priverait alors, sans doute, de l'approche du droit comparé.

Quel accueil au projet européen d'un Code?

Les sentiments hostiles à la codification ne sont pas un phénomène nouveau et il y aura, à n'en pas douter, encore beaucoup d'obstacles qui se dresseront devant le Code européen des contrats (ou le Code civil européen selon la forme et le nom qu'il prendra) avant que celui-ci ne rentre en vigueur dans l'Union. Sur ce point, C. CASTRONOVO nous rappelle que: «*La controversia sulla codificazione è antica quanto la codificazione; e se questo è, si potrebbe osservare, hanno vinto i sostenitori della codificazione lì dove essa è diventata realtà storica degli ordinamenti. Thibaut e Savigny sono gli avversari della controversia più celebre, che viene richiamata ai nostri giorni dai contendenti* (sous-entendu «du Code européen»: nous précisons) *dell'una e dell'altra parte. [...] Dal mio punto di vista posso solo augurarmi che almeno in questo la storia si ripeta: che come Savigny allora, anche oggi gli oppositori della codificazione finiscano con l'aver torto.*»⁸⁷ Toutefois, ce même auteur soutient que des différences notables existent entre le fait de débattre de l'adoption d'un Code des contrats pour toute l'Europe et le temps où Savigny s'opposait à la codification, codification qu'il ne critiquait d'ailleurs pas tant pour elle-même mais comme étant peu propice à son époque. Premièrement, Savigny faisait face à une codification propre à un ordre juridique dont l'unité n'était pas menacée par d'autres sources de droit, alors qu'un Code européen des contrats est un matériau composite né d'ordres juridiques divers et variés. Deuxièmement, les codes civils sont le fruit d'un Etat, d'une nation, alors qu'un Code civil européen pourrait très bien se passer de cette donnée. Ainsi, C. CASTRONOVO imaginait en 2000 que les Etats membres de l'UE pourraient un jour signer une convention parallèle au Traité de Rome aux fins d'adopter le Code civil européen (N.B. Le Traité de Lisbonne n'était alors pas encore en vigueur). Enfin, il relève que les codes civils nationaux ont vocation à régir des situations purement internes et donc, au cas où le Code européen devait, dans les premiers temps de son adoption en tout cas, coexister avec les codes nationaux, il viendrait, pour ainsi dire, se substituer à ceux-ci lorsque les cas à résoudre présenteraient des liens avec divers ordres juridiques de l'Union.⁸⁸

C. VON BAR, participant, entre autres, à l'élaboration des Principes Lando et du Code européen des contrats, déclarait ceci en 2005: «*None of us would want to give the impression*

⁸⁷ CASTRONOVO, I principi di diritto europeo dei contratti e il Codice civile europeo, p. 4.

⁸⁸ *Ibid.*

*that we claim any political legitimisation for promoting harmonisation of the law. Our legitimisation is confined to curiosity and interest in Europe. In other words, the volumes in the Study Group on a European Civil Code series are to be understood exclusively as the result of scholarly research within large international teams. Like every other scholarly legal work, they restate the current law and introduce possible models for its further development, no less but also no more. We are not a homogenous group whose every member is an advocate of the idea of a European Civil Code. We are, after all, only a **study**⁸⁹ group. The question of whether a European Civil Code is or is not desirable is a political one on which each member can only express an individual view.»⁹⁰ Malgré cet avis, il nous semblerait nécessaire d'aborder la légitimité d'un tel Code, produit essentiellement par des juristes. Ces derniers sont-ils les mieux à même d'élaborer une loi européenne, en ce sens que le droit n'est pas qu'une affaire de techniciens érudits, aussi brillants soient-ils, mais encore (et peut-être avant tout) de politique, que celle-ci soit interne à un Etat ou d'une portée plus vaste comme au sein de l'Union? Y a-t-il des gens hostiles à l'idée d'un Code européen au sein même des ses concepteurs, comme semble l'affirmer C. von Bar? Comment faire accepter politiquement un tel projet «ready-made» au niveau européen?*

O. LANDO, en se demandant si une réelle volonté d'eupéaniser le droit des contrats est une réalité, constate que la plupart des juristes européens sont hostiles à une telle idée, principalement parce que le droit reste le reflet d'un héritage culturel. Il constate: «*To introduce a new contract law in Europe will admittedly cost sweat, tears and money, and many lawyers will hate to see all that which they themselves have learned and practised (sic) disappear and the need to learn a new contract law. No doubt the emotional wish to preserve the peculiar character of each national law will prove to be a serious political obstacle to unification, but it is one which must be overcome if the European Union is to function satisfactorily. Contract law and commercial law is no folklore, and who today in Paris mourns for «Les coutumes de Paris», or in Prussia for «Das allgemeine Landrecht für die preussischen Staaten?»*»⁹¹

Pour H. COLLINS: «*In Europe, it is still the case that national communities remain the principal focus for political life and group identity. The identity of individuals by reference to their holding a particular nationality is powerfully linked to the view that the nation state is unique in possessing political sovereignty with other states for a common purpose, that practice does not affect the views that the ultimate power and authority still resides with the nation state.*»⁹² Le même auteur relève que la *lex mercatoria* est certes efficace comme pourrait l'être une loi mais souffre d'un manque de légitimité et de transparence (caractéristiques des lois) dans son élaboration pour pouvoir acquérir une réelle identité politique.⁹³ Il se demande si, tout comme l'introduction de la monnaie unique en Europe a réduit les coûts de transaction dus aux change, le droit unifié européen aura les mêmes effets. Les coûts de transaction ne sont pas, selon lui, à eux seuls, une raison suffisante pour harmoniser le droit.⁹⁴

De l'avis de H. KÖTZ, un des coûts de l'unification du droit à travers la codification est une perte de compétence des Etats à adapter leurs lois aux changements socio-économiques et la disparition de la concurrence interétatique afin de trouver la meilleure solution à un problème donné.⁹⁵ Pour cet auteur, unifier le droit reviendrait ni plus ni moins à un abandon

⁸⁹ En gras dans le texte.

⁹⁰ VON BAR, Working Together Toward a Common Frame of Reference, pp. 18 et 19.

⁹¹ LANDO, Why Does Europe Need a Civil Code?, in An Academic Green Paper on European Contract Law, pp. 209-210.

⁹² COLLINS, The European Civil Code, the Way Forward, p. 13.

⁹³ *Ibid.*, p. 21.

⁹⁴ *Ibid.*.

⁹⁵ KÖTZ, New Perspectives on European Private Law, p. 11.

de compétences en la matière, nous sommes d'avis que ce propos doit être modéré. Certes, dans l'hypothèse où toutes les compétences en matière civile venaient à être cédées à l'Union européenne, les Etats auraient alors perdu (volontairement, notons-le) leur marge de manœuvre dans ce domaine et pourraient se voir contraints à un système trop rigide parce que plus long à modifier et donc peut-être apte à s'adapter à certaines réalités nationales, mais qu'en serait-il dans l'hypothèse d'un système de coexistence des codes nationaux et du Code européen? Les parties seraient alors toujours libres de choisir le système qui leur semblera le plus adapté, l'un modifiable à l'envi par les parlements nationaux, l'autre, plus stable, offrant les avantages d'un droit commun à tous.

Le *Common Frame of Reference* comme alternative à un Code civil européen?

C. VON BAR, une des figures ayant collaboré à l'élaboration du Code civil européen et initiateur du projet de *Common Frame of Reference* (ci-après: *CFR*) définit ce dernier comme suit: «[...] a text serving as a source of inspiration for law making at all levels». ⁹⁶ Le *CFR* trouve ses racines dans le Plan d'action ⁹⁷ lancé en mars 2003 par la Commission européenne pour un droit des contrats cohérents, par lequel celle-ci manifestait sa volonté d'outrepasser un droit des contrats disparate, confiné à des domaines spécifiques comme le droit des consommateurs ou la protection des PME. ⁹⁸ Puis, en 2005, la Commission européenne demanda à une équipe de juristes européens de lui fournir, à la fin de l'année 2007, la première ébauche du *Academic Common Frame of Reference*, soit un projet de règles annotées pouvant servir de référence aussi bien aux législateurs et tribunaux européens et nationaux qu'aux arbitres pour rechercher des solutions communément acceptables face à un problème donné. ⁹⁹ Mais ce projet serait aussi destiné aux parties à un contrat, purement interne à un Etat ou transfrontières, qui seraient libres de l'incorporer à leur accord. ¹⁰⁰ Le but de ces règles serait principalement de favoriser le commerce extérieur des PME européennes mais aussi d'assurer au consommateur à l'intérieur du Marché commun un corps de règles efficaces, tant pour l'achat de biens que de services. ¹⁰¹

Le *CFR* serait-il devenu un réel concurrent d'un possible Code civil européen? Qu'en est-il de l'avenir politique du *CFR*? En 2008, C. VON BAR, restait dubitatif à ce sujet, la question a certes été régulièrement discutée par les instances européennes mais ouvre la voie à toutes les spéculations. Comme «compromis», la Commission européenne a inventé la «fonction boîte à outils» ¹⁰² ou «*toolbox function*» du *CFR* qui, selon cet auteur, confère à ces règles la caractéristique d'un texte devant servir aux membres de la Commission à assurer une cohérence lors de l'élaboration de directives en lien avec le droit des contrats. D'un œil plus pessimiste, il perçoit dans ce concept la mise au rancart d'un éventuel emploi additionnel du *CFR* aux systèmes de droit internes des Etats membres pour lequel les parties à un contrat pourraient librement opter. ¹⁰³ Toutefois, C. VON BAR soutient que le *CFR* n'a pas été pensé

⁹⁶ VON BAR, A Common Frame of Reference for European Private Law – Academic Efforts and Political Realities, p. 1.

⁹⁷ Communication from the Commission to the European Parliament and the Council – A More Coherent Contract Law – An Action Plan, COM (2003) 68 final (OJ C 63, 15.3.2003, 1-44) (références de l'auteur).

⁹⁸ SCHULZE, Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law, p. 5.

⁹⁹ VON BAR, A Common Frame of Reference for European Private Law – Academic Efforts and Political Realities, p. 1.

¹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁰¹ *Ibid.*

¹⁰² Communication from the Commission to the European Parliament and the Council: European Contract Law and the Revision of the Acquis: the Way Forward, COM (2004) 651 final, 11 Octobre 2004 disponible sur <http://europa.eu.int/eur-lex/de/com/cnc/de_cnc_month_2004_10.html> (références de l'auteur).

¹⁰³ VON BAR, A Common Frame of Reference for European Private Law – Academic Efforts and Political Realities, p. 2.

comme un instrument qu'il faudrait accepter d'un bloc. Partant, des critiques d'ordre politique qui s'opposeraient à certains de ses aspects ne devraient pas entraver son accession à un statut officiel de loi.¹⁰⁴ D'autres opinions ont vu le jour au sujet du *CFR*. D'aucuns pensent qu'un simple dictionnaire rassemblant les définitions des principales notions liées aux contrats serait amplement suffisant, d'autres, purement hostiles à ce projet, y voient un instrument superflu, propre à menacer les cultures juridiques nationales. À l'opposé, certains sont enthousiastes, et souhaitent que de tels projets s'étendent bien au-delà du droit des contrats pour toucher au droit de la famille, aux successions, voire à la propriété immobilière, par exemple.¹⁰⁵ C. VON BAR insiste sur le fait que le *CFR* n'a pas vocation à devenir un Code civil européen, en tout cas pas tel un nouveau Code Napoléon ou tout autre code avec lequel nous sommes familiers, il n'existe d'ailleurs, selon lui, aucune notion paneuropéenne de «code», ce concept est employé de façon hétéroclite dans des domaines divers et variés dont il cite quelques exemples comme les médicaments pour animaux¹⁰⁶ ou les visas.¹⁰⁷ Même s'il ne s'oppose pas à l'idée que l'on perçoive le *CFR* comme un code et qu'on le nomme comme tel s'il devait rencontrer un certain succès dans les buts qui lui sont assignés et que nous avons exposés ci-dessus, il considère néanmoins qu'une telle notion peut en effrayer certains et nuire plus que profiter à ce projet qui garde, sous le «label» *CFR*, ce qu'il appelle «*the charm of the unknown*».¹⁰⁸ À en croire cet auteur, le Code civil européen, s'il devait y en avoir un dans le futur, ne semble donc pas menacé pour l'instant.

Mais pour H. COLLINS, la Commission et l'Union chercheraient à éviter un abus de compétences, selon les traités existants, pour adopter un réel Code européen au travers du *CFR*. Selon lui, «*the CFR replaces one paradox with another: it is a code that denies it is a code*».¹⁰⁹ À son avis, la description faite par la Commission du contenu du *CFR* lui donne tous les airs d'un véritable code car il contiendrait des principes généraux, des définitions, et des lois modèles pour le droit des contrats en général ainsi que pour les contrats spéciaux. C'est pourquoi il ne croit pas à la *toolbox function* pas plus qu'il ne pense que le *CFR* prendrait la forme d'un dictionnaire.¹¹⁰ Il écrit: «*In my view, however, most proponents of the CFR share a more ambitious agenda. What they expect is that once a final text of the CFR in the form of a body of rules has been agreed, despite only being «soft law», it is likely to function in the European legal system almost exactly like a code of contract law. In particular, the CFR is likely to have indirect legal effects through interpretation of laws and will provide a discipline of concepts and categories that will structure and steer future developments in European private law.*»¹¹¹

A. COLOMBI CIACCHI ironise, quant à elle, sur le fait que la Commission européenne ne sait plus quel euphémisme inventer pour masquer ses intentions quant à l'adoption d'un Code civil européen, trop consciente de l'aspect effrayant qu'une telle initiative peut revêtir aux yeux des pays de l'Union.¹¹² Elle relève que tout partisan pragmatique d'un Code civil

¹⁰⁴ VON BAR, *A Common Frame of Reference for European Private Law – Academic Efforts and Political Realities*, p. 7.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 3.

¹⁰⁶ Directive 2001/82/EC of the European Parliament and of the Council of 6 November 2001 on the Community Code Relating to Veterinary Medicinal Products (références de l'auteur).

¹⁰⁷ Annex to the Draft Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council Establishing a Community Code on Visas: Summary Impact Assessment {COM (2006) 403 final} {SEC (2006) 957} (références de l'auteur).

¹⁰⁸ VON BAR, *A Common Frame of Reference for European Private Law – Academic Efforts and Political Realities*, pp. 3 et 4.

¹⁰⁹ COLLINS, *The European Civil Code, the Way Forward*, p. 77.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 78.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 81.

¹¹² COLOMBI CIACCHI, *An Optional Instrument for Consumer Contract in the EU, in The Politics of the Draft Common Frame of Reference*, p. 5.

européen doit se résoudre à l'idée qu'à court et moyen terme, très peu, voire aucun des Etats membres ne sera disposé à remplacer purement et simplement son droit national par un instrument contraignant. Pour elle, l'alternative la plus censée serait l'adoption d'un code optionnel aussi bien pour les Etats que pour les parties à un contrat.¹¹³ Ainsi, d'après cet auteur, la commission a envisagé dans son Plan d'action la réalisation du *CFR* (parmi d'autres «euphémismes») justement pour donner une chance à un tel instrument optionnel, parce qu'elle ne saurait plus comment «vendre» aux Etats son grand projet qui n'a d'autre but que la «continentalisation» de leur droit respectif.¹¹⁴ A son avis, une des voies qui pourraient être choisies serait celle de l'adoption de deux corps de règles distincts soit le *CFR*, d'une part, et l'instrument optionnel, d'autre part. Mais alors, ils devront être harmonisés sans nécessairement être identiques. L'instrument optionnel aurait un champ plus restreint que le *CFR*. L'un traiterait du droit des contrats en général et des contrats spéciaux, l'autre de la responsabilité, ou d'autres matières non contractuelles. Mais la voie d'un instrument unique a aussi été évoquée par le Parlement européen en 2008, ainsi, le *CFR* lui-même pourrait être un instrument optionnel, même si cette solution semble moins plausible aux yeux de cet auteur. D'après elle, si le *CFR* venait réellement à être appliqué comme une *toolbox*, son avenir d'instrument optionnel serait évidemment compromis. Quoi qu'il en soit, la voie de l'adoption d'un Code civil européen contraignant ne serait pas à l'ordre du jour, car elle n'est pas soutenue au niveau européen.¹¹⁵

En résumé, nous percevons encore beaucoup de controverses autour d'un projet à vocation unificatrice. A croire qu'à trop vouloir réunir, l'on ne cesse de diviser. Le projet du *CFR* mérite toutefois d'être suivi d'aussi près que ne l'est celui de Code civil européen, ce d'autant plus qu'ils semblent partager des liens plus étroits qu'il n'y paraît.

¹¹³ COLOMBI CIACCHI, An Optional Instrument for Consumer Contract in the EU, *in* The Politics of the Draft Common Frame of Reference, p. 4.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 5.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 5-7.

Conclusion

Des codes, des projets, de la *soft law*, l'Europe ne manque pas d'initiative lorsqu'il s'agit de trouver des règles cohérentes en matière de droit des contrats. Certes, la logique même impose que l'Union, pour rester cohérente face à son grand projet de Marché commun prenne la voie de l'unification du droit et ce, de façon croissante. Plus elle s'élargit, plus elle se complexifie. Autant de directives, autant de disparités lors de leur transposition qui minent son unité. C'est pourquoi il nous semble nécessaire de trancher définitivement la question de l'adoption d'un Code, quel que soit le nom ou la forme qu'il prendra, qui rentrerait en vigueur simultanément pour tous les Etats membres. Qu'il soit unique ou qu'il puisse coexister avec les codes nationaux nous semble être une question à résoudre dans un second temps, après que le Code aura ou non fait ses preuves. Mais il est certain que le flou qui règne autour de l'adoption éventuelle d'un tel instrument et la disparité des mesures envisagées pour le concrétiser ne pourront que nuire à l'unification du droit et la retarder indéfiniment. Le droit contractuel semble réunir toutes les qualités pour être le précurseur d'un droit européen homogène, nous percevons en cela une réelle chance de faire progresser le droit. Toutefois, nous déplorons que l'Europe mette trop souvent ses objectifs économiques au premier plan de son action. Nos codes civils renferment plus d'enjeux que ceux du commerce, si importants soient-ils, aussi, nous espérons qu'un jour, un code civil européen pourra réunir tant le droit des contrats que tous les autres aspects du droit privé, pour réinventer plus qu'une culture juridique européenne, mais l'Europe elle-même, rassemblée autour de toutes ses valeurs. A en croire toutes les controverses sur l'adoption du Code européen des contrats, cette idée sonne certes comme un vœu pieux, mais la volonté européenne s'est manifestée et divers instruments ont été rédigés, après ces premiers pas, il reste un long chemin à parcourir avant l'adoption du Code civil européen. Il verra son avenir compromis tant qu'il n'aura pas rencontré les volontés politiques favorables à son adoption. Comme le dit G. GANDOLFI de façon un peu péremptoire: «Toutes les idées neuves, comme l'est celle d'un «Code européen des contrats» peuvent certes susciter des réserves: mais s'il s'avère nécessaire de les imposer, on ne pourra alors faire autrement que de les accueillir.»¹¹⁶

Sur la base des directives en matière de plagiat de la Faculté de droit du 10 octobre 2007: «J'atteste que dans ce texte, toute affirmation qui n'est pas le fruit de ma réflexion personnelle est attribué à sa source et que tout passage recopié d'une autre source est en outre placé entre guillemets.»

¹¹⁶ GANDOLFI, Un Code européen des contrats pourquoi et comment, in An Academic Green Paper on European Contract Law, p. 204.

Bibliographie

Ouvrages cités:

BOELE-WOELKI Katharina & GROSHEIDE Willem (editors), *The Future of European Contract Law*, The Netherlands, (Kluwer Law International) 2007 (**cité: BUSSANI, The Geopolitical Role of a European Contract Code, in The Future of European Contract Law**).

BONELL Michael Joachim, *The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: Similar Rules for the Same Purposes?*, in *Uniform Law Review*, 1996, pp. 229-246, article sur <www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bonell96.html> (dernière visite: 28.2.2010) (**cité: The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: Similar Rules for the Same Purposes?**).

CASTRONOVO Carlo, *I Principi di diritto europeo dei contratti e di codice civile europeo*, in *Vita notariale* 2000, I, pp.1193-1199, article sur <frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/literature.htm> (dernière visite: 28.2.2010) (**cit : I principi di diritto europeo dei contratti e il Codice civile europeo**).

COLLINS Hugh, *The European Civil Code, The Way Forward*, (Cambridge University Press) 2008 (**cit : The European Civil Code, The Way Forward**).

CONVENTION DES NATIONS UNIES SUR LES CONTRATS DE VENTE INTERNATIONALE DE MARCHANDISES, 1989, sur <[.cisg.law.pace.edu/cisg/text/salecf.](http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/salecf.)> (dernière visite: 28.2.2010).

GANDOLFI Giuseppe (coordinateur), *Code européen des contrats: avant-projet*, Livre premier, Milano (Giuffrè Editore) 2004 (**cité: «participation X de l'auteur X» à l'avant-projet du Code européen des contrats**).

GRUNDMANN Stefan/STUYCK Jules (editors), *An Academic Green Paper on European Contract Law*, The Hague, London, New York (Kluwer Law International) 2002 (**cité: «participation X de l'auteur X» in An Academic Green Paper on European Contract Law**).

HESSELINK Martijn W., *The New European Private Law: Essays on the Future of Private Law in Europe*, The Hague, London, New York (Kluwer Law International) 2000 (**cité: The New European Private Law**).

KADNER GRAZIANO Thomas, *Le futur de la codification du droit civil en Europe: harmonisation des anciens codes ou création d'un nouveau code?*, Genève, article sur <unige.ch/droit/transnational/docs/Codification.> (dernière visite: 28.02.2010) (**cité: Le futur de la codification du droit civil en Europe**).

MACGREGOR Harvey, *Contract Code: Drawn up on Behalf of the English Law Commission*, Milano (Giuffrè Editore), 1993 (**cité: GANDOLFI, Préface du McGregor Contract Code**).

PRINCIPES DU DROIT EUROPÉEN DES CONTRATS, préparés par la Commission du droit européen des contrats, 1999, sur <http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law> (dernière visite: 24.3.2010) (**cité: Principes du droit européen des contrats, préparés par la Commission du droit européen des contrats, 1999**).

PRINCIPES D'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international, Rome, 2004, sur <unidroit.org/french/principles/contracts/principles2004/intergralversionprinciples2004-f> (dernière visite 28.2.2010) (**cité: Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international, Rome, 2004**).

ROTONDI Mario, The Proposed Franco-Italian Code of Obligations, *in* The American Journal of Comparative Law, Vol. 3, 3 pp. 354-359, (American Society of Comparative Law) 1954, sur <jstor.org/stable/837954?seq=8> (dernière visite: 24.03.2010) (**cité: The Proposed Franco-Italian Code of Obligations**).

SCHULZE Reiner, Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law, Munich, (Sellier, European Law Publishers) sur <www.sellier.de/page/downloads/9783866530645_leseprobe.pdf> (dernière visite: 24 mars 2010) (**cité: Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law**).

SOMMA Alessandro (editor), The Politics of the Draft Common Frame of Reference, The Netherlands, (Wolters Kluwer Law & Business), 2009 (**cité: COLOMBI CIACCHI, An Optional Instrument for Consumer Contract in the EU, in The Politics of the Draft Common Frame of Reference**).

THE UNIDROIT PRINCIPLES: A Common Law of Contracts for the Americas?, Inter-American Congress, Valencia, Venezuela, 6-7 November 1996 (Unidroit) 1998 (**cité: DEL PILAR PERALES VISCASILLAS, The UNIDROIT Principles: A Common Law of Contract for the Americas?**).

VON BAR Christian, A Common Frame of Reference for European Private Law – Academic efforts and political Realities, *in* Electronic Journal of Comparative Law, article sur <ejcl.org/121/art121-27.pdf> (dernière visite: 24.03.2010) (**cité: A Common Frame of Reference for European Private Law – Academic Efforts and Political Realities**).

VON BAR Christian, Working Together Toward a Common Frame of Reference, *in* Juridica International, 2005, article sur <www.juridicainternational.eu/public/pdf/ji_2005_1_17.pdf> (dernière visite: 24 mars 2010). (**cité: Working Together Toward a Common Frame of Reference**).

WERRO Franz (editor), New Perspectives on European Private Law, Fribourg, (Editions Universitaires) 1998 (**cité: KÖTZ, New Perspectives on European Private Law**).

WERRO Franz (publié sous la direction de), L'européanisation du droit privé, Vers un code civil européen?, Fribourg, 1998 (**cité: WERRO, La dénationalisation du droit privé dans l'Union européenne, in L'européanisation du droit privé**).

Autres ouvrages consultés:

BONELL Michael Joachim, Towards a Legislative Codification of the UNIDROIT Principles?, *in* *Revue de droit uniforme*, 2007, pp. 233-246, article sur <www.uncitral.org/pdf/english/congress/Bonell.pdf> (dernière visite: 28.2.2010).

BONELL Michael Joachim, Un «codice» internationale del diritto dei contratti, I principi UNIDROIT dei contratti commerciali internazionali, Milano (Giuffrè Editore) 1995, pp. 1-21 et 131-189.

CASTRONOVO Carlo, I Principi di diritto dei contratti e l'idea di Codice, *in* *Rivista del diritto commerciale delle obbligazioni*, 1995, I, pp. 21-38, article sur <frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/literature.htm> (dernière visite: 28.2.2010).

COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on European Contract Law, Brussels, 11.07.2001, COM (2001) 398 final, sur <frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/Recent_Developments.htm> (dernière visite: 24.3.2010).

COMMISSION ON EUROPEAN CONTRACT LAW (prepared by), The Principles of European Contract Law, 1999, sur <frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/> (dernière visite: 24.3.2010).

COMMUNICATION ON EUROPEAN CONTRACT LAW: Joint Response of the Commission on European Contract Law and the Study Group on a European Civil Code, sur <frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/Recent_Developments.htm> (dernière visite: 24.3.2010).

DELACOLETTE Jean, Les contrats de commerce internationaux, (De Boeck Université) 1988, p. 100.

FERRANTE Alfredo, A Short Dissertation on the UNIDROIT Principles and their Future Perspectives, article *in* *The European Legal Forum*, München (IPR Verlag GmbH) 2007, pp. 214-218, sur <www.european-legal-forum.com> (dernière visite: 28.2.2010).

HARTKAMP Arthur, Perspectives for the Development of a European Civil Law, pp. 1-19, article sur <frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/literature.htm> (dernière visite: 24.3.2010).

HARTKAMP Arthur, The UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law, pp. 1-17, article sur <frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/literature.htm> (dernière visite: 24.3.2010).

KADNER GRAZIANO Thomas, Le contrat en droit privé européen: exercices de comparaison, éd., Bâle, Bruxelles, Paris (Helbing & Lichtenhahn/Bruylant/L.G.D.J) 2010, pp. 455-520.

LANDO Ole/BEALE Hugh (editors), *Principles of European Contract Law, Part I and II*, prepared by the Commission on European Contract Law, The Hague, London, Boston (Kluwer Law International) 2000.

LANDO Ole/CLIVE Eric/PRÜM André/ZIMMERMANN Reinhard (editors), *Principles of European Contract Law, Part III*, prepared by the Commission on European Contract Law, The Hague, London, New York (Kluwer Law International) 2003.

LANDO Ole, *Some Features of the Law of Contract in the Third Millennium*, pp. 1-49, article sur frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/literature.htm (dernière visite: 24.3.2010).

LANDO Ole, *The Commission Action Plan and the Principles of European Contract Law*, pp. 1-14, article sur frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/literature.htm (dernière visite: 24.3.2010).

MOCCIA Luigi (a cura di), *Il diritto privato europeo: problemi e prospettive*, Atti del convegno internazionale, Macerata 8-10 Giugno 1989, Milano (Giuffrè Editore) 1993, pp. 87-98.

POSZEWIECKI Adam, *Perspective of Unification of Obligation Law in Aspect of Impossibility of Performance*, 2008, pp. 1-7, article sur www.law.muni.cz/edicni/sborniky/cofola2008/files/pdf/mps/poszewiecki_adam.pdf (dernière visite: 28.02.2010).

RESOLUTION of the European Parliament Relating to the Communication of 11 July 2001 from the European Commission, sur frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/Recent_Developments.htm (dernière visite: 24.3.2010).

SMITS Jan (editor), *Contribution of Mixed Legal System to European Private Law*, (Intersentia/Metro) 2001, pp.1-13.

SOMMA Alessandro, *Introduzione critica al diritto europeo dei contratti*, Milano (Giuffrè Editore), 2007, pp. 1-34.

WAUTELET Patrick, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, in *Actualités de droit international privé* (Anthemis) 2009, pp. 5-65.