
Faut-il codifier le droit privé européen des contrats ?

Éric Descheemaeker

Faut-il codifier le droit privé des contrats en Europe ? La question, estime l'auteur, se décompose en trois sous-questions : dans un premier temps, cette codification est-elle pensable, c'est-à-dire y a-t-il un sens à prétendre l'envisager ? Ensuite est-elle souhaitable ? Et finalement est-elle réalisable ? L'exigence de codification supposerait qu'il soit répondu par l'affirmative aux trois. Or, selon l'auteur, ce n'est pas le cas, car s'il est bien pensable de créer un instrument juridique commun à des pays relevant de traditions et d'épistémologies juridiques distinctes, notamment des droits romanistes et de *common law*, en revanche les arguments en faveur d'un tel projet lui semblent peser de poids face à ceux à son encontre, coûts et inutilité notamment. Surtout, l'idée d'«européaniser» le droit des contrats témoigne d'une certaine incompréhension de la nature du droit : en effet, non seulement est-il impossible d'exprimer de manière uniforme une même norme dans plusieurs systèmes différents, surtout s'ils utilisent des langues distinctes, mais encore la dépendance à l'intérieur de chacun de ces systèmes du droit des contrats par rapport aux autres branches du droit et à la science juridique nationale rend-elle la création d'un droit uniforme de la matière en Europe radicalement impossible.

Is it necessary to codify the private law of contracts in Europe? The question, the author argues, breaks down into three sub-questions. First, is such a codification conceivable, that is, does it make sense to claim to envision it? Next, is it desirable? And finally, is it realizable? The demand for codification would imply that one should answer these three questions affirmatively. According to the author this is not the case, however, because even if it is conceivable to create a legal instrument common to countries with distinct legal traditions and epistemologies (notably the civil and the common law), the arguments in favour of such a project are outweighed by those against it, notably issues of costs and uselessness. Above all, the idea of "Europeanizing" the law of contracts betrays a certain lack of understanding of the nature of law. In effect, not only is it impossible to set out in a uniform manner the same norm in several different systems, especially if they use different languages, but also the interior dependence of each of these systems of contract law on other branches of law and on national legal science makes the creation of a uniform contract law in Europe radically impossible.

* Doctorant aux universités d'Oxford et de Paris-I. Cet article est une version remaniée d'un travail réalisé comme mémoire de DEA en droit privé à l'université de Paris-I Panthéon-Sorbonne, et récompensé par le 1^{er} prix *ex aequo* du Centre français de droit comparé (déc. 2001). Mes remerciements vont à Mme Horatia Muir Watt pour sa direction éclairée et ses encouragements.

© Revue de droit de McGill 2002

McGill Law Journal 2002

Mode de référence : (2002) 47 R.D. McGill 791

To be cited as: (2002) 47 McGill L.J. 791

Introduction

- I. **La codification du droit privé des contrats en Europe est-elle pensable ?**
 - A. *Un projet unijuridique dans une Europe plurijuridique*
 1. L'Europe du droit est plurielle
 - a. *La distinction fondamentale des droits romanistes et de la common law*
 - b. *Les distinctions à l'intérieur de la tradition romaniste*
 2. Le projet de codifier le droit des contrats est unilatéral
 - a. *Un système de droit totalisant fondé sur des règles à portée générale*
 - b. *Une ambition a-historique et à vocation universelle*
 - B. *Un projet collectif dans un ordre européen sui generis ?*
 1. Réexamen de l'incompatibilité entre la *common law* et la codification du droit des contrats
 - a. *Les mutations de la common law à l'époque contemporaine*
 - b. *Une notion moins antinomique qu'il n'y paraît*
 2. Vers un modèle juridique commun et original ?
 - a. *La circulation des modèles juridiques en Europe*
 - b. *Un nouveau jus commune à la croisée des traditions européennes ?*
- II. **La codification du droit privé des contrats en Europe est-elle souhaitable ?**
 - A. *Examen des arguments de l'affirmative*
 1. Les arguments avancés par les partisans de l'entreprise
 - a. *L'argument économique*
 - b. *L'argument «européiste»*
 2. Les arguments tus
 - a. *L'apologétique de l'unité*
 - b. *La nécessité de la réforme*
 - B. *Examen des arguments de la négative*
 1. L'inutilité de l'unification
 - a. *Un raisonnement en terme de droit international privé*
 - b. *Critique de la solution du droit privé international*

2. Les coûts de l'unification
 - a. *Identité et cohérence*
 - b. *Économie*

III. La codification du droit privé des contrats en Europe est-elle réalisable ?

A. *L'unité des règles*

1. Le législateur
 - a. *Le législateur initial*
 - b. *Le législateur subséquent*
2. Les règles
 - a. *La possibilité de règles communes*
 - b. *La possibilité d'une expression commune des règles*

B. *L'unité des droits*

1. La non-autonomie du droit des contrats dans un système juridique
 - a. *Par rapport aux autres branches du droit national*
 - b. *Par rapport à la science juridique nationale*
2. L'impossible uniformité du droit des contrats en Europe
 - a. *La question de l'interprétation du droit*
 - b. *L'inévitable assimilation par les systèmes juridiques nationaux*

Conclusion

Et n'est-ce pas une chose absurde et affreuse que ce qui est vrai dans un village se trouve faux dans un autre ? Par quelle étrange barbarie se peut-il que des compatriotes ne vivent pas sous la même loi ? ... Il en est ainsi de poste en poste dans le royaume ; vous changez de jurisprudence en changeant de chevaux¹.

Voltaire

Il était de bon ton, récemment, de parler du nivellement des nations, de la disparition des différentes races dans le creuset de la civilisation contemporaine. Je ne suis pas d'accord avec cette opinion. La disparition des nations ne nous appauvrirait pas moins que si tous les hommes devenaient semblables, avec une seule personnalité et un seul visage. Les nations sont la richesse de l'humanité, ses personnalités collectives : la plus infime d'entre elles a sa coloration particulière et porte en elle un reflet particulier de l'intention divine².

Soljénitsyne

Introduction

1900-2000 : Les hasards de l'histoire et la symbolique des dates nous invitent à abandonner un instant les développements quotidiens du droit pour le saisir dans un double regard rétrospectif et prospectif.

1900 : L'Europe, à son apogée, domine son temps. À Londres, la reine Victoria, sacrée dans une fulgurante intuition impératrice des Indes par son premier ministre Disraeli, règne sur le quart des terres émergées. L'Empire allemand, unifié, s'est hissé au premier rang des puissances industrielles du continent. À Paris, la République se veut toujours le « phare des nations » et fête l'avènement du siècle nouveau en accueillant dans la capitale intellectuelle du monde la plus grande exposition universelle jamais organisée. L'heure est à la croyance en un progrès sans limite et les juristes, hommes de leur temps, participent à cette profession de foi. L'exposition de Paris, justement, fournit le cadre du retentissant Congrès international de droit comparé organisé cette année-là par la Société de législation comparée³. Les plus fins esprits de

¹ *Œuvres*, vol. VII (1838), *Dialogues*, p. 5. Cette phrase a été abondamment reprise par les promoteurs de l'unification.

² *Les droits de l'écrivain suivi de Discours de Stockholm*, Paris, Édition du Seuil, 1972, aux pp. 109-10.

³ Sa fondation en 1869 est souvent considérée, avec la création contemporaine d'une chaire de *historical and comparative jurisprudence* à Oxford, comme l'acte de naissance du droit comparé.

l'époque accourent en France et adoptent, selon le mot d'Édouard Lambert, l'un des maîtres d'œuvre du Congrès, le projet de «dégager de l'ensemble des institutions particulières un fond commun» révélant «sous la diversité apparente des formes, l'unité foncière de la vie juridique universelle»⁴ — programme proprement démiurgique de proposer à l'humanité un *jus commune* nouveau voué à mettre un terme, dans toutes les branches du droit, à l'ère des nationalismes juridiques.

2000 : L'Europe, brisée économiquement et moralement par deux guerres mondiales, s'est reconstruite. À l'Ouest, les grandes nations ont perdu leurs empires et se sont donné un projet nouveau : la construction européenne. À l'Est, les peuples rescapés du communisme, et livrés à eux-mêmes, rêvent de participer à cette aventure de pays libres et prospères. En dépit de ses doutes, de ses hésitations, de ses non-dits ou de ses reculs, le projet européen s'impose sans conteste comme la «nouvelle frontière» du continent. Premières parmi les organisations nouvelles dont se sont dotés ses États, les Communautés européennes ont développé graduellement à partir de 1957 un ordre juridique nouveau dont les lois s'imposent à eux. Les conséquences sur les droits des pays membres sont immenses, quoique pas encore pleinement mesurables, et continuent de se manifester au rythme des nouvelles prérogatives que les institutions bruxelloises se voient attribuer (ou s'attribuent de leur propre chef). Limité aux origines à la suppression des droits de douane aux frontières intérieures de la Communauté économique européenne, le marché commun révèle vite sa dimension expansionniste : dans sa vision la plus radicale, tout ce qui entrave peu ou prou, de droit ou de fait, directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement les échanges économiques entre les États membres devrait disparaître⁵. Dans ce contexte de construction volontariste d'un nouveau droit, les projets d'hier, que l'on aurait pu croire enfouis sous les décombres du monde qui les avait engendrés, sont renés de leurs cendres, l'ambition universaliste en moins⁶.

⁴ É. Lambert, *Congrès international de droit comparé. Procès-verbaux des séances et documents*, t. 1, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1905 à la p. 38.

⁵ Cela n'est pas à dire que cette vision résume à elle seule l'histoire de la construction européenne, qui est complexe et dans laquelle des forces divergentes sont à l'œuvre. Cependant, elle représente bien à notre sens l'orientation dominante au sein de la Commission européenne. Après avoir largement validé cette interprétation, la Cour de justice des communautés européennes semble toutefois avoir évolué récemment vers une vision moins «totalisante» et plus respectueuse des diversités nationales, s'inspirant sans doute en cela du principe de subsidiarité désormais inscrit dans les traités ; voir notamment *Keck et Mithouard*, C-267/91, [1993] Rec. C.E. I-6097 ; *Allemagne c. Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, C-376/98, [2000] Rec. C.E. I-8419 [ci-après *Allemagne*].

⁶ Elle est remplacée par le *credo* européen, c'est-à-dire communautaire — ce qui n'est pas si différent si l'on considère que le monde de 1900 était dans une large mesure un appendice des nations du vieux continent.

C'est ainsi qu'en 1974, lors d'une conférence à Copenhague, Winfried Hanschild, alors directeur à la direction générale Marché intérieur de la Commission des Communautés européennes, déclara : «[n]ous avons besoin d'un code européen des obligations»⁷. L'idée était lancée et allait rapidement prendre corps. En effet, deux ans plus tard se tint une autre conférence, au nouvel Institut universitaire européen de Florence, sur «les perspectives nouvelles d'un droit commun de l'Europe»⁸, et le Danois Ole Lando saisit l'occasion pour se prononcer en faveur d'un «Code de commerce uniforme» à l'échelle du continent⁹. En 1980, le même Ole Lando, professeur à l'Institut d'économie et de commerce de Copenhague, fonde une *Commission of European Contract Law* avec pour projet de rédiger des principes généraux pouvant servir de support à un droit commun des contrats dans les différents États des Communautés. Constituée exclusivement d'universitaires, la «Commission Lando» — ainsi qu'elle est habituellement nommée — est un organisme doctrinal privé et indépendant, bien que largement financée par la Commission européenne. Après quinze années de travail, elle a commis un premier volume, consacré à l'exécution et l'inexécution des contrats¹⁰. Un second volume, relatif à leur formation, leur validité, leur interprétation et leur contenu l'a rejoint récemment¹¹; et un troisième, qui traitera notamment de la cession de l'obligation, de la créance et du contrat, devrait suivre dans la courant de la décennie. L'entreprise, à l'évidence considérable, a reçu un soutien appuyé de la part du Parlement européen, qui a adopté à deux reprises des résolutions demandant qu'il soit procédé au commencement du travail préparatoire néces-

⁷ I. de Lamberterie, G. Rouhette et D. Tallon, *Les principes du droit européen du contrat : l'exécution, l'inexécution et ses suites*, Paris, La documentation française, 1977 à la p. 5.

⁸ Les actes de cette conférence furent publiés, voir M. Cappelletti, dir., *New Perspectives for a Common Law of Europe*, Leyden, Sijthoff, 1978.

⁹ Sur le modèle de l'*Uniform Commercial Code* (UCC) américain. L'UCC fut préparé conjointement par la National Conference of Commissioners on Uniform State Laws et l'American Law Institute sous l'*enlightened guidance* de Karl Llewellyn, grand connaisseur du droit allemand. Achevé en 1956, il a été subséquemment adopté presque à l'identique par tous les États de l'Union (y compris la Louisiane) et régit notamment le droit de la vente.

¹⁰ O. Lando et H. Beale, dir., *Principles of European Contract Law. Part 1 : Performance, Non-performance and Remedies*, Dordrecht, Nijhoff, 1995. L'autre version «officielle» a été publiée en français, voir De Lamberterie, Rouhette et Tallon, *supra* note 7. Une traduction en allemand des principes a également été publiée, voir "Die Grudregeln des Europäischen Vertragsrechts, Teil I" trad. par U. Drobnig et R. Zimmermann, (1995) 3 ZeuP 864.

¹¹ O. Lando et H. Beale, dir., *Principles of European Contract Law. Parts I and II*, La Haye, Kluwer Law International, 2000. Le texte des articles est en anglais et en français, les commentaires en anglais uniquement.

saire à la rédaction d'un «Code européen commun de droit privé»¹². Parallèlement, l'Académie de privatistes européens fondée par Giuseppe Gandolfi à Pavie travaille, depuis le début des années 90, à comparer les divers textes européens régissant les contrats afin de parvenir à un texte unique. Toujours en Italie, mais à Trente cette fois-ci, deux comparatistes, Mauro Bussani et Ugo Mattei, ont lancé un programme de recherche intitulé «*The Common Core of European Private Law*» destiné, comme son nom l'indique, à mettre à jour le (supposé) fond commun du droit privé européen dans les domaines du contrat, de la responsabilité civile et des biens. Le projet mobilise aujourd'hui près d'une centaine de chercheurs européens et américains, et un premier volume, consacré à la bonne foi, a été publié¹³. Enfin, encore plus ambitieux, le «Groupe d'étude sur un Code civil européen» dirigé par l'Allemand von Bar ne se propose rien de moins que de codifier à l'échelle européenne le droit civil des États membres¹⁴. Par ailleurs, même si elles ne relèvent pas d'une logique unificatrice mais simplement présentatrice de la diversité actuelle, les premières tentatives de «manuels européens» coordonnées depuis 1994 par Walter van Gerven¹⁵ doivent être mentionnées, en ce qu'elles sont exemplaires de cet effort présent de dépasser les cadres nationaux pour penser un droit privé européen. Il n'est donc pas étonnant que le thème

¹² C.E., *Résolution A2-157/89*, [1989] J.O.C 158/400 sur un effort de rapprochement du droit privé des États membres ; C.E., *Résolution A3-0329/94*, [1994] J.O.C. 205/518 sur l'harmonisation de certains secteurs du droit privé des États membres. La Commission est revenue à la charge en juillet 2001 avec la publication d'une *Communication concernant le droit européen des contrats*, COM (2001) 398, présentant les différentes actions possibles au niveau communautaire, du *statu quo* à l'adoption d'un règlement régissant l'intégralité de la matière.

¹³ R. Zimmermann et S. Whittaker, dir., *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.

¹⁴ En l'état des derniers projets (déc. 2001), toutefois, ce «Code civil européen» se cantonnerait à deux domaines : le droit des biens et celui des obligations (divisées en «*obligations in general*», «*specific contracts*» et «*extracontractual obligations*», à savoir : i. *torts*, ii. *unjust enrichment*, iii. *negotiorum gestio*).

¹⁵ W. van Gerven, «Casebooks for the Common Law of Europe : Presentation of the Project» (1996) 4 *Revue européenne de droit privé* 67. Le volume sur le droit de la responsabilité délictuelle est paru en 2000 : W. van Gerven, dir., *Cases, Materials and Texts on National, Supranational and International Tort Law*, Oxford, Hart Publishing, 2000. Celui sur les contrats en 2002 : H. Beale et al., *Contract Law : Casebooks on the Common Law of Europe*, Oxford, Hart Publishing, 2002. Parmi ces premiers «manuels européens», tout imparfaits qu'ils soient, il faut encore signaler celui de deux comparatistes allemands : H. Kötz et A. Flessner, *European Contract Law*, trad. par T. Weir, Oxford, Clarendon Press, 1997.

de l'unification ou de l'harmonisation du droit privé en Europe soit, d'une manière générale, l'objet d'une attention doctrinale soutenue et de colloques réguliers¹⁶.

Faut-il codifier le droit privé européen des contrats ? Du point de vue du droit positif, le projet n'est pas à l'ordre du jour¹⁷ et les différentes initiatives évoquées n'ont pour le moment d'autre valeur que le magistère de leurs auteurs. Mais, renouant aux confins du siècle avec le vieux rêve d'Édouard Lambert de créer une règle juridique universelle (ou du moins affranchie des frontières et des législateurs nationaux), porteur d'une cosmogonie en rupture avec nos catégories habituelles, ce projet suscite la curiosité, provoque l'intérêt ou le rejet, la fascination ou la répulsion. Il laisse indifférent peu de juristes, ce qui légitime qu'il en soit fait une étude plus approfondie. Pour répondre à la question, une première définition s'impose : de quoi parle-t-on ? Il nous faut délimiter le problème dans ses trois dimensions : sa nature, son objet et son étendue.

Quel droit ? La définition du droit des contrats ne suscite guère d'interrogations. L'institution du contrat est probablement universelle et en tout cas connue de tous les systèmes juridiques européens¹⁸, qui lui donnent des significations suffisamment similaires pour qu'il soit possible d'extraire la notion des droits nationaux et de parler de manière abstraite du «contrat», et non seulement du contrat en droit français, anglais ou allemand¹⁹. Cela étant posé, la définition de ce qu'est le droit *privé* des contrats est déjà plus délicate. Disciple de M. de La Palice, nous y incluons tout contrat

¹⁶ On citera notamment celui de Scheveningen organisé sous la présidence néerlandaise de l'Union (actes publiés dans la (1997) 5:4 Revue européenne de droit privé), le colloque des facultés de droit de Berne, Neuchâtel et Fribourg (F. Werro, dir., *New Perspectives on European Private Law*, Fribourg, Éditions Universitaires Fribourg, 1998), le colloque de Reims (P. de Vareilles-Sommières, dir., *Le droit privé européen : actes du colloque organisé à Reims sous les auspices du Centre de recherche en droit des affaires*, Paris, Economica, 1998) ou celui de Lille (C. Jamin et D. Mazeaud, dir., *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, Paris, Economica, 2001). Suite à la récente communication de la Commission, un colloque sur les différentes options proposées par celle-ci a été organisée à la faculté de droit de l'université de Louvain (29 novembre au 1^{er} décembre 2001).

¹⁷ La Commission prépare pour l'heure un livre (blanc ou vert) faisant suite à sa Communication de juillet 2001. Elle se défend d'avoir la moindre idée préconçue quant à son contenu, mais on se rappellera qu'elle avait déjà démenti tout projet d'harmonisation générale du droit privé en 1995 : [1995] J.O. C. 190/31, 24 juillet 1995 (question posée par M. Thyssen).

¹⁸ Il est cependant intéressant de noter que l'Angleterre, si elle connaît des principes régissant les contrats depuis le haut moyen âge, n'a développé une catégorie intitulée «droit des contrats» (*contract law*) qu'à partir du XIX^e siècle. Sur ce point, voir A.W.B. Simpson, «Innovation in Nineteenth Century Contract Law» (1975) 91 *Law Quarterly Review* 247.

¹⁹ Cet accord minimal n'a à notre connaissance jamais été contesté, même par les plus farouches «souverainistes» du droit.

qui n'est pas régi par le droit public. La plupart des pays européens, en effet, ont éprouvé le besoin de faire échapper certains contrats impliquant l'État (ou une de ses subdivisions ou de ses émanations) au droit commun. La difficulté survient de que le tracé de cette «ligne de démarcation» varie d'un système juridique à l'autre et que chaque pays entend par conséquent d'une manière propre ce qu'est le droit privé des contrats. Ce constat est une première illustration de ce «paroissialisme polycentré» dont il est impossible de se défaire et qu'il nous faut accepter comme un donné. On sait ainsi qu'il existe en France, pour des raisons historiques bien connues, un système de droit d'exception très développé qui régit les contrats dits administratifs au moyen de règles pour la plupart distinctes de celles du droit commun. On sait aussi que le droit anglais²⁰ adopte non seulement une position diamétralement opposée, mais s'enorgueillit traditionnellement, notamment sous l'influence de Dicey, de soumettre la Couronne, les autorités locales ou les établissements publics, dans leur qualité de partie contractante, à «*the ordinary law of the land*»²¹. Par conséquent, si ces contrats échappent à notre «Eurocode des contrats»²², en ce qu'ils ne relèvent pas du droit privé, la délimitation de la frontière les séparant des contrats de droit privé devra être unifiée au niveau européen²³. Autrement, un même contrat pourrait se voir appliquer des règles tantôt de droit privé, tantôt de droit public, selon le tribunal saisi, ce qui minerait à la base l'idée d'un droit unique. Par ailleurs, tous les droits européens connaissent, suivant un mouvement spontané de l'esprit, un «droit général» et un «droit spécial» des contrats ; le premier contenant les règles applicables à tous les contrats, sauf stipulation contraire, et le second régissant les contrats singuliers. Or, les auteurs,

²⁰ On hésite d'ailleurs à employer à l'égard du droit anglais les termes de «droit public» et de «droit privé» tant ces catégories sont restées longtemps inconnues au-delà de la Manche. Cependant, on ne peut plus affirmer que ce soit le cas. Par exemple, il existe au University College London (UCL) une chaire de «*public law*». Selon Dawn Oliver, professeur à UCL précisément, la vulgate moderne — dont elle entend se démarquer — est qu'il existe dorénavant en Angleterre un «droit public» bien distinct du «droit privé», voir D. Oliver, «Pourquoi n'y a-t-il pas vraiment de distinction entre droit public et droit privé en Angleterre ?» (2001) 2 R.I.D.C. 327.

²¹ Les juristes anglais voient dans ce principe un élément capital de l'État de droit (*rule of law*), lui-même pilier de leur système juridique. Cependant, les tribunaux ont progressivement dégagé, depuis plusieurs décennies, un ensemble de règles spécialement applicables aux contrats mettant en causes des personnes publiques et dans lesquelles le très francophile professeur Harlow discerne l'émergence d'un modèle de «contrat administratif». Voir C. Harlow et R. Rawlings, *Law and Administration*, 2^e éd., Londres, Butterworths, 1997 aux pp. 314-15.

²² Ci-après Eurocode.

²³ Ce qui bien sûr n'est pas sans portée : si un contrat se voit soumis à un droit d'exception plutôt qu'au droit commun, ce n'est pas par simple fantaisie du législateur.

y compris les plus téméraires²⁴, limitent leurs ambitions à l'unification de la partie générale en arguant le caractère démesuré de l'entreprise qui consisterait à unifier les règles relatives à tous les contrats spéciaux²⁵. Il nous semble au contraire que cette exclusion viderait *ab initio* le projet de sa substance. En effet, la quasi-totalité des contrats habituels sont des contrats spéciaux, et avec le développement au XX^e siècle d'un ordre public contractuel régissant minutieusement certains contrats, on a même pu parler de «crépuscule de la théorie générale». Si les contrats spéciaux étaient régis par des règles nationales diverses, voire dérogoires au droit commun européen, alors l'unification se retrouverait dépourvue de toute portée. Il nous faut donc inclure le droit des contrats spéciaux dans notre étude.

Quel objectif ? La diversité des droits nationaux en matière contractuelle étant considérée comme un mal, plusieurs «remèdes» sont envisageables : le rapprochement, l'harmonisation, la coordination ou l'unification. Les trois premiers ont ceci de commun qu'ils laissent subsister les différents droits dans leur singularité. Seule l'unification prétend abolir ce pluralisme pour le remplacer par un droit uniforme. Dans un système unifié au sens strict²⁶, il n'y a de place ni pour la moindre divergence dans les règles, ni pour d'autres nuances dans les solutions apportées aux litiges que les différences d'appréciation normales pouvant exister entre des juridictions du fonds distinctes au sein d'un même système juridique. Un résultat moins radical ne serait pas nécessairement dépourvu de toute valeur, mais il ne saurait s'agir d'une unification au sens propre du terme.

Quant à la codification, ici visée, il s'agit au sens où nous l'entendons²⁷ d'un sous-ensemble de l'unification, c'est-à-dire que toute codification d'un droit sur un terri-

²⁴ La Commission von Bar se montre la plus audacieuse, puisqu'elle compte intégrer à son projet au moins les contrats les plus habituels (notamment, la vente).

²⁵ En effet, s'il est relativement facile de définir l'ensemble des points que devrait traiter un droit général des contrats (des catégories universelles telles que la formation, l'exécution et la cession), le simple listage des «contrats spéciaux européens» serait une tâche immense, chaque pays possédant les siens.

²⁶ Des méthodes moins absolutistes sont sans doute envisageables, par exemple un droit de type fédéral où le droit du *Bund*, quoique unique et insusceptible de dérogation, laisse une place aux droits des *Länder* pour légiférer sur les points passés sous silence par le droit fédéral. Nous ne les étudierons pas ici, à la fois par manque de place, parce qu'elles sont étrangères à la tradition jacobine française, et parce qu'elles sont conceptuellement moins exigeantes, donc moins intéressantes.

²⁷ Certes, la notion de codification n'a pas été univoque au cours de l'histoire, et ce serait un gallicisme coupable que de l'identifier nécessairement à sa variante napoléonienne. Par codification, on a pu entendre aussi de simples recueils inordonnés de règles (comme le *corpus juris civilis*), voire des compilations, systématisées ou non, de solutions — ou pire encore, des recueils de jurisprudence. Ces modèles ne correspondent pas à la tradition européenne moderne, qui nous inspire ici, et nous les

toire donné procède nécessairement à son unification, alors que l'inverse n'est pas vrai. Codifier, c'est regrouper l'intégralité des normes juridiques régissant une matière donnée dans un livre et les organiser selon un ordre logique, de telle sorte que le code soit autonome (c'est-à-dire l'expression de sa propre loi) et autosuffisant, en ce qu'il doit contenir une solution à n'importe quel problème juridique relevant de sa matière. Notons d'emblée que cette conception du droit que véhicule la codification est loin d'être neutre ou d'aller de soi, comme le juriste français pourrait parfois le croire.

Quelle Europe ? Enfin, l'empire de notre code présomptif doit être précisé. S'il est européen, il doit s'appliquer à l'Europe. Or une synecdoque insidieuse mais commune dans la littérature identifie l'Europe à celle des Quinze. Le choix est explicable mais il nous paraît regrettable. Il est logique parce que l'Union européenne forme la sous-partie du continent la plus homogène ; et si l'Eurocode devait voir le jour, ce serait probablement à son échelle²⁸, du moins dans un premier temps. Mais il nous paraît inopportun pour plusieurs raisons. D'abord pour une raison de principe : l'Europe est un continent qui va de l'Atlantique à l'Oural et compte quarante-deux États ; l'Union européenne n'est pas l'Europe, elle n'en est qu'une fraction qui ne représente qu'elle-même. Ensuite, parce qu'une codification limitée à l'Europe des Quinze, non seulement laisserait subsister des lignes de fracture juridiques à l'intérieur du continent, mais en créerait de nouvelles, ce qui serait pour le moins paradoxal²⁹. Nous donnerons donc *prima facie* le sens de «grande Europe» au mot européen, ce qui ne nous empêchera pas d'examiner la question également sous des angles plus restreints donc plus réalistes.

Le projet ainsi défini³⁰, l'interrogation peut de nouveau être soulevée : faut-il codifier le droit privé européen des contrats ? Logiquement, une réponse positive suppose

écartons donc. Les projets consistant à créer à l'échelle européenne une sorte de «*restatement*» du droit des contrats sur le modèle américain ne relèvent pas pour nous de la codification du droit. Par codification, nous entendons le modèle, intuitivement reconnaissable, du *Code civil* français, du *Bürgerliches Gesetzbuch* allemand, de l'*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* autrichien ou du *Nieuw Burgerlijk Wetboek* néerlandais.

²⁸ D'autant plus que les Communautés européennes sont la seule organisation d'États européens à posséder un pouvoir normatif sur ses membres.

²⁹ Par exemple entre la Norvège et la Suède, qui ont aujourd'hui (du fait de leur histoire commune) un droit des obligations très similaire. En cas d'avènement d'un Eurocode à quinze, la Suède passerait dans le giron du nouvel instrument communautaire, tandis que sa voisine maintiendrait son droit actuel dans ses caractéristiques traditionnelles. L'unité de la famille des droits scandinaves s'en trouverait malmenée.

³⁰ Il faut préciser que, contrairement aux propositions de certains auteurs, nous envisageons le Code européen des contrats comme ayant vocation à s'appliquer à l'ensemble des transactions contractuelles que le droit international privé rattache à l'un des systèmes juridiques européens, et non pas uni-

une démonstration à la fois de l'opportunité et de la possibilité d'une telle codification. Qu'elle soit impossible ou qu'elle ne soit pas souhaitable, il nous faudra conclure par la négative³¹. Mais cette solution binaire serait encore trop simple. En effet, la nature du problème juridique que nous nous proposons d'étudier présente une difficulté particulière : celle du *point de vue* adopté. En effet, on peut se demander si la question posée est susceptible de recevoir une réponse dans l'absolu ou si celle-ci est nécessairement relative (et donc limitée) à la personne qui en discute : je réponds oui ou non, en tant que juriste français, allemand, américain, en tant que juge, commerçant, philosophe ou père de famille. Même restreinte aux juristes des États européens, les premiers concernés, la difficulté reste entière. La réponse que nous apporterons devra-t-elle être précédée de l'avertissement «en tant que juriste français [et c'est là une donnée dont nous ne pouvons nous défaire], je réponds ...» ? Dans l'affirmative, notre problème serait condamné à ne jamais pouvoir être résolu puisque personne n'existe en surplomb des contingences nationales, qui pourrait y répondre objectivement. Nous devons donc réfuter par principe ce subjectivisme radical et poser que nous sommes fondés à rechercher *la vérité* et non pas *notre vérité*. Mais alors il nous faut tâcher d'envisager, autant que faire se peut, le problème selon un point de vue européen et non simplement national. Ce déplacement de perspective soulève à son tour une question préliminaire : le projet de codifier le droit européen des contrats, qui possède intuitivement un sens pour nous, en a-t-il un quel que soit l'endroit du continent d'où l'on se place pour l'examiner ? En d'autres termes, appartient-il à notre langue ou à une langue commune ? S'il n'appartenait pas à cette langue commune, il serait alors disqualifié d'entrée, comme tentative d'un point de vue contingent de se poser en norme, d'un particulier de se prendre pour l'universel en niant l'antinomie des autres particuliers, et de se placer comme juge et non comme partie. Cette «exception d'irrecevabilité», posée ici en termes de logique abstraite, prend évidemment un relief concret si on la rapporte à la pluralité des systèmes juridiques qui habitent notre continent, au premier rang desquels se trouvent les familles de droits romaniste et de *common law*. L'entreprise évoquée, avant d'être (ou non) possible ou souhaitable, peut-elle d'abord être commune ? Autrement dit, y a-t-il un sens à prétendre l'envisager ? C'est donc tour à tour trois questions qu'il faudra examiner : la codification du droit privé des contrats en Europe est-elle pensable ? Est-elle souhaitable ? Est-elle possible ?

quement aux transactions transfrontalières. En effet, le travail n'en serait dans ce dernier cas pas moins considérable, et la complexité accrue du fait de la cohabitation de n+1 droits à l'articulation incertaine, au lieu d'un seul si le texte uniforme remplace les droits nationaux.

³¹ En cas de réponse incertaine, le bon sens voudrait que la négative prévalût également. L'Eurocode représente en effet le *challenge* de l'ordre actuel. La charge de la conviction pèse donc sur lui.

I. La codification du droit privé des contrats en Europe est-elle pensable ?

Unifier, c'est produire de l'identique à partir du dissemblable. Unifier le droit des contrats en Europe, c'est donc remplacer les droits nationaux en la matière par un droit nouveau, le droit européen des contrats. Pour ce faire, plusieurs méthodes sont *a priori* possibles.

La première consiste à prendre l'un de ces droits et à lui donner, de manière autoritaire, force de loi sur l'ensemble du continent. En termes de théorie du droit, cette solution n'est pas la plus absurde, mais nous l'excluons d'emblée de notre univers des possibles car elle n'a aucune chance d'être acceptée, ni par les peuples, ni par les gouvernements qui les représentent : prétendre imposer à l'ensemble du continent le droit issu d'un de ses États est à peu près aussi illusoire que d'en vouloir supprimer les langues existantes pour leur substituer un sabir unique³². Des guerres se sont déclenchées pour moins que cela, et l'idée relève donc, à l'heure actuelle, du droit-fiction.

Une seconde possibilité serait de créer un droit nouveau totalement distinct des droits lui ayant préexisté. Pour filer la métaphore linguistique, cela équivaldrait à abolir toutes les langues et à les remplacer par un système de communication gestuelle ou de computation informatique. Nous avons affaire, là encore, à une vue de l'esprit : un système juridique ne relève pas d'une abstraction de la raison pure et ne saurait se créer *ex nihilo*. Il est évidemment indissociable des formes d'organisation humaine et de leur historicité.

Il reste par conséquent la solution du *mélange*, de l'espéranto juridique compréhensible et acceptable par tous. Le nouveau droit européen des contrats ne pourrait être qu'une combinaison nouvelle d'éléments empruntés aux différents systèmes juridiques du continent³³, qu'il s'agisse des règles, des solutions ou des méthodes de raisonnement. Le mélange n'est pas une notion inconnue du juriste et ne doit pas nécessairement lui répugner, mais il importe de se demander si, en l'espèce, l'opération a

³² En fait, il existe des exemples dans l'histoire où un peuple a collectivement abandonné sa langue pour en adopter une autre, généralement celle de son nouveau maître ; mais à notre connaissance une telle assimilation n'a jamais pu être imposée par la force ou par la loi. L'exemple de la russification de l'Ukraine, pourtant entreprise avec une violence inouïe par Catherine II (elle signa un oukase punissant de mort l'usage de la langue nationale), et poursuivie avec constance par ses successeurs, témoigne de cette impossibilité.

³³ Ce qui ne veut pas dire que ces éléments ne seront pas nouveaux, car connus d'aucun des précédents systèmes. Simplement, ils ne sauraient être normalement *radicalement* nouveaux, c'est-à-dire sans généalogie les faisant remonter à eux.

un sens. On ne peut éventuellement mélanger que des éléments qui sont de même nature. Or nos éléments, ici, sont des systèmes juridiques et, plus encore, les regroupements de systèmes juridiques en familles de droits que les comparatistes ont identifiées depuis les débuts de la science comparative — à savoir, pour s'en tenir au vieux continent et à la distinction la plus générale et la plus unanimement reconnue, les droits romanistes³⁴ et de *common law*.

La codification du droit des contrats est-elle un projet qui puisse dépasser cette antinomie fondatrice pour devenir un projet commun aux différentes traditions juridiques ? Le simple constat que le foisonnement autour de cette idée n'émane, à de rares exceptions près, que de juristes «civilistes» pourrait déjà nous en faire douter. De fait, il existe de sérieuses raisons de croire que l'entreprise est radicalement étrangère à la tradition de *common law* parce que fondée sur des présupposés conçus comme universels mais en réalité limités à une manière de penser le droit. Ce constat pessimiste devra cependant être relativisé car en la matière il n'existe pas de dogmes mais seulement des situations de fait vouées à évoluer.

A. Un projet unijuridique dans une Europe plurijuridique

L'Europe est plurijuridique : ce point de départ en forme de constat ne fait aucun doute pour les positivistes que nous sommes. Non sans raison, nous sommes habitués à restreindre le droit à l'ordre juridique et à assimiler ainsi système juridique et législateur suprême³⁵. Cependant, le terme de «plurijuridicité» sera envisagé ici dans un sens légèrement différent. En effet, un regard moins superficiel nous apprend que la division essentielle, pour qui s'intéresse à la nature du droit, est moins celle entre les droits nationaux que celle entre les grandes familles juridiques qui se partagent le continent européen. Si ces traditions expriment des épistémologies juridiques distinctes, l'entreprise de codification n'en a pas pris la mesure, ce qui tend à la discréditer³⁶.

³⁴ Encore nommés «*civil law systems*» par la doctrine anglo-américaine, terme parfaitement inadéquat mais qui sera parfois repris dans ces lignes en raison de son caractère reçu et commode.

³⁵ S'il nous est possible de concevoir qu'un État souverain accepte une pluralité des règles applicables sur son territoire, comme dans les cas — extrêmement différents — de l'Allemagne fédérale et du Royaume-Uni, il nous est difficile d'imaginer qu'une loi puisse être applicable dans plusieurs pays — puisque la loi est l'œuvre du législateur, et que le législateur incarne la souveraineté.

³⁶ On se rappellera que nous avons d'emblée exclu l'idée d'un droit commun qui ne résisterait pas à l'antinomie entre systèmes juridiques existants — qui doit être dépassée (si cela est possible) et non pas niée.

1. L'Europe du droit est plurielle

L'histoire du continent européen a façonné un paysage juridique marqué principalement par la séparation entre droits «civilistes» et de *common law*, mais aussi par les divisions existant à l'intérieur des systèmes de droit romanistes.

a. La distinction fondamentale des droits romanistes et de *common law*

Une ligne de fracture marque l'Europe du droit qui, courant telle une faille invisible le long de la Manche et de la mer du Nord, sépare les systèmes de *common law* d'un côté et les droits de type romaniste de l'autre³⁷. Même si elle a été souvent exagérée, voire caricaturée de par la tentation d'opposer ces systèmes de manière trop frontale ou systématique, cette division reste à notre sens fondatrice. Elle a une dimension historique et géographique et une dimension méthodique, capitale à notre étude.

Dans l'histoire du monde occidental, il n'a existé que deux systèmes de droit véritablement originaux, c'est-à-dire n'étant pas le développement historique d'un droit antérieur : le droit romain et le droit anglais, que tout ou presque distingue à première vue, que ce soit la lettre et l'esprit, la manière de raisonner, les institutions, le style et même l'ambition. Aujourd'hui encore, tous les pays d'Europe sont profondément marqués dans tous ces éléments par l'un ou l'autre de ces droits³⁸. Ainsi se dessinent clairement deux ensembles, ou «familles de droits», pour reprendre l'expression consacrée de René David³⁹. Si les comparatistes qui se sont intéressés à la classification des droits ne sont pas tous parvenus à la même typologie⁴⁰, aucun n'a dénié une valeur exemplaire à cette division.

³⁷ Cette dénomination n'est pas non plus irréfutable, mais elle renvoie à une réalité connue qui seule nous intéresse ici.

³⁸ Bien sûr, aucun système juridique européen n'est exempt d'influences de l'un et l'autre de ces droits, qui eurent chacun un rayonnement immense dans l'histoire de l'humanité ; mais à l'exception de l'Écosse, aucun système ne tient suffisamment de l'une et de l'autre source pour pouvoir être qualifié de «mixte». Partout ailleurs, l'une ou l'autre de ces traditions a prévalu.

³⁹ R. David, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Paris, Dalloz, 1964 aux pp. 12-18.

⁴⁰ Par exemple, Esmein distinguait quatre familles de droits occidentales : les romaine, germanique, slave et anglo-saxonne, voir A. Esmein, «Le droit comparé et l'enseignement du droit» dans *Congrès international de droit comparé, Procès-verbaux des séances et documents*, t. I, 1905, p. 445. Arminjon, Nolde et Wolff pour leur part en reconnaissaient cinq — les française, allemande, scandinave, russe et anglaise, voir P. Arminjon, B. Nolde et M. Wolff, *Traité de droit comparé*, t. 1, Paris, Librairie

Tout le monde sait que la famille des droits romanistes, au sens le plus large, domine le continent européen, puisqu'elle en regroupe tous les pays à l'exception des îles britanniques, qui appartiennent pour leur part — le cas particulier de l'Écosse mis à part — à la famille des droits de *common law*. On sait aussi que la fracture remonte au moyen âge, lorsque le droit romain fut redécouvert, aux alentours de 1100, dans le Nord de l'Italie, et commença à pénétrer par porosité dans tous les pays de l'Europe continentale⁴¹. Ce plénum, s'il fut favorisé par des considérations de prestige intellectuel, de nécessités pratiques, voire de stratégies individuelles, connut une ampleur tout à fait remarquable. C'est ainsi que le *Reichskammergericht* du Saint-Empire, excédé par le chaos juridique régnant dans les micro-États allemands, s'empressa d'adopter peu après sa fondation impériale en 1495 la maxime *quidquid non agnoscit glossa, non agnoscit curia*⁴², qui imposa définitivement la suprématie de la science juridique romaine au nord des Alpes⁴³. Pour des raisons historiques relevant notamment de la centralisation de sa justice autour des cours royales de Westminster — centralisation unique pour l'époque et qui lui avait déjà permis de développer un «droit commun» du royaume — l'Angleterre n'a jamais éprouvé ce besoin d'importer massivement le droit romain. C'est pourquoi malgré cinq siècles, moult révolutions et deux guerres mondiales, elle relève encore à ce jour de sa propre tradition juridique. Pour autant, si la tenue à l'écart de l'Angleterre par rapport au mouvement général de réception du droit romain constitue une réalité, son imperméabilité à celui-ci est un mythe. De Bracton à Austin et de Blackstone à Peter Birks, dans un pays où le droit romain est enseigné depuis le XII^e siècle, son influence — ainsi que celle des droits romanistes — a été considérable, et ce aussi bien sur le plan du droit positif que sur celui de l'épistémologie du droit⁴⁴.

générale de droit et de jurisprudence, 1950-1952 aux pp. 42-53. Aucune de ces classifications ne contredit la dichotomie précédente.

⁴¹ En réalité d'une mouture particulière et tardive de celui-ci, celle compilée au VI^e siècle dans le *corpus juris civilis* par le grand juriste Tribonien à la demande de Justinien, Empereur d'Orient.

⁴² C'est-à-dire ce que la Glose—les commentaires que les érudits, appelés pour cette raison glossateurs, inscrivirent dans la marge du texte du *corpus juris civilis* de Justinien—n'admet pas, la Cour ne l'admet pas.

⁴³ Le caractère absolument stupéfiant de cette adoption d'une science vieille, en ses grandes lignes, de près de quinze siècles n'est pas assez souvent souligné. Imagine-t-on les médecins de l'an 2000 décider, par dépit, de s'en remettre aux conceptions de leurs prédécesseurs contemporains des grandes invasions ? *Æterna Roma*.

⁴⁴ Notamment, la procédure d'*equity* fut très largement inspirée par le droit canonique, lui-même reflet du droit romain («*ecclesia vivit lege romana*»). Le droit maritime, dont on sait la place qu'il occupe en Angleterre, a lui aussi été en contact précoce et constant avec les droits romanistes, à tel point que l'antique loi de Rhodes s'y est frayé un chemin. Plus encore, des catégories comme celle d'«obligation» ou même dans une certaine mesure de «contrat», ont été importées du continent au

Dresser un inventaire complet des différences entre les deux traditions juridiques⁴⁵ excéderait de beaucoup nos compétences et le volume imparti à ce travail. On en rappellera une seule, essentielle à notre étude. Pour les droits continentaux, aujourd'hui comme hier, l'action en justice vise à faire rétablir un droit subjectif du requérant qui a été violé⁴⁶. Ce qui est premier, c'est le droit (subjectif) reconnu par le droit (objectif), droit soit abstrait et impersonnel, soit concret et personnel, mais toujours préalablement entré dans le patrimoine juridique de celui qui demande qu'il en soit fait justice. L'action, elle, est secondaire : elle vise à permettre la réalisation concrète de ce droit, ce qui est important en pratique, mais négligeable sur le plan de la théorie. Le droit subjectif n'a pas besoin de l'action en justice pour exister ; il se suffit à lui-même, et ce n'est pas parce qu'un droit n'est pas sanctionnable devant les tribunaux qu'il cesse d'exister. En *common law*, la perspective est radicalement différente. Étranger aux raffinements de ces théories, le droit anglais s'est construit autour de la notion de «*form of action*» qui, quoique abolie au XIX^e siècle, a tellement pénétré la substance de ce droit que, selon le mot célèbre de Maitland, même morte elle continue à le gouverner de sa tombe⁴⁷. Or une *form of action* est une situation de *fait* (un ensemble de circonstances) portant tort — dans un sens extrêmement concret — à une personne, et dont la survenance ouvre à cette dernière la possibilité d'obtenir un *writ* donnant ac-

XIX^e siècle, lorsqu'il fallut reconstruire une taxinomie nouvelle du droit après l'abolition des *forms of action*. L'influence des auteurs «civilistes», et notamment de Savigny et de Pothier, fut alors immense. Voir R.J. Pothier, *A Treatise of the Law of Obligations, or Contracts*, trad. par W.D. Evans, Londres, Strahan, 1806. Et, paradoxe suprême, les *barristers* anglais invoquaient encore le droit romain à l'appui de leurs conclusions à une époque où plus aucun juriste français n'aurait osé le faire ! Pour une brève mais excellente présentation de l'influence du droit romain sur le droit anglais, voir, P. Koschaker, *Europa und das römische Recht*, Munich, Biederstein, 1947 aux pp. 213-21. Sur l'influence de Savigny, voir M.H. Hoeflich, «Savigny and His Anglo-American Disciples» (1989) 37 *Am. J. Comp. L.* 17.

⁴⁵ La littérature sur la question est abondante. K. von Zweigert et H. Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, Tübingen, Mohr, 1969-1971 et sa bibliographie. Nous mentionnerons simplement les études de Pierre Legrand sur la dimension épistémologique de la distinction entre droits «civilistes» et *common law* (et notamment sur les différences de *mentalités*) : son petit opuscule sur le droit comparé, voir P. Legrand, *Le droit comparé*, Paris, Presses universitaires de France, 1999 ; P. Legrand, «Against a European Civil Code» (1997) 60 *Mod. L. Rev.* 44 ; P. Legrand, «Sens et non-sens d'un code civil européen» (1996) 4 *R.I.D.C.* 779 ; P. Legrand, «European Legal Systems Are Not Converging» (1996) 45 *I.C.L.Q.* 52.

⁴⁶ Il est vrai que parfois, elle peut avoir pour résultat de faire déclarer, ou reconnaître, un droit. C'est notamment l'une des fonctions, méconnue et mise à jour par Geneviève Viney, de l'action en responsabilité civile.

⁴⁷ «The forms of action we have buried, but they still rule us from their graves». F.W. Maitland, *Equity, or The Forms of Action at Common Law*, Londres, Cambridge University Press, 1909 à la p. 296.

cès à la justice du souverain, qui pourra alors prescrire, ou non, toute mesure visant à remédier à cette situation. Ainsi, en Angleterre «*remedies precede rights*», là où en France, en Allemagne ou ailleurs, «*rights precede remedies*» : cette différence de logique, nous le verrons, a des implications cruciales.

b. *Les distinctions à l'intérieur de la tradition romaniste*

Pour autant, cette présentation de l'Europe comme un continent coupé entre deux familles juridiques opposées pourrait donner l'impression trompeuse qu'elle serait exclusive de toute autre, et notamment que l'Europe continentale, partageant une même tradition juridique, serait de ce fait façonnée d'un seul bloc. Paradoxalement, à insister sur les différences dans l'approche du droit de part et d'autre de la Manche, on suggérerait que cette dimension ne serait pas problématique pour peu que l'on ne se place que d'un côté ou de l'autre de la frontière.

Or tel n'est pas le cas. L'Europe continentale⁴⁸ est elle-même traversée de familles ou sous-familles juridiques diverses, chacune pétrie d'une histoire et d'une science du droit propres — et si elles ne sont pas opposées, au sens précédemment évoqué, elles sont certainement distinctes. Un seul exemple suffira à faire prendre la mesure de la difficulté : les droits scandinaves, partie intégrante de la tradition romaniste, ne connaissent pas de codification, ni en droit des contrats ni ailleurs — ce qui suffit à invalider l'idée couramment reçue de l'homologie entre la codification et les droits civilistes, et conduit à repenser les liens qui existent entre ces catégories. Il n'y a de rapport ni nécessaire, ni suffisant entre la première et la seconde.

De plus, la perspective «grand'européenne» que nous avons choisie d'adopter soulève la question de la nature des systèmes juridiques des pays d'Europe centrale et orientale depuis l'effondrement du socialisme. Continentaux, nous les avons rattachés d'emblée à la tradition romaniste au sens large⁴⁹, mais à peu près toutes les thèses ont été avancées à leur propos. Ils auraient toujours appartenu à la famille romaniste, même pendant la période socialiste ; ils auraient cessé d'en relever mais en auraient réintégré le giron depuis une décennie ; ils seraient toujours des droits de facture fondamentalement socialiste et relèveraient donc d'une tradition juridique distincte ; ils formeraient des droits *sui generis*, ou encore auraient été très influencés par la *common law* dans les réformes d'après 1990, au point de représenter aujourd'hui un croisement des deux grandes traditions ouest-européennes. Selon la réponse apportée à

⁴⁸ Nous ne nous intéresserons pas ici aux différences qui peuvent exister au sein de la famille de *common law*, car à l'échelle de l'Europe, le droit anglais, matrice de tous les systèmes de «droit commun» au monde, la domine trop nettement.

⁴⁹ Ce qui nous semble effectivement être la catégorisation la plus adéquate.

cette question complexe et non tranchée⁵⁰, la nature même du problème que nous étudions se trouve modifiée. Devons-nous concilier, à en rester aux *maximae divisiones*, deux ou trois traditions juridiques ? Même un point aussi fondamental est incertain.

2. Le projet de codifier le droit des contrats est unilatéral

Comment amalgamer des traditions juridiques, soit des manières d'appréhender le droit, alors qu'elles ne relèvent pas de la règle mais de la culture, c'est-à-dire précisément ce qui dépasse et contient la règle, qui la limite et la contraint ? Certes, l'éventualité que ces cadres structurels soient, ou puissent devenir compatibles entre eux ne doit pas être rejetée par principe, mais à tout le moins la chose ne va-t-elle pas de soi. Une vaste discussion sur la question devrait donc être menée comme un *préalable* à tout projet d'unification. Or il est frappant de constater que ce n'est pas le cas. Dans ces conditions, il est raisonnable de considérer que celui-ci s'en désintéresse, par ignorance ou par tactique, et relève donc de l'unilatéralisme, attitude pourtant traditionnellement condamnée, à juste titre, par le droit des gens. En effet, il révèle, à deux points de vue, une approche qui est étrangère à la tradition de *common law*⁵¹.

⁵⁰ Le terrain semble tellement miné que ces pays ont été purement et simplement retirés de la troisième édition de l'ouvrage de Zweigert et Kötz, voir *supra* note 45.

⁵¹ C'est d'ailleurs là, à notre sens, le cœur de la critique virulente que Pierre Legrand lui adresse. Selon cet auteur, en effet, le projet de codifier le droit des contrats en Europe incarne non seulement la prétention des droits romanistes à franchir la Manche, là où Jules César, Napoléon et Hitler avaient finalement échoué, et à imposer ainsi à la vieille Angleterre leur manière de penser — mais surtout il révèle leur insolence : il y aurait dans cette posture de supériorité un refus de considérer la *common law* comme un égal, un partenaire avec lequel on peut dialoguer, un *autre*. Ce refus du dialogue, pis encore le sentiment véhiculé qu'il n'a pas lieu d'être, trahit une incapacité à souffrir l'antinomie qui caractérise l'impérialisme. En cela, Legrand rejoint l'ancienne remarque, par lui citée, d'Émile Boutmy, le fondateur de l'École libre des sciences politiques, qui écrivait : «Les Français ne peuvent pas oublier que leurs idées ont plus d'une fois régné sur le monde ; ils s'attendent naïvement à les retrouver partout. Le rationalisme abstrait, qui est leur esprit même et l'âme de leurs créations, a quelque penchant à se croire d'une application universelle». É.G. Boutmy, *Études de droit constitutionnel : France, Angleterre, États-Unis*, 2^e éd., Paris, Plon, 1888, cité dans P. Legrand, «Le primat de la culture» dans Vareilles-Sommières, *supra* note 16 à la p. 16.

a. *Un système de droit totalisant fondé sur des règles à portée générale*

Écoutons Bentham : «la codification est plus qu'un multiple de la loi : il y a en elle un esprit de système et de totalité»⁵². Le profane, écrit Rémy Cabrillac, voit dans le code le symbole de l'ordre, d'une construction parfaitement rationnelle, d'un jardin à la française⁵³. Le profane n'a pas tort : le code se veut l'expression d'un ordre parfait, d'un monde clos et autosuffisant. En même temps que d'être règle, ce qu'est toute loi, il est principe, *princeps* au sens latin, ce qui engendre et ce qui commande : il est la matrice de sa propre règle. Par sa généralité, du moins dans le champ qui est le sien⁵⁴, le code refuse toute limite à sa propre portée. En ce sens, non content d'imposer sa loi, il impose sa vision du monde et interdit ainsi l'expression d'une vision concurrente. Le code est une loi qui nie sa contingence⁵⁵.

Cette dimension du droit est traditionnellement inconnue de la *common law*. Irrésistiblement tournée vers les faits, celle-ci refuse délibérément de se penser comme un système de règles. Ce qui est premier, c'est le litige, et ce qui importe, c'est d'apporter une solution, un *remède*, à ce litige⁵⁶. Cette solution ne viendra pas de l'application d'une règle générale à des faits particuliers, ce qui exigerait de déformer ces derniers jusqu'à ce qu'ils veuillent bien rentrer dans leur catégorie de destination, mais d'une induction à partir des faits eux-mêmes. Les solutions d'espèce, réglant au fur et à mesure de leur émergence des situations particulières, vont dessiner peu à peu des principes, comme des formes émergeant d'un tableau pointilliste lorsque l'on se recule. Mais, même ainsi développés, les principes dégagés ne sont pas des règles au sens où nous l'entendons ; par la méthode du *distinguishing*, le juge n'hésitera jamais à y déroger lorsque leur application se révélerait inopportune dans un cas d'espèce. Peut-on imaginer une attitude d'esprit plus contraire à la *Begriffsjurisprudenz* allemande, qui se propose de cataloguer l'univers des possibles comme d'autres ont classifié le règne

⁵² Cité par B. Oppetit in «De la codification», D. 1996.Chron.33.

⁵³ R. Cabrillac, «Le symbolisme des codes» dans *L'avenir du droit : mélanges en hommage à François Terré*, Paris, Presse universitaire de France, 1999, 211 à la p. 211.

⁵⁴ À cet égard la dimension absolutiste d'un code des contrats serait bien moindre que celle d'un code civil, qui régit tous les aspects de la vie du citoyen (*civis*).

⁵⁵ Ces remarques, il est vrai, ne s'appliquent vraiment qu'au *Code civil* français, le plus «impérial» des codes modernes. Il faut, en ce qui concerne les autres codifications, les relativiser, même si aucune d'entre elles n'est, nous semble-t-il, complètement étrangères à ces inspirations.

⁵⁶ En ce sens, on citera le mot de Pollock : «Laws exist not for the scientific satisfaction of the legal mind but for the convenience of lay people who sue or be sued». O.W. Holmes, *Pollock-Holmes Letters : The Correspondence of Sir Frederick Pollock and Mr. Justice Holmes, 1874-1932*, vol. 1, Cambridge, University Press, 1942 à la p. 7.

animal, selon un système de catégories (genre, espèce, famille, etc.) liées entre elles selon une logique mathématique permettant de ranger tout fait dans une case et une seule — avant de lui appliquer la loi correspondant à sa case, qui est nécessairement la «bonne loi». Rien dans la *common law* n'est systématique, logique ou symétrique, sauf fantaisie du hasard. C'est avec force et non sans une pointe d'irritation que Lord MacMillan rappelait en 1967 à ses collègues que leur tâche était «to decide particular cases between litigants» et qu'ils n'étaient pas «called upon to rationalize the law of England»⁵⁷. Pierre Legrand souligne que les juristes de *common law* se sont toujours dérobés à l'axiomatisation de leur droit. Ainsi, lorsque Lord Wilberforce déclara, en 1977 dans l'arrêt *Anns c. Merton London Borough Council*⁵⁸, que le droit anglais avait accumulé suffisamment de précédents pour que «in order to establish that a duty of care arises in a particular situation, it is not necessary to bring the facts of that situation within those of previous situations in which a duty of care has been held to exist»⁵⁹, sa décision suscita de si vives critiques au sein de la communauté juridique anglaise que les Lords durent — événement exceptionnel s'il en est — faire acte de repentir. Treize ans plus tard, ils revinrent sur le jugement de leur confrère, qualifié pour la circonstance de «unsatisfactory» et de «wrongly decided»⁶⁰.

Dans ces conditions on comprend que, malgré les efforts de Bentham, le droit anglais soit resté rebelle à toute codification, et pas seulement parce que le *Code civil* lui rappelle Napoléon. Déjà au XVIII^e siècle, l'entreprise blackstonienne d'ordonner la *common law* du royaume autour du plan des *Institutes* — tâche pourtant sans commune ambition avec une codification — avait fait long feu. La prétention à faire rentrer le réel, l'ensemble des possibles actuels et futurs dans un code en régissant par

⁵⁷ *Read c. J. Lyons & Co. Ltd.*, [1946] 2 All E.R. 471 à la p. 490, [1947] A.C. 156. À rapprocher, comme le fait Pierre Legrand, du commentaire de Ghestin sur l'arrêt *Consorts Blicke*, Ass. plén., 29 mars 1991, Bull. AP n° 1 1991.1, dans lequel celui-ci se félicitait de ce que l'article 1384, al. 1 C. civ. retrouvât sa «symétrie».

⁵⁸ [1977] 2 All E.R. 492, [1978] A.C. 728 [ci-après *Anns* cité à All E.R.].

⁵⁹ *Ibid.* à la p. 498. Cette allégation est pourtant la conséquence logique du fameux *neighbour principle* énoncé par Lord Atkin dans l'arrêt *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562, [1932] All E.R. 1. Il est vrai que les cours anglaises s'étaient empressées de se débarrasser de ce principe général, lui même fondé sur la morale biblique, en le considérant comme un simple *obiter dictum* dépourvu de toute force obligatoire.

⁶⁰ *Murphy c. Brentwood District Council*, [1990] 2 All E.R. 269 à la p. 294, [1991] 1 A.C. 398 [ci-après *Murphy*]. En fait, *Murphy* ne fait que couronner une longue série d'arrêts tendant à limiter autant que possible la portée de *Anns*. On notera cependant qu'avec cet arrêt, l'Angleterre s'isole des autres pays de *common law* dans son approche «incrémentaliste» rigide. En appel d'un cas néo-zélandais, le Privy Council dut ainsi bien reconnaître, non sans embarras, que son ancienne colonie n'avait pas suivi la même approche. *Invercargill CC c. Hamlin*, [1996] A.C. 624, [1996] 1 All E.R. 756.

avance le traitement juridique, est pour le juriste de *common law* (du moins le juriste *typique*), au mieux une excentricité, au pire un non-sens : l'Anglais est marin et il sait que la mer est imprévisible.

b. Une ambition a-historique et à vocation universelle

La codification, par ailleurs, exprime un rapport au temps (et donc à l'historicité du droit) ainsi qu'à l'espace d'un type particulier. D'une part, en effet, elle marque une volonté de rupture avec le passé⁶¹. L'ancien droit, mauvais, doit disparaître : il ne s'agit pas de le réformer, mais de faire table rase et de construire un système nouveau. Il n'est pas anodin à cet égard que toutes les grandes codifications aient été contemporaines de bouleversements politiques majeurs. Mais d'autre part, une fois promulgué, il se prétend atemporel et, du moins en puissance, universel. Là encore, ce n'est pas sans raison si les codifications sont le plus souvent enfantées par des empires, c'est-à-dire par des régimes se donnant vocation à régir un univers. C'est que, nous l'avons dit, le code tend à nier sa contingence : le *Code civil* des Français, expliquait Cambacérès, devait être un «code de la nature, sanctionné par la raison»⁶². Or les lois de la nature, comme celles de la physique, sont universelles et immuables.

La *common law* est imperméable à de telles ambitions. Lorsqu'ils créent — ou déclarent — le droit, les juges anglais n'ont d'autre prétention que de donner corps aux valeurs d'une communauté, la leur, c'est-à-dire la société anglaise de leur temps, en s'en faisant l'interprète. La «*right answer*»⁶³ est celle qui convient à la communauté et non celle issue d'une raison abstraite. Aucune prétention à l'universalité ne se dégage ici. Par ailleurs, la *common law* entretient un rapport au temps doublement opposé au précédent. Censée exister de toute éternité, ne jamais avoir été créée (c'est là un de ses mythes fondateurs), la *common law* ne connaît pas de rupture. En revanche, elle ne nie pas sa dimension temporelle. Fondée sur la tradition, elle a parfaitement conscience que les décisions des juges s'inscrivent dans le temps et que le droit d'une époque n'a pas nécessairement vocation à régir les suivantes. À cet égard, l'attitude de Lord Diplock dans l'affaire *Council of Civil Service Unions c. Minister for the Civil Service*⁶⁴ nous paraît emblématique. Mettant en forme le fouillis de la jurisprudence

⁶¹ Nous entendons ici par codification une *première* codification, et non une *re-codification*, à l'exemple des récents codes néerlandais ou québécois, qui dans leur nature s'apparentent à une simple réforme.

⁶² J.J.R. de Cambacérès, «Rapport fait à la Convention nationale sur le deuxième projet de Code Civil» dans P.A. Fenet, dir., *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 1, Paris, Videcoq, 1836 à la p. 109.

⁶³ Cette expression revient à Dworkin.

⁶⁴ [1985] A.C. 374, [1984] 3 All E.R. 935.

relative au *judicial review*⁶⁵, il en distinguait trois fondements (*illegality, irrationality et procedural impropriety*) et ajoutait que dans l'avenir, si le droit continuait de se développer, un quatrième *ground of review*, la *proportionality*, pourrait voir le jour. Ce dialogue avec le passé et avec l'avenir est typique de la *common law* : imagine-t-on un juge français faire allusion à l'âge canonique d'un article du *Code civil* pour justifier une nouvelle interprétation, ou pire encore sa mise à l'écart — ce droit est périmé, il n'est plus propre à l'usage.

Le projet de codification européenne du droit des contrats est donc incontestablement typique de la cosmogonie du juriste de l'Europe continentale et fait violence aux principes de *common law*. Cependant, on ne peut en rester là : d'abord parce que la *common law* ne se limite pas à cette dimension traditionnelle ; ensuite parce qu'il est faux de croire les systèmes façonnés pour l'éternité. Ils sont le fruit d'une histoire et l'histoire évolue.

B. Un projet collectif dans un ordre européen sui generis ?

L'antinomie traditionnellement posée, malgré Bentham, entre les termes de codification et de *common law* doit tout d'abord être réexaminée. N'est-il pas alors envisageable que les familles juridiques du continent se rapprochent jusqu'à former un nouvel ordre juridique européen susceptible d'accueillir un code des contrats ?

1. Réexamen de l'incompatibilité entre la *common law* et la codification du droit des contrats

Nous l'avons vu, le problème de la possibilité pour la *common law* de se penser en forme de code est la principale question préalable qui se pose à notre travail, l'«exception d'irrecevabilité» qu'il faudrait écarter avant d'aller plus avant. La *common law* est-elle codifiable ? Nous nous garderons bien d'apporter une réponse catégorique à une interrogation qui a laissé perplexes des esprits plus éclairés que le nôtre et nous contenterons de suggérer que les bouleversements que cette tradition a connus rendent une réponse négative moins évidente qu'il n'y paraît.

a. Les mutations de la common law à l'époque contemporaine

Il importe tout d'abord de remarquer que le modèle traditionnel de *common law* comme *judge-made law*, tel qu'il s'est développé jusqu'au XIX^e siècle et tel qu'il est encore prévalant dans les esprits, a été depuis largement battu en brèche.

⁶⁵ C'est-à-dire à peu près l'équivalent du recours pour excès de pouvoir en droit administratif français.

À l'heure actuelle, des pans entiers du droit anglais⁶⁶ sont exposés sous forme de droit législatif, de *statute law* émanant du Parlement de Westminster. Certes, ce procédé est vieux comme l'Angleterre elle-même et, Hobbes l'ayant définitivement emporté sur Coke, il n'est plus contesté que le Parlement souverain puisse briser la jurisprudence des cours royales. Le phénomène a toutefois changé de dimension et par là-même de nature au cours du XX^e siècle. Là où l'intervention législative se limitait autrefois à renverser la *common law* sur un point précis, elle prend aujourd'hui la forme de lois régissant une branche (éventuellement petite) du droit. Même si ces *statutes* modernes se présentent souvent comme une simple systématisation des principes développés par des siècles de jurisprudence et n'ont donc aucune ambition réformatrice⁶⁷, leur existence modifie radicalement la nature du raisonnement juridique et le rapproche du modèle continental. D'inductif il devient déductif, et la tâche du juriste alors est d'appliquer une règle générale sur des faits particuliers, nonobstant tout *precedent* contraire. Les précédents perdent alors leur caractère de *binding precedent*⁶⁸, pourtant fondateur de la tradition juridique de *common law*.

Tout aussi symptomatique de cette évolution rapide est l'intrusion des droits subjectifs, des «droits à» dans un système qui traditionnellement les ignorait ; pénétration qui s'est faite principalement par le truchement des droits européens (droit communautaire et droit du Conseil de l'Europe) familiers de ce langage «continental». Dans quelle mesure ce nouveau débarquement bouleverse le droit anglais, voilà ce que nous ne saurions dire de manière formelle⁶⁹. Nous suggérons simplement que la différence d'approche pourrait ne pas être indépassable : dire qu'il existe un droit subjectif à l'exécution de l'obligation de son cocontractant ou reconnaître que l'inexécution

⁶⁶ Et encore plus du droit américain : celui-ci, plus rationaliste que le droit anglais, et aussi pour des raisons historiques tenant aux conflits avec la mère-patrie, a adopté un autre modèle, sans qu'on puisse sérieusement soutenir qu'il ne participe plus de la *common law*. On se souviendra ainsi que les États-Unis ont failli avoir un code civil. Sur l'épopée Field, voir notamment M. Reimann, «The Historical School against Codification : Savigny, Carter, and the Defeat of the New York Civil Code» (1989) 37 Am. J. Comp. L. 95.

⁶⁷ Un exemple typique en est le *Sale of Goods Act*, 1893 (R.-U.) 56 & 57 Vict., c. 71.

⁶⁸ À plus forte raison ce point vaut-il pour le droit communautaire dérivé, et maintenant la Convention européenne des droits de l'homme. Le caractère «sacré» du précédent (qui ne remontait d'ailleurs sans doute pas plus loin qu'au XIX^e siècle) se perd ainsi à grande vitesse. Le parallèle avec le prestige déclinant de la loi en France est notable.

⁶⁹ Pour une analyse plus détaillée, voir G. Samuel, «“Le droit subjectif” and English Law» (1986) 46 Cambridge L.J. 264 ; «System und Systemdenken — Zu den Unterschieden zwischen kontinentaleuropäischem Recht und Common Law» (1995) Z. Eu. P. 375 ; G. Samuel, «Entre les mots et les choses : les raisonnements et les méthodes en tant que sources du droit» [1995] 2 R.I.D.C. 509.

d'une promesse donne droit à un recours auprès d'un juge ne sont peut-être que deux manières d'exprimer une même réalité.

Cependant, il serait trompeur de croire que les deux traditions fonctionneraient désormais selon le même schéma cognitif, ne serait-ce que dans les pans du droit anglais régis par le *statute law*. De son histoire, en effet, celui-ci a retenu et magnifié un principe fondamental : *statuta sunt stricte interpretenda*. Certes, la volonté du Parlement s'impose aux cours de justice, et s'il juge bon d'adopter un *Act* contenant un ensemble de solutions, celles-ci seront appliquées à la lettre par les tribunaux du Royaume — mais rien de plus. Dès lors qu'un cas d'espèce n'est pas spécifiquement visé par la loi, celle-ci n'est plus considérée comme ayant vocation à s'appliquer⁷⁰ et la *common law* peut retrouver son empire.

b. Une notion moins antinomique qu'il n'y paraît

Que faut-il en conclure ? En réalité trois questions distinctes se posent lorsqu'on s'intéresse aux rapports entre les systèmes de *common law* et l'idée de codification du droit des contrats : Peut-on codifier la *common law* ? Qu'est-ce que ce terme recouvre pour elle ? Veut-on la codifier ?

Au sens de recueil de principes régissant une matière donnée, la codification de la *common law* des contrats est possible. Plusieurs fois au cours de son histoire récente, le Parlement a systématisé, et éventuellement infléchi, la jurisprudence relative à certains points du droit des contrats — quoiqu'il ne se soit jamais encore attaqué au noyau dur foriné des grands principes de la matière. Certes, dans l'esprit des juristes anglais, il s'agit d'une mise en forme de principes solidement établis, et pour cette raison il n'a jamais été proposé de légiférer dans les domaines mouvants du droit ; à cette réserve près, mais non insurmontable, il semble ne pas y avoir d'objection de principe à ce que tous les secteurs du droit des contrats fassent l'objet de lois semblables, à ce que ces lois soient rassemblées dans un acte unique et que ce texte soit baptisé «*Contract Code*».

Il y a tellement peu d'obstacles de principe, d'ailleurs, que des travaux de codification ont déjà été menés à bien. Tout d'abord l'important *Indian Contract Code* de 1872, passé en force de loi dans cette partie de l'Empire, et qui doit beaucoup à la collaboration de Sir Frederick Pollock, sans doute le plus grand «contractualiste» de son siècle. Ensuite, le projet de code rédigé par Harvey McGregor dans les années 60

⁷⁰ D'où le contenu incroyablement détaillé et le style horrifiant des lois anglaises, soucieuses de tout prévoir à l'avance, reproche que les juristes de la *common law* adressent pourtant à la codification à la française, qui se contente pour sa part de poser des principes généraux.

à la demande conjointe des commissions de droit d'Angleterre et d'Écosse et qui suscite d'ailleurs, à l'heure actuelle, un regain d'intérêt⁷¹. L'esprit du projet était de commencer par systématiser l'immense masse de la *case law* développée au cours des siècles, puis d'en éliminer les contradictions, les raffinements inutiles et les distinctions obsolètes afin d'en extraire la substantifique moelle. Suite à des désaccords, la Commission écossaise se retira du projet et les Anglais préférèrent en rester là. Signe d'une impossibilité radicale ? Rien n'est moins sûr car, en 1997, la Commission écossaise en a ressuscité l'idée : «[W]e continue to believe that there may also be a place for codification in the wider traditional sense ; that is, a comprehensive legislative re-statement of the general principles underlying some unified area of the common law. [...] We have in mind as possible candidate selected topics [...], for example, [...] contract [...]»⁷².

Pour autant, le droit anglais reste imperméable à la logique de code telle qu'elle est conçue en France, en Allemagne ou ailleurs, c'est-à-dire à l'esprit de système qui veut que l'ensemble des règles qu'il contient forme un tout nécessaire et suffisant à la résolution de n'importe quel litige. L'idée qu'en l'absence de disposition explicite il faille interpréter, combiner et développer les règles reste étrangère à sa tradition. Encore, les choses évoluent-elles très vite et l'affirmation doit-elle être nuancée. En effet, depuis que le Royaume-Uni participe aux Communautés européennes, les juges anglais ont compétence de donner effet direct dans leur pays aux dispositions du droit communautaire, et pour ce faire ils doivent utiliser les méthodes d'interprétation que ce droit a développées. À ce propos, Lord Denning faisait un émouvant constat dans l'affaire *HP Bulmer Ltd. c. J. Bollinger SA*:

[W]hen we come to matter with a European element [...] any rights or obligations created by the Treaty are to be given legal effect in England without more ado [...] We must no longer speak or think of English law [...] We must speak and think of Community law [...] This means a great effort for the lawyers. We have to learn a new system [...] All the way through the Treaty there are gaps and lacunae. These have to be filled in by judges [...] It is the European way [...] [W]hat are the English courts to do [...]? They must follow the European pattern. No longer must they examine the words in meticulous detail [...] They

⁷¹ Le projet a fait l'objet d'une publication en Italie, voir H. McGregor, *Contract Code drawn up on behalf of the English Law Commission*, Milan, A. Giuffrè, 1993. En Australie la *Law Reform Commission of Victoria* a également publié un projet de code des contrats, voir Law Reform Commission of Victoria, *An Australian Contract Code* (Discussion Paper n° 27), Melbourne, Law Reform Commission of Victoria, 1992.

⁷² M. Arden, «Time for an English Commercial Code ?» (1997) 56 Cambridge L.J. 516 à la p. 529.

must look to the purpose or intent [...] they must divine the spirit of the treaty and gain inspiration from it⁷³.

Et deux ans plus tard, revenant sur la question, l'immense juriste d'ajouter : «I see nothing wrong in this. Quite the contrary»⁷⁴. Il faut se garder de voir le droit anglais à travers le prisme de Dickens. Une révolution a déjà été accomplie et les juges anglais ont su s'acquitter de leur nouvelles tâches.

Reste enfin la question de savoir si les Anglais souhaitent codifier leur droit (que ce soit en tant que compilation ou de système à la façon continentale). Il s'agit là d'un argument d'opportunité qui leur appartient. On connaît l'opposition farouche de Blackstone au *statute law*, qui y voyait une irruption malencontreuse et le plus souvent inepte dans la *common law*. Plus près de nous, Andrew Burrows exprime son scepticisme : «In my view legislative reform of the law of obligations ought normally to be confined to situations where the law is either already based on statute [...] or where the common law has plainly taken a wrong turn so that, short of waiting for an enlightened decision of the House of Lords, there is no other way of getting back on the right track»⁷⁵. Mais d'autres auteurs adoptent des positions plus nuancées, comme Dame Mary Auden qui reconnaît l'immense simplification de l'accès au droit qu'elle permettrait et a déjà permis, par exemple dans le domaine de la vente de marchandises, par rapport au «maze» que représentait l'accumulation de siècles de jurisprudence⁷⁶. Peut-on aller plus loin et considérer que, globalement, l'opposition entre la *common law* et les droits romanistes peut être, si ce n'est abolie, du moins dépassée ?

2. Vers un modèle juridique commun et original ?

L'idée selon laquelle les droits européens seraient en train de converger nous semble être une affirmation outrancière. Si les modèles juridiques ne sont pas étanches, leur communication ne présage pas nécessairement leur rapprochement ; en revanche il est possible de créer *quelque chose* à la croisée des traditions.

⁷³ [1974] 2 All E.R. 1226 à la p. 1231, [1974] Ch. 401.

⁷⁴ *Buchanan & Co. Ltd. c. Babco Forwarding and Shipping (UK) Ltd.*, [1977] 1 All E.R. 518 à la p. 523, [1977] Q.B. 208.

⁷⁵ A. Burrows, «Legislative Reform of Remedies for Breach of Contract : The English Perspective» (1997) 1:2 Edinburgh L. Rev. 155 à la p. 156, reproduit dans A. Burrows, *Understanding the Law of Obligations, Essays on Contract, Tort and Restitution*, Oxford, Hart Publishing, 1998.

⁷⁶ Voir Arden, *supra* note 72.

a. *La circulation des modèles juridiques en Europe*

La grande alliée de l'unification, nous dit Rodolfo Sacco, c'est la circulation du droit⁷⁷. Et s'il est un fait incontestable, c'est que les modèles juridiques ont toujours circulé en Europe et continuent aujourd'hui à franchir les frontières. Contrairement à une idée parfois reçue, l'avènement des «nationalismes juridiques» n'a en rien marqué l'entrée des droits en autarcie.

Les concepts, tout d'abord, circulent, qu'ils pénètrent ou non la sphère du droit positif. Le BGB est traduit en français, le *Code civil* en anglais. Qui se souvient aujourd'hui que le manuel d'Aubry et Rau, vénéré en France comme une relique de la pensée nationale, n'était à l'origine qu'une traduction du manuel de Zachariæ von Ligenenthal, professeur à l'université de Heidelberg⁷⁸ ? Que la distinction des obligations de moyens et de résultat, aujourd'hui si évidente, a été empruntée par Demogue à la doctrine italienne ; que la notion d'acte juridique, qui fait maintenant partie intégrante du vocabulaire des tribunaux, est un produit de la réflexion universitaire austro-allemande ? Aujourd'hui, ce sont les notions anglaise de «remède» ou allemande de «*culpa in contrahendo*» que l'on retrouve fréquemment sous des plumes françaises — et non par pédantisme ou xénophilie militante, mais parce qu'elles permettraient de mieux comprendre la structure de notre droit et ses solutions positives, ou de les réformer utilement. Dans le monde juridique européen, ces migrations ne s'arrêtent jamais et, chose remarquable entre pays d'inégale puissance et dynamisme, elles ne sont jamais à sens unique.

La *pratique contractuelle*, par ailleurs, est un puissant vecteur d'uniformisation. On a parfois moqué la déferlante sur le vieux continent des contrats en «-ing» d'origine américaine, mais ils ne révèlent pas seulement l'américanité aiguë qui touche certains praticiens du droit mondialisés. Ils témoignent aussi de ce que l'internationalisation des affaires crée des besoins nouveaux et le plus souvent identiques dans tous les pays développés, et que la méthode de bon sens et d'économie est alors d'adopter la solution qui a fait ses preuves.

Les *règles de droit positif* aussi circulent. Le phénomène, s'il n'est pas forcément visible en droit des contrats, dans lequel les changements de solutions s'opèrent davantage en combinant des concepts juridiques anciens d'une façon nouvelle, est très visible dans un domaine comme le droit de la famille, pourtant particulièrement ancré dans les mœurs nationales. En effet, comme le remarque Sacco, des règles similaires

⁷⁷ R. Sacco, «Non, oui, peut-être» dans *Mélanges Christian Mouly*, Paris, Litec, 1998, 77.

⁷⁸ Il s'agissait d'un manuel de droit français puisque le *Code civil* était alors en vigueur dans les États du Rhin, voir K.S. Zachariæ von Ligenenthal, *Handbuch des Französischen Civilrechts*, 4^e éd., Heidelberg, 1837.

se sont imposées à grande vitesse partout ou presque en Europe : l'égalité juridique des époux, de l'admission du divorce et, sous certaines conditions, de l'avortement, ou encore de la protection des enfants naturels et adultérins.

La *pensée juridique* elle-même se «globalise» avec le succès croissant de certains nouveaux outils d'analyse et d'appréciation du droit, au premier rang desquels se situe sans conteste l'analyse économique du droit, elle aussi originaire des États-Unis. Le succès de cette grille de lecture, qui prétend ramener le monde à une dimension unique et analyser n'importe quelle question juridique selon une logique binaire, invariable et mécanique, est évidemment révélateur de la place prise par l'économie dans nos sociétés contemporaines. Certains auteurs ont d'ailleurs vu dans l'«économisme», à notre sens très justement, la véritable idéologie des temps modernes. Nous y insistons, car il existe un lien indéniable entre l'analyse économique du droit et le projet d'Eurocode : tous deux envisagent le droit, consciemment ou non, comme un outil au service du marché.

Cette circulation, à l'époque contemporaine, doit incontestablement beaucoup à la *communication* qu'entretiennent les droits nationaux par le truchement des droits européens et, dans une moindre mesure, du droit international. Le droit supranational, puisant son inspiration, quoique de manière inégale, dans les différentes traditions juridiques, s'impose en retour à elles. Souvent, les deux systèmes se juxtaposent sans véritablement dialoguer, mais cette tension entre deux logiques pousse forcément au rapprochement, voire à l'alignement. Parfois, certes, c'est le droit supranational qui est réinterprété, pour ne pas dire réécrit, à la lumière des catégories nationales. Mais ce sont plus généralement les notions issues de ce droit supranational qui pénètrent la substance du droit national. Un exemple remarquable a été fourni par la récente réforme du droit allemand des obligations, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2002, dont l'inspiration évidente et reconnue a été la *Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises*⁷⁹, et à travers elle le droit américain⁸⁰.

b. Un nouveau jus commune à la croisée des traditions européennes ?

Devant ce phénomène d'interpénétration, à l'évidence indéniable, certains auteurs ont pu parler d'une «convergence progressive»⁸¹ qui mènerait à terme à la réunifica-

⁷⁹ 11 avril 1980, 19 I.L.M. 668 (entrée en vigueur : 1 janvier 1988).

⁸⁰ Voir la brève présentation de M. Schwab, «Das neue Schuldrecht im Überblick» (2002) 42 JuS 1.

⁸¹ B. Markesinis, dir., *The Gradual Convergence : Foreign Ideas, Foreign Influences, and English Law on the Eve of the 21st Century*, Oxford, Clarendon Press, 1994.

tion du continent sous la bannière d'un nouveau droit commun, à l'instar du *jus commune* médiéval.

L'idée sous-jacente en est que les sociétés européennes, comme toutes les sociétés occidentales postindustrielles, rencontreraient des problèmes juridiques identiques soulevés par des conditions socio-économiques de plus en plus similaires. Puisqu'elles partagent des valeurs communes et sont en interaction permanente, elles seraient condamnées à leur apporter les mêmes réponses. À l'appui de cette analyse, on convoque souvent l'influence croissante du droit américain, à travers des exemples aussi divers que la directive communautaire sur les produits défectueux ou le nombre de juristes européens achevant leurs études aux États-Unis : il y aurait donc convergence spontanée des ordres juridiques, y compris européens, vers le modèle américain.

Cette analyse nous semble des plus superficielles. La circulation des concepts, des règles ou des étudiants, aussi importante soit-elle en volume, ne touche jamais que la surface des choses. Le droit français ne s'est rapproché d'aucune manière perceptible du droit allemand pour lui avoir emprunté quelques notions, et l'engouement de la *Thémis* pour la patrie de Savigny a été des plus éphémères, comme l'est peut-être celui de notre époque pour les États-Unis. Quant à la communauté des valeurs, même limitée au droit des contrats, elle nous paraît fort incertaine. Certes, les similarités sont indéniables si l'on en reste aux grands et vagues principes (liberté contractuelle, consentement des parties), surtout si l'on compare les droits européens aux droits socialistes ou au droit chinois traditionnel. Mais dès lors que l'on veut bien entrer dans un minimum de détails, la situation se complique et l'existence d'une identité de valeurs devient des plus douteuses. La comparaison entre les conditions d'obtention de l'exécution en nature en droit français et de la *specific performance* en droit anglais est à cet égard exemplaire⁸².

Les familles juridiques européennes, jusqu'à preuve du contraire, ne convergent pas⁸³. Elles n'abritent pas, comme il a parfois été soutenu, un droit substantiellement identique masqué par une différence de méthodes. Mais ceci ne veut pas dire que la codification du droit des contrats soit impensable ; elle ne l'est que si l'on identifie ce

⁸² Voir G.H. Treitel, *Remedies for Breach of Contract : A Comparative Account*, Oxford, Clarendon Press, 1988.

⁸³ Peter Birks considère au contraire que la suppression du cours obligatoire de droit romain dans les facultés anglaises aura pour conséquence, si ce n'est déjà le cas, d'*éloigner* le droit anglais des droits d'Europe continentale, en rendant leur compréhension mutuelle encore plus difficile. Voir P. Birks, dir., *The Classification of Obligations*, Oxford, Clarendon Press, 1997 à la p. vii.

droit à un «*common core*»⁸⁴ des droits nationaux, à leur plus petit dénominateur commun, à la fois quant aux règles et aux méthodes. Ce n'est toutefois pas ainsi que les choses se passent, comme le montre l'exemple du droit communautaire. Que le droit communautaire soit à la croisée des traditions juridiques européennes, nul n'en doute : les familles gallo-romaniste et germanique y sont représentées depuis les origines, et elles ont été rejointes en 1973 par la *common law* et la famille des droits scandinaves. On sait aussi que le droit communautaire a été très marqué, notamment à ses origines, par le droit français ; que le droit allemand y a également laissé son empreinte ; enfin que la *common law*, poussée par le vent atlantique, y a fait une percée remarquable. L'important n'est pas ici de mesurer ces influences mais de noter qu'elles existent toutes. L'ensemble forme un *patchwork* d'un type particulier : certaines règles, certaines méthodes sont issues d'un système, d'autres d'un mélange ou d'un compromis entre plusieurs droits, d'autres enfin se révèlent proprement européennes, irréductibles à des origines nationales. Ainsi, compromis, empirisme et hasard ont-ils engendré un système nouveau. Il en irait de même d'un éventuel Eurocode. Le positivisme juridique nous dit qu'il est pensable puisqu'il suffirait de l'adopter pour qu'il devienne droit positif. Quand bien même relèverait-il — et il reste à prouver que ce soit inéluctable — d'un mélange d'impérialisme continental et de compromis boiteux exprimé dans un anglais de technocrate, il serait toujours le droit positif et il s'imposerait à nos ordres juridiques, comme le droit communautaire l'a fait, non sans heurts, depuis ses origines. Le problème n'est donc pas tant de savoir si un Eurocode est pensable que de savoir s'il est d'une quelconque manière désirable. La question est toute autre et le débat s'en trouve déplacé sur le terrain de l'opportunité.

II. La codification du droit privé des contrats en Europe est-elle souhaitable ?

Pourquoi, en effet, faudrait-il codifier le droit privé européen des contrats ? La tâche semble cyclopéenne et le profane se dit que de bien puissantes raisons doivent en sous-tendre la perspective pour qu'elle soit si sérieusement évoquée. Or, qui dit droit européen des contrats pense immédiatement «Principes Lando» et la réaction spontanée, pour qui veut en comprendre les motivations, est donc de se tourner vers les écrits de l'universitaire danois, car si quelqu'un doit pouvoir justifier l'entreprise, c'est bien lui, qui y travaille depuis vingt ans. Pourtant, la surprise est grande, et la déception tout autant, de constater l'indigence de son argumentation. Ainsi écrit-il dans un premier article : «There is no doubt that Europe needs a unification of the general principles of contract law and that a Uniform European Code of Obligations will en-

⁸⁴ Ce terme renvoie au projet de Bussani et Mattei, voir texte correspondant à la note 13.

hance trade and other relationships in the Union»⁸⁵. «Aucun doute» : sur les raisons de cette tranquille assurance, ou la nature de ces «autres relations», il ne nous sera pas permis d'en apprendre davantage. Un second article, pourtant intitulé «Pourquoi codifier le droit européen des contrats ?» ne nous apportera guère plus d'arguments : «The idea is that the more freely and abundantly [goods] can move across the frontiers, the wealthier and happier we will get. It should therefore be made easier to conclude contracts [...]»⁸⁶. Le reste est à l'avenant⁸⁷. En réalité, tout se passe comme si la chose allait de soi et n'avait quasiment pas besoin d'être justifiée.

Nous ne partageons pas ces prémisses et ambitionnons donc de nous attacher aux arguments qui peuvent justifier ou contester le principe d'une codification à l'échelle européenne du droit privé des contrats.

A. Examen des arguments de l'affirmative

Les arguments couramment avancés par la doctrine favorable ne sont pas exclusifs d'autres raisonnements.

1. Les arguments avancés par les partisans de l'entreprise

Schématiquement, les raisons invoquées se répartissent en deux catégories : les arguments de type économique et les arguments fondés sur l'insuffisance du droit européen actuel en la matière.

a. L'argument économique

Incontestablement, l'argument économique prédomine. L'idée en est que la diversité des droits nationaux à l'intérieur de l'Europe serait un frein au commerce entre les nations. Les consommateurs hésiteraient à acheter à l'étranger et les entreprises à vendre. Les acteurs économiques seraient généralement peu portés à étendre leurs perspectives à l'ensemble du marché commun, en raison de la crainte d'y introduire un élément d'extranéité qui engendrerait une incertitude quant à la loi applicable à son contenu et à son caractère potentiellement inamical. Dominer cette incertitude, en consultant un conseiller juridique par exemple, serait coûteux, donc générateur

⁸⁵ O. Lando, «Principles of European Contract Law : A First Step Towards a European Civil Code ?» (1997) 2 R.D.A.I. 189 à la p. 191.

⁸⁶ O. Lando, «Why Codify the European Law of Contract ?» (1997) 5 Revue européenne de droit privé 525 à la p. 526.

⁸⁷ Par exemple, O. Lando, *The Harmonization of European Contract Law through a Restatement of Principles*, Centre for the Advanced Study of European and Comparative Law, Oxford, 1997.

d'extranéités négatives et perturbatrices pour le marché, voire inaccessible pour les entreprises les moins prospères. En conséquence, les contrats transfrontaliers seraient moins nombreux qu'ils ne devraient l'être dans une perspective de maximisation des profits et d'allocation optimale des ressources à l'échelle du marché commun, ce qui causerait une perte sèche d'utilité pour la société et limiterait les effets bénéfiques du marché unique. Plus encore, ces coûts de transaction seraient à l'origine d'une distorsion de concurrence, dans la mesure où ils toucheraient uniquement les acteurs non résidents, les plaçant en situation d'infériorité structurelle par rapport aux résidents. La diversité des droits agirait donc concrètement comme une mesure d'effet équivalent à une restriction d'importation, crime majeur au regard du droit communautaire de la concurrence⁸⁸.

Cependant, l'argument, même drapé dans un sabir économique du plus bel effet, a peine à convaincre, et ce, pour au moins trois raisons. D'abord, il n'est pas sûr que le constat soit empiriquement vérifié. Ainsi, des études menées sur des consommateurs transfrontaliers ont montré que le facteur déterminant leur choix d'acheter dans un pays ou un autre était le prix du bien convoité et non le décalage possible entre les droits applicables à leur contrat⁸⁹. Quant aux entreprises, bien que davantage informées, elles sont infiniment plus concernées par d'autres facteurs juridiques (comme les conséquences fiscales de leurs conventions) ou extra-juridiques (comme le risque de change) au regard desquels les nuances du droit des contrats apparaissent comme négligeables. Ceci explique sans doute que le commerce intra-européen se porte assez bien. Il serait d'ailleurs cruel de rappeler que l'économie des États-Unis, qui connaissent cinquante-et-un systèmes juridiques différents, ne semble pas en souffrir outre-mesure⁹⁰.

Ensuite, à supposer même qu'il soit vérifié, encore faudrait-il démontrer que le remède proposé, à savoir l'unification des droits, n'engendrerait pas des coûts supérieurs aux gains induits. Pourtant, cette hypothèse ne semble même pas avoir été envisagée par les thuriféraires de l'unification.

⁸⁸ Encore que celui-ci ait oscillé entre une vision «absolutiste» et une vision plus «relativiste» et respectueuse des diversités nationales. Voir notamment, *Allemagne*, *supra* note 5.

⁸⁹ Le non-juriste d'ailleurs n'a, le plus souvent, pas conscience qu'il puisse exister de telles différences. Voir C. Jamin, «Un droit européen des contrats ?» dans Vareilles-Sommières, *supra* note 16 à la p. 40.

⁹⁰ Il est vrai que la plurijuridicité des États-Unis n'est pas de même nature que celle de l'Europe. Les cinquante-et-un droits qui la composent sont tous des droits de la *common law* relativement similaires et ils partagent tous la même langue. Ce dernier point est à notre sens le plus important, mais le multilinguisme faisant partie du patrimoine de l'Europe, il ne semble ni possible ni souhaitable de s'en affranchir.

Enfin, l'argument économique prouve trop ou trop peu, car s'il était exact, on voit mal pourquoi s'arrêter en si bon chemin et ne pas travailler à l'unification des droits à l'échelle du monde, les coûts de transaction ne connaissant pas de frontière. On pourrait encore admettre la dimension européenne si elle était présentée comme un moindre mal, un prélude réaliste à la mondialisation ; mais la chose n'est jamais présentée ainsi, et on sait que l'Union européenne se prétend fondée sur une unité de civilisation et non sur une convergence d'intérêts mercantiles bien compris. Pourtant, les coûts de transaction n'ont que peu à voir avec la communauté de destin.

b. L'argument «européiste»

L'autre argument fréquemment avancé, et que nous qualifions d'«européiste», consiste dans le syllogisme suivant : il existe déjà, de manière éparpillée, un droit européen des contrats, or il ne donne pas satisfaction, donc il faut le généraliser.

Il existe un droit «européen»⁹¹ relatif aux contrats. Il est indéniable en effet que nombreuses sont les dispositions du droit communautaire dérivé qui concernent le droit des contrats et font déjà partie intégrante, par leur nature même, des droits français, anglais ou allemand⁹².

Ce droit ne donne pas satisfaction. En effet, ces dispositions ne forment aucun ensemble cohérent, seulement une suite de dispositions éparses, parfois même contradictoires, rédigées en des termes souvent étrangers aux traditions juridiques nationales et dont l'articulation avec celles-ci est des plus délicates. On sait ainsi, pour prendre un exemple en marge du droit des contrats mais tout de même exemplaire, que la directive du 25 juillet 1985, qui ambitionnait d'unifier — c'est-à-dire en l'occurrence d'américaniser — les droits relatifs à la responsabilité du fait des produits défectueux, n'a en fait abouti qu'à compliquer encore un peu la situation⁹³. En effet, certains États ont conservé leur droit commun en la matière (souvent déjà influencé par le texte communautaire), tandis qu'une étude approfondie⁹⁴ révèle que les transcriptions dans les droits nationaux laissent subsister des différences considérables d'un pays à

⁹¹ C'est-à-dire communautaire.

⁹² Par exemple, la directive sur les clauses abusives dans les contrats de consommation, celle relative au statut des agents commerciaux, ou encore les règlements régissant les réseaux de distribution.

⁹³ CEE, *Directive 85/374/CEE, du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux*, [1985] J.O. L. 210/29.

⁹⁴ Nous nous référons aux conclusions de la conférence de Louvain-la-Neuve des 23 et 24 mars 1995, voir M. Goyens, dir., *La Directive 85/374/CEE relative à la responsabilité du fait des produits : dix ans après*, Louvain-la-Neuve, Centre de droit de la consommation, 1996 à la p. 237 et s.

l'autre. Et si l'objectif n'est pas atteint, les droits nationaux sont tout de même durablement perturbés par le texte, qui ignore les catégories familières à certains d'entre eux et qui soulève, le cas échéant, une difficile cohabitation entre ancien et nouveau système, à travers notamment la question de la possibilité d'une option entre les deux régimes⁹⁵.

Il faudrait donc, conclut l'argument «européiste» aller plus loin et remplacer la greffe partielle par une greffe totale, qui permettrait de surmonter ces difficultés. Cicéron pour sa part, qui était un homme de bon sens, notait : «C'est le propre de tout homme de se tromper, mais c'est le propre du seul fou de persévérer dans l'erreur»⁹⁶.

2. Les arguments tus

Certains arguments, quoique jamais soulevés à notre connaissance à l'appui de l'entreprise de codification, nous semblent également dignes de considération.

a. L'apologétique de l'unité

Nous avons remarqué que pour nombre d'auteurs, dont Ole Lando, le projet de codifier le droit des contrats en Europe semblait à peine avoir besoin d'être justifié. Or ce silence, à l'évidence, est éloquent, en ce qu'il postule que — à l'échelle de l'Europe tout du moins — l'unité serait un bien en soi et la diversité un mal dont il faudrait se débarrasser : un anachronisme qu'il faudrait surmonter. Nous baptisons l'argument «apologétique de l'unité» car il fait étrangement penser au cri biblique — *ut unum sint*, pour qu'ils soient un⁹⁷. Dans cette optique, la différence apparaît comme une frontière, la frontière comme une fermeture et la fermeture comme l'annonciatrice de la mort⁹⁸. À travers l'unification de son droit, l'Europe chercherait en réalité à se réconcilier avec elle-même, avec une sorte d'unité primitive qui aurait

⁹⁵ Par exemple, la distinction entre responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle en France.

⁹⁶ M.T. Cicéron, *Philippiques*, Poitiers, J. & E. de Marnef, 1549. Cette phrase est à l'origine du dicton moyennâgeux bien connu.

⁹⁷ Il est possible, toutefois, que cette attitude d'esprit ait de moins nobles motivations. La tendance pathologique de certains responsables politiques, notamment, à vouloir «européaniser» tout problème avant même d'y avoir réfléchi ressemble à une attitude de fuite devant ses responsabilités qui rappelle irrésistiblement le mot cruel du général de Gaulle.

⁹⁸ Le discours médiatique, dont il serait vain de croire qu'il n'influence pas les juristes autant que les autres, est à cet égard exemplaire. Dès qu'un pays européen entend faire différemment de ses voisins, on dénonce son «isolement» et son «repli sur soi». Curieusement, lorsqu'il s'agit des États-Unis, on parle alors de l'«unilatéralisme de la superpuissance américaine».

été la sienne et que les violences de l'histoire l'auraient empêchée de maintenir. Tout à fait typique à cet égard est la référence rituelle au *jus commune*, présenté comme une sorte de paradis perdu, une époque bénie où un droit unique aurait régi l'Europe, avant que ne s'ouvre l'ère des «nationalismes juridiques», prélude aux temps de malheur⁹⁹.

Loin de nous l'idée de mépriser l'argument. Le droit n'est qu'un instrument des sociétés humaines et du projet politique qu'elles se donnent pour peser sur leur destin. Il nous semble pourtant reposer sur un double contresens.

La référence au *jus commune*, tout d'abord, est malencontreuse — tout du moins lorsque celui-ci est présenté comme un modèle — et relève, au mieux de l'ignorance, au pire de l'instrumentalisation volontaire. Car ce «droit commun», à supposer qu'il ait réellement existé, n'a jamais été *commune* : l'Angleterre lui est toujours restée *terra incognita*, ce qui explique d'ailleurs qu'elle relève de sa propre tradition juridique. Surtout, il n'était pas un *jus* au sens où l'on entend aujourd'hui le mot droit, puisqu'il relevait du droit savant et non du droit positif. Il n'a jamais existé en Europe un système unifié de normes, même tacitement entendues, qui aurait été brisé par l'émergence des nations modernes. Tout au contraire, les grandes codifications qui se sont succédées à partir du XVIII^e siècle ont mis de l'ordre dans le chaos juridique qui régnait alors¹⁰⁰. Ce qui est vrai en revanche — et le paradoxe ne laisse pas de surprendre — c'est qu'à l'époque où les souverains se faisaient la guerre pour un mot malheureux, il existait un véritable espace de dialogue européen, un échange permanent et massif d'idées, auquel les juristes prenaient part, entre les intellectuels du continent¹⁰¹ ; tandis qu'aujourd'hui où nos gouvernants n'ont que le mot «Europe» à la bouche, le cloisonnement de la pensée et l'ignorance du voisin n'ont sans doute jamais été aussi grands. En tous les cas, prétendre que le droit communautaire dérivé ressusciterait le droit commun de l'Europe relève de l'escroquerie intellectuelle.

Qui plus est, l'argument nous semble mépriser la réalité historique qui nous apprend que l'Europe a toujours été plurielle. Romaine et barbare, chrétienne et musulmane, terrienne et maritime, catholique et réformée, occidentale et orientale, l'Europe

⁹⁹ Si l'on assimile le *jus commune* à la période allant du XIII^e au XVIII^e siècle, il faut d'ailleurs une certaine audace — ou naïveté — pour la présenter comme la Belle Époque de nos mondes contemporains. Par ailleurs, on peut noter que le terme apparaît le plus souvent sous sa graphie allemande «*ius*», ce qui en dit long sur la généalogie de notre débat.

¹⁰⁰ Voir la mordante allusion de Voltaire mise en exergue, *supra* note 1 et texte correspondant.

¹⁰¹ Grâce notamment à l'emploi d'une langue commune (le latin puis le français). Il importe de mesurer les conséquences capitales de la disparition d'une *lingua franca* dans la situation actuelle du continent et surtout dans ses perspectives d'évolution. Il va de soi que nous ne considérons pas comme une langue le sabir angloïde qui permet à l'heure actuelle à nombre de ses habitants d'exprimer quelques idées de base.

a toujours été une mosaïque, et c'est de cette diversité qu'elle tire son génie. Si elle possède sans doute une unité profonde de civilisation, ce n'est pas dans le droit des contrats que celle-ci a eu l'occasion de se déployer.

b. La nécessité de la réforme

Enfin, un dernier argument se présente à nous : l'idée que les différents droits nationaux auraient grand besoin d'être réformés et que la codification européenne serait une occasion inespérée, et unique, d'y procéder.

Que le droit des contrats soit en crise, voilà qui est difficile de contester. Quelques exemples issus du droit français nous en convaincront, même s'il n'est bien sûr pas le seul concerné. Le droit des contrats, tout d'abord, n'est plus codifié à l'heure actuelle. Les lois et les autres normes régissant la matière, et demeurées extérieures au *Code civil*, se sont tellement multipliées que le titre III du livre III apparaît parfois comme un glorieux vestige. Cette situation mine le principe de la codification, et donc le prestige et l'autorité du Code. Ensuite, un certain nombre de règles édictées par le Code sont unanimement critiquées ; par exemple, le refus sans nuance de la révision pour imprévision. La pratique judiciaire a par ailleurs volontairement déformé, dans un calcul d'opportunité, le sens de certains articles jusqu'à leur faire dire le contraire de ce qu'ils entendaient signifier. Certes, cette violence faite à la loi a souvent pu se prévaloir, avec le bénéfice du doute, du masque commode de l'interprétation, mais le fait est certain. La manière dont la jurisprudence a finalement réussi à unifier les articles 900 et 1172 C. civ.¹⁰², qui posent pourtant, conformément au vœu du législateur post-révolutionnaire, des solutions clairement opposées, est à cet égard éloquente¹⁰³.

Enfin, le style du *Code civil*, autrefois vanté par Stendhal et qu'il est toujours de bon ton chez les juristes du monde entier d'admirer, recouvre une langue devenue aujourd'hui compassée, archaïque et peu familière, voire purement incompréhensible aux juristes contemporains¹⁰⁴. Nous ne proposons certes pas de le remplacer par la logorrhée législative en vogue actuellement, mais au moins conviendrait-il de ne pas oublier tout à fait le vœu de Napoléon, pour qui la loi devait être accessible et compréhensible par tous.

¹⁰² Ces articles sont relatifs aux conditions illicites dans les actes à titre gratuit et onéreux respectivement.

¹⁰³ Sur ce point, voir aussi S. Guinchard, «Le droit a-t-il encore un avenir à la Cour de cassation ? (Qui cassera les arrêts de la Cour de cassation ?)» dans *L'avenir du droit : mélanges en hommage à François Terré*, supra note 53 à la p. 759.

¹⁰⁴ Sans parler du contenu complètement daté et dépassé de certaines dispositions. Voir par exemple l'art. 524 C. civ. avec ses «ruches à miel» et ses «lapins de garenne».

On répondra peut-être à ces remarques que le *Code civil*, conçu dans une société impériale, rurale, catholique et préindustrielle, a au contraire remarquablement su évoluer et s'adapter aux bouleversements successifs, qu'ils soient de nature politique, économique ou sociale. N'a-t-il pas traversé, malgré une lourde connotation politique, deux empires, deux monarchies, quatre républiques et quelques autres régimes, ce dont peu d'institutions peuvent après tout se prévaloir en France ? Mais cette évolution ne s'est faite, nous semble-t-il, qu'au prix d'un travestissement progressif de la lettre et de l'esprit du Code. Le cas de l'article 1134 al. 3 est à cet égard exemplaire¹⁰⁵. Il nous apparaît donc que le *Code civil* est aujourd'hui un texte inadapté.

Par ailleurs, et dans un registre fort différent, on signalera le bénéfique que pourrait représenter l'adoption d'un Eurocode pour les pays d'Europe centrale et orientale. Dans ces États, la volonté des régimes communistes de faire table rase du passé a brisé le fil de l'évolution historique du droit, et les juristes de chacun de ces États ont été obligés d'introduire un droit civil de transition¹⁰⁶. Le résultat n'est généralement pas considéré comme satisfaisant, ce qui n'est guère étonnant vu l'ampleur de la tâche, la multiplicité des obstacles et la modestie des moyens. Pour ces pays arrachés à leur tradition juridique propre, un instrument européen de qualité pourrait certainement être porteur de progrès remarquables.

L'argument demeure toutefois insatisfaisant car il réduit la dimension européenne à un prétexte et oublie que ce droit nouveau nécessairement issu d'un compromis entre grands systèmes juridiques ne procédera pas à une réforme, mais à un anéantissement-refondation du droit existant. D'autre part, il ne vaudrait que si le droit nouveau était jugé supérieur, donc préférable, au droit ancien — ce qui reste à démontrer. Enfin, il fait peu de cas de ces droits nationaux européens qui ont déjà accompli de grandes réformes ; le meilleur exemple en est les Pays-Bas qui viennent de se doter d'un nouveau *Burgerlijk Wetboek*, fruit d'un demi-siècle de travail et objet de l'admiration de nombreux juristes de par le monde.

¹⁰⁵ On rappellera que dans l'esprit du législateur de 1804, exécuter ses obligations de bonne foi signifiait toutes les exécuter, sans chercher à se défaire de celles que l'on préférerait ne plus avoir à remplir pour une raison quelconque.

¹⁰⁶ Ce droit de transition est fait d'un mélange incertain d'ancien droit, de droit socialiste, d'influences des codes européens de l'Ouest (notamment néerlandais et suisse), voire de droit anglo-américain. Dans certains pays, il se présente lui-même comme un droit de transition, ce qui est tout à fait remarquable au regard de la théorie du droit. Dans d'autres, cette dimension n'est pas assumée. Pour l'exemple russe, voir notamment W.E. Butler, *Russian Law*, Oxford, Oxford University Press, 1999.

B. Examen des arguments de la négative

Certains de ces arguments relèvent d'un jugement sur la faisabilité de l'entreprise ou d'une critique de son unilatéralisme. Ils ne seront pas étudiés dans cette section, où nous nous intéresserons uniquement aux appréciations sur l'opportunité d'une codification du droit privé des contrats en Europe. À cet égard, les critiques apportées sont principalement de deux ordres : l'inutilité et le coût d'une unification du droit.

1. L'inutilité de l'unification

L'idée sous-jacente est que la diversité des droits résultant de la coexistence d'États souverains a vocation à être pacifiée par le droit international privé et non par le droit privé international dont relèverait un Eurocode. Elle se décompose en deux temps.

a. Un raisonnement en terme de droit international privé

Un droit européen unifié des contrats est-il nécessaire ? L'essentiel n'est-il pas que chaque contrat trouve un droit, et un seul, pour le régir¹⁰⁷ ? La solution en terme de conflit de lois et de juridictions n'est-elle pas à la fois nécessaire et suffisante ?

De fait, le commerce transfrontalier s'est développé en Europe depuis fort longtemps, au moyen de contrats régis par les droits allemand, italien, néerlandais ou espagnol, sans que cette situation n'ait engendré de conflits insolubles, ni apparemment préjudiciable à son développement. L'argument, soutenu par la pratique, est d'une grande force. Toutefois, cela n'est pas à dire que la solution du droit international privé soit exempte de toute faille. En effet, au niveau européen, les États se divisent en deux groupes : les signataires de la *Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles*¹⁰⁸ et les non signataires. Deux cas peuvent être tirés de cette division. Première hypothèse, le contrat comprend un élément le rattachant à un État non signataire. Dans ce cas, un problème traditionnel de droit international privé risque de se poser, à savoir la contrariété entre les règles de conflit. Les parties sont alors susceptibles de se voir appliquer une loi contraire à leurs prévisions, ou d'être pareillement attirées devant les tribunaux d'un autre État. D'autre part, deux juridictions risquent de se déclarer compétentes pour connaître d'un litige. Dans les deux cas, la situation est insatisfaisante.

¹⁰⁷ La cohabitation de plusieurs droits est possible dès lors qu'ils sont d'accord sur la répartition de leurs compétences respectives.

¹⁰⁸ 80/934/CEE, 19 juin 1980, [1980] J.O. L. 266/1 [ci-après *Convention de Rome*].

Seconde hypothèse, le contrat est rattaché en tous ses éléments à des États signataires de la *Convention de Rome*. Même dans ce cas, toutes les difficultés ne seront pas aplanies. D'une part, l'autonomie des parties dans leur choix du droit applicable ne saurait empêcher tout État concerné de faire application, le cas échéant, de ses lois de police ; d'autre part, dès lors que les parties n'ont pas explicitement élu une loi, chaque tribunal saisi doit déterminer laquelle est selon lui applicable, et ce au terme d'un raisonnement qui laisse une large place à l'appréciation des faits et donc de la marge pour des jugements contradictoires.

Ainsi la solution du droit international privé n'est-elle pas dépourvue d'ambiguïtés et d'incertitudes. Elle ne saurait constituer une panacée, d'autant que la connaissance de l'identité de la loi applicable à un contrat ne remplace pas la connaissance du contenu de cette loi, surtout lorsque celle-ci est étrangère.

b. *Critique de la solution du droit privé international*

L'argument comporte, en conséquence, un second volet en forme de critique des solutions de droit privé international. L'idée en est que cette possibilité a déjà été explorée et qu'elle n'a pas donné satisfaction. Cet argument doit à notre sens être écouté avec attention, car il est riche d'enseignements pour le projet d'Eurocode, soit qu'il invite à ne plus commettre certaines erreurs, soit qu'il tende à en prouver le caractère irrémédiable.

Incontestablement, le texte de droit privé international (non électif) le plus important en matière de droit des contrats est la *Convention des Nations-Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*¹⁰⁹. À première vue, le fait qu'un texte de droit substantiel ait pu être accepté aussi bien par les États-Unis que par la France, l'Allemagne et la République populaire de Chine devrait rendre optimiste quant à la possibilité de rédiger des textes acceptables par les traditions de *common law*¹¹⁰ et des droits romanistes, et même au-delà. Cependant, dès lors qu'on y regarde d'un peu plus près, le scepticisme grandit sur le modèle que pourrait constituer cette convention pour notre Eurocode. En effet, comme l'explique Michael Bonell, son adoption n'a été possible qu'en laissant en dehors de son champ d'application les nombreux points sur lesquels aucun accord n'était possible, et en entourant du plus grand flou les autres dispositions. Bien plus, sur un certain nombre de questions, le

¹⁰⁹ 11 avril 1980, R.T. Can. 1992 n° 2, 19 I.L.M. 671.

¹¹⁰ On notera cependant que le Royaume-Uni n'est pas signataire de la Convention et ne semble pas disposé à s'y rallier. De plus, les systèmes juridiques anglais et américain sont trop différents pour que la preuve par l'un vaille preuve par l'autre.

texte renvoie explicitement aux solutions des droits nationaux¹¹¹ ; quant au style, il mêle si allègrement les concepts des deux traditions juridiques occidentales qu'on se demande si le fait ressortit à une volonté délibérée de préparer un assemblage dans lequel chacun puisse se reconnaître, ou si un accord final n'a été possible qu'au prix de copier-coller incertains entre une version civiliste et une version de la *common law*¹¹².

2. Les coûts de l'unification

L'unification des droits des contrats engendrerait des coûts, non seulement économiques, mais en termes de science du droit et d'identité des nations.

a. *Identité et cohérence*

L'idée selon laquelle le nouveau droit serait un coup violent porté à l'identité juridique des États concernés, et par là même à leur identité nationale, est tellement flagrante qu'il est tentant de ne pas s'y attarder. Cependant, elle ne doit surtout pas être sous-estimée. Même s'il n'en a pas une conscience spontanée, un peuple est fondamentalement attaché à son droit. Le doyen Carbonnier disait à juste titre que le *Code civil* était «la véritable constitution» de la France¹¹³. Indissociable du Nouveau régime et de sa volonté de rompre avec le système monarchique, il est aussi emblématique de la grandeur de la France d'alors et de la volonté de puissance de son empereur. En ce sens, il est sans doute possible de dire qu'il est un élément fondateur de l'identité française et du vouloir-vivre qui anime notre pays depuis la Révolution. Pareillement, le BGB est l'un des premiers symboles de l'unité retrouvée de la nation allemande ; le pouvoir des juges anglais de dire le droit apparaît au *civis britannicus*, pour des raisons historiques, comme la meilleure protection contre l'arbitraire venu d'en-haut : bien plus qu'une technique juridique, il est l'emblème des valeurs d'un peuple et de sa passion pour la liberté. Certainement, le bouleversement serait le plus grand pour l'Angleterre et l'Irlande, qui perdraient là un nouveau bastion de la *common law* au profit d'un *statute law* à la mode du *continent*, mais nous pensons que l'événement serait également traumatisant pour l'identité collective des nations romanistes. Quant à affirmer que l'Eurocode pourrait jouer de la même manière un rôle de mythe fon-

¹¹¹ Par exemple, sur la détermination du prix, la définition de la bonne foi, ou la possibilité d'obtenir l'exécution en nature de la prestation promise.

¹¹² Voir M. Bonell, «Is It Feasible to Codify European Contract Law ?», *Working paper* de l'Université de Bolzano, mai 1999, en ligne : <<http://www.unibz.it>> (date d'accès : 1 novembre 2002).

¹¹³ J. Carbonnier, «Le code civil» dans P. Nora, dir., *Les lieux de mémoire*, t. 2, Paris, Gallimard, 1986, 293 à la p. 309.

dateur de l'Europe, nous en doutons, car si une nation peut s'incarner, elle ne peut guère se décréter.

Nous ne prétendons pas que tout monument historique serait voué à être sacré et immuable, tabou au sens propre, mais seulement qu'il faut une bonne raison pour faire passer des siècles d'histoire à la trappe. Ugo Mattei, qui voit dans les résistances au projet d'Eurocode le signe de blocages psychologiques affectant des nations arc-boutées sur leur splendeur passée, sur la peur de l'autre, la peur du déclin culturel et de la perte de l'hégémonie, s'en moque habilement. Les Français, explique-t-il, redoutent de se faire américaniser par des textes d'inspiration étrangère ; mais en même temps l'Angleterre se voit comme le Québec de l'Europe romaniste et craint elle aussi de se faire phagocyter. Il en tire la conclusion que tout le monde fantasme sur des peurs infondées¹¹⁴. En réalité, là n'est pas le problème. La question n'est pas de savoir qui va gagner le «match» improbable entre la *common law* et le droit civil, mais de savoir s'il y a quoi que ce soit à gagner à prétendre les mélanger. Notre réponse est clairement non.

Pour nous en convaincre, nous prendrons l'exemple de la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*¹¹⁵. Certes, celle-ci n'a pas grand-chose à voir avec le droit des contrats, mais elle a ceci de commun avec l'Eurocode présumptif d'être un texte issu du croisement des deux traditions juridiques européennes, de produire des effets de droit dans le patrimoine des particuliers, de ne pas être d'application facultative et d'être garantie par une juridiction suprétatique. Cette Convention a été principalement rédigée par des juristes anglais et français ; la France et l'Angleterre ayant, au cours de l'histoire, chacune fait beaucoup pour le développement des droits fondamentaux, on aurait pu s'attendre à ce que la Convention soit un instrument d'une rare qualité. Pourtant, force est de constater avec le recul que le texte, tel qu'il est interprété par la Cour de Strasbourg, a surtout eu pour effet de maltraiter les différents systèmes juridiques, à commencer par ceux qui l'ont le plus inspiré.

En France, la *Convention européenne des droits de l'homme* nous a valu encore très récemment l'introduction dans notre droit positif de concepts tels que le droit au

¹¹⁴ U. Mattei, «The Issue of European Civil Codification and Legal Scholarship : Biases, Strategies and Developments» dans A. Gambaro et A.M. Rabello, dir., *Towards a New European Ius Commune : Essays on European, Italian and Israeli Law*, Jérusalem, The Henry and Michael Sacher Institute for Legislative Research and Comparative Law, 1999, 149 ; U. Mattei, «A Transaction Costs Approach to the European Code» dans A. Hartkamp *et al.*, dir., *Towards a European Civil Code*, 2^e éd., La Haye, Kluwer, 1998.

¹¹⁵ 4 novembre 1950, 213 R.T.N.U. 221, S.T.E. 5 [ci-après *Convention européenne de droits de l'homme* ou la Convention].

silence (*right to silence*) et la garantie contre sa propre mise en cause (*protection against self-incrimination*), notions complètement inconnues jusqu'alors et qui constituent, nous semble-t-il, des contresens majeurs¹¹⁶. Remontant à la procédure pénale anglaise du moyen âge et à la crainte de la torture, ces notions sont critiquées en Angleterre même pour leur anachronisme¹¹⁷. À plus forte raison n'ont-elles aucune place dans une procédure pénale de type inquisitoire. Par ailleurs, la Convention condamne la pratique de la convocation de l'Assemblée plénière sur renvoi après un arrêt de «rébellion», pratique prévue de longue date par notre droit mais qui répugne ces messieurs de Strasbourg, pour qui le juge ayant eu à connaître, de près ou de loin, d'une affaire ne doit plus jamais pouvoir en être saisi à nouveau¹¹⁸. Peu importe que cette disposition n'ait de sens que dans un système accusatoire, la Convention s'impose à nous. Bien sûr il ne s'agit pas d'incriminer la *common law* en tant que telle. L'Angleterre, où la Convention vient d'acquérir force de loi dans l'ordre interne¹¹⁹, va certainement en souffrir du point de vue de la cohérence de son ordre juridique¹²⁰ — avec comme première probable victime les *equitable remedies*, pourtant l'une des inventions les plus originales et les plus efficaces du droit anglais.

Cela n'est pas à dire que le mélange des droits, au lieu de tirer de chacun le meilleur de ce qu'il peut apporter, en extrairait le pire, mais qu'il produit inévitablement une perte de cohérence génératrice de bâtards monstrueux : on ne mélange pas deux systèmes, fussent-ils géniaux, et peut-être même surtout s'ils le sont¹²¹.

¹¹⁶ Voir *Loi 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes*, J.O., 16 juin 2000, 9038.

¹¹⁷ Sur le débat doctrinal récent et les évolutions législatives en Angleterre, voir M. Zander, «Abolition of the Right to Silence, 1972-1994» dans D. Morgan et G. Stephenson, dir., *Suspicion and Silence : The Right to Silence in Criminal Investigations*, Londres, Blackstone, 1994, 141.

¹¹⁸ L'Assemblée plénière comprend des juges de la chambre ayant été une première fois saisie — autrement elle ne serait pas plénière.

¹¹⁹ Grâce au *Human Rights Act 1998* (R.-U.), 1998, c. 42 (entrée en vigueur : 1 octobre 2000).

¹²⁰ Le précédent écossais, où l'entrée en vigueur (interne) de la Convention s'est faite avec deux années d'avance, n'est pas des plus encourageants, la pratique traditionnelle de la nomination de juges *ad hoc* pour un ou un petit nombre de procès ayant été jugée contraire aux exigences d'impartialité de l'article 6. Sur l'immixtion de la Convention européenne dans le droit anglais avant l'entrée en vigueur de l'*Human Rights Act*, on pourra notamment se reporter aux affaires suivantes devant la Cour européenne des Droits de l'Homme : *Tolstoy Miloslavsky c. Royaume-Uni* (1995), 316B (Sér. A) Cour Eur. D.H. 41, 20 E.H.R.R. 442 ; *Osman c. Royaume-Uni* (1998), 95 Cour Eur. D.H. 3124 ; *Z et autres c. Royaume-Uni* (2001), Requête N°. 29392/95, en ligne : CEDH <<http://www.echr.coe.int>> (date d'accès : 1 novembre 2002).

¹²¹ Si cet exemple n'a pas convaincu le lecteur, qu'il considère celui-ci. Les deux plus grands codes européens au tournant du XIX^e siècle étaient incontestablement l'*Allgemeines Landrecht* prussien et le

b. Économie

Nous avons vu que la logique économique, celle des coûts de transaction et des distorsions de concurrence, sous-tendait le projet d'Eurocode. Or, paradoxalement, il se pourrait que même sur ce terrain, relevant au demeurant d'une idéologie assez pauvre, la diversité se montre plus performante que l'uniformité.

Outre le fait qu'un droit incohérent se révèle par lui-même coûteux en termes de rustines à lui apporter, une des dimensions mises en évidence par la mondialisation en cours de l'économie est celle de la *concurrence des droits*¹²². L'internationalisation croissante des flux économiques, en ce qu'elle détache progressivement les parties de leur pays et de leur droit d'origine, qui n'apparaissent plus comme une donnée, favorise l'émergence d'un véritable «marché du droit» à l'échelle du monde. Les plus puissants acteurs économiques sont tentés de mettre en concurrence les systèmes juridiques et d'élire, autant qu'il leur est permis, celui qui répond le mieux à leurs besoins. Or les droits, pas plus que les entreprises, n'aiment perdre des parts de marché : ils sont donc incités à réagir et, guidés par l'aiguillon de la concurrence, à adopter des solutions plus performantes. Ces dernières sont d'ailleurs souvent inspirées par un exemple étranger. Si les droits européens étaient unifiés, quelle source d'inspiration leur resterait-il, si ce n'est les États-Unis¹²³ ?

D'autre part, il ne faudrait pas oublier les coûts de transition. Certes, il s'agirait là de coûts non récurrents, mais selon toute vraisemblance, ils seraient immenses : le coût de la formation des étudiants, des juges et de tous les professionnels du droit, le coût d'information du public, du temps d'adaptation pour les entreprises, etc. De plus, l'incertitude sur le droit applicable sera extrêmement grande pendant les premiers temps, soit qu'il y ait un doute objectif du fait d'une imprécision de l'ordre juridique nouveau¹²⁴, soit que les acteurs économiques n'aient pas été correctement renseignés.

Code civil français. Le premier, avec ses 17000 articles et son style aride et méthodique, incarne l'esprit planificateur allemand. Le second, avec ses 2000 articles à peine et sa langue élégante (et dramatiquement ambiguë!), illustre le génie français, du raccourci notamment. Peut-on sérieusement imaginer un seul instant obtenir le meilleur de l'Europe en fusionnant les deux dans un «*preußisch-französisches Code civil*» de 9500 articles et rédigé dans une langue «administrativo-littéraire» ?

¹²² Sur ce point, voir notamment A. Ogus, «Competition between National Legal Systems : A Contribution of Economic Analysis to Comparative Law» (1999) 48 I.C.L.Q. 405.

¹²³ Où l'on retrouve l'idée, paradoxale mais passionnante, que face à l'«ennemi», l'union ne fait pas nécessairement la force.

¹²⁴ Deux siècles de jurisprudence de la Cour de cassation n'ont pas résolu toutes les incertitudes relatives au Code de 1804, ce qui est révélateur de l'ampleur de la tâche qui sera à refaire (sans compter la dimension européenne de la nouvelle jurisprudence, dont le caractère hautement problématique sera examiné plus loin).

Des erreurs seront commises, des litiges s'ensuivront, encombrant encore un peu plus l'appareil judiciaire.

Certes, l'argument n'est pas définitif car il condamnerait par principe tout changement, alors que la question pertinente est de savoir si ce changement serait positif. Mais plus le coût d'une opération est élevé, plus forts doivent être les arguments qui la motivent. Le moins que l'on puisse dire, au terme de cette partie, est que l'opportunité de l'Eurocode ne nous apparaît pas — et c'est un euphémisme — évidente. Toutefois, il y a dans l'appréciation que l'on peut porter une grande part de subjectivité, car chacun hiérarchise les pour et les contre en fonction de ses valeurs, de ses *a priori* et de considérations extérieures au droit. Nous concevons donc parfaitement que d'autres puissent apporter une réponse positive, fondée notamment sur des considérations de politique générale, voire de relations internationales¹²⁵, à la question de l'opportunité de la codification. Par suite, conformément au programme que nous nous sommes fixé, il nous faut poursuivre notre étude dans sa troisième dimension.

III. La codification du droit privé des contrats en Europe est-elle réalisable ?

De la trilogie qui nous a servi de colonne vertébrale, reste donc la troisième question : si l'on admet qu'il soit souhaitable de doter l'Europe d'un instrument unique régissant le droit privé des contrats afin que celui-ci soit le même en tout point du continent, cette ambition est-elle réalisable ? Cette interrogation, à son tour, en suscite plusieurs¹²⁶ : est-il possible de trouver des principes communs applicables à tous les ordres juridiques ? Y a-t-il un organe qui soit habilité à leur donner force de loi, et si oui lequel ? Ces principes, à les supposer édictés, formeront-ils un système cohérent applicable tel quel ? Les tribunaux des États concernés pourront-ils appliquer les nouvelles règles de manière uniforme ? Les différences juridiques passées, et celles subsistant, vont-elles entraver la quête d'uniformité ? Le problème qui nous intéresse ici est chronologiquement double : la possibilité de parvenir à une unité des règles en vigueur, tout d'abord, celle d'aboutir à un droit identique, ensuite.

¹²⁵ Nous n'avons pas examiné ces considérations comme arguments autonomes, tant elles sont vagues et extérieures au domaine du droit, mais elles existent. Pour prendre un parallèle, on peut penser que l'euro est un non-sens économique du fait que l'«Euroland» n'est pas une zone monétaire optimale au sens de Mundell, mais y être tout de même favorable parce que l'on croit qu'il aura pour effet d'ancrer la puissance allemande à l'Ouest. Les arguments ne sont pas du même ordre, et ne se pèsent pas l'un contre l'autre.

¹²⁶ Nous laisserons de côté des questions telles que la volonté des États de s'engager, le problème des susceptibilités nationales, etc., qui ne relèvent pas du droit et sur lesquelles il est possible de spéculer à l'infini. Nous nous concentrerons plutôt ici sur la technique juridique.

A. L'unité des règles

Pour qu'un Code européen des contrats puisse voir le jour, il faudra qu'un «législateur»¹²⁷ adopte un ensemble de règles partagées, donc partageables, par tous les États concernés.

1. Le législateur

Il paraît acquis que l'Eurocode ne pourrait prendre la forme que d'un texte de droit international¹²⁸ s'imposant aux ordres juridiques internes. Un tel texte devra être adopté et éventuellement modifié par la suite.

a. Le législateur initial

Généralement, la question de savoir quelle pourrait être la source de l'Eurocode est réduite à une autre : l'Union européenne a-t-elle compétence pour légiférer en matière de droit des contrats ? La perspective est logique de la part d'auteurs qui identifient «européen» et «communautaire», et même si elle n'épuise pas le problème, elle mérite l'attention.

Les spécialistes de droit communautaire répondent par la négative¹²⁹ après avoir envisagé, et successivement repoussé, toutes les bases juridiques possibles. Les articles 94 et 95 du Traité de Rome¹³⁰ seraient les plus appropriés en l'espèce, car ils permettent un rapprochement des législations des États membres dans le domaine de «l'établissement et [du] fonctionnement du marché intérieur». L'unification du droit des contrats en fait-elle partie ? Tout dépend de l'interprétation que l'on donne du «marché intérieur». On a soutenu que ces articles donnaient une compétence quasi-illimitée à la Communauté européenne ; de fait, il est vrai que la Commission s'en est

¹²⁷ Le terme «législation», appliqué à une norme de droit international, est, on le sait, trompeur, mais nous le conservons car il est à la fois parlant et pratique.

¹²⁸ Bien sûr, on pourrait concevoir que, dans un mouvement concerté, tous les Parlements nationaux adoptent le même texte. Mais outre le fait que la solution serait inopportune (car le texte resterait une norme interne que les États pourraient manipuler et modifier à leur guise), elle est également improbable en raison de la grande symbolique européenne (ou «européiste») que recouvrirait l'événement.

¹²⁹ Voir notamment L. Idot, «Les bases communautaires d'un droit privé européen (traité de Maastricht et traité de Rome)» dans Vareilles-Sommières, *supra* note 16, 22 ; W. Tilmann, «The Legal Basis for a European Civil Code» (1997) 5 R.E.D.P. 471 ; W. Van Gerven, «Coherence of Community and National Laws. Is There a Legal Basis for a European Civil Code?» (1997) 5 Revue européenne de droit privé 465 ; S. Weatherill, «The European Commission's Green Paper on European Contract Law» (2001) 24 Journal of Consumer Policy 339.

¹³⁰ *Traité instituant la Communauté économique européenne*, 25 mars 1957, 298 R.T.N.U. 3.

souvent servis comme base juridique à des politiques dont elle n'avait pas été spécifiquement chargée par les traités constitutifs, notamment en ce qui a trait la protection de l'environnement ou des consommateurs. Après l'affaire de la directive sur la publicité du tabac, cette vision tout à fait maximaliste serait cependant sans doute rejetée par la Cour de justice. La Communauté n'a donc pas, selon cette doctrine unanime, de compétence générale en la matière. Quant à l'article 235, qui permettrait l'extension de ces compétences (avec l'accord unanime du Conseil), ses conditions d'application ne sont pas, selon ces mêmes auteurs, réunies en l'espèce. Donc une réponse négative s'impose. Elle s'impose d'autant plus que, depuis l'entrée en vigueur du Traité de Maastricht¹³¹, les Communautés sont soumises à un principe de subsidiarité.

Le problème, cependant, est à notre avis un faux problème. Non seulement parce que notre perspective est plus vaste que celle de l'Union européenne, mais surtout parce que l'alternative est simple : soit la volonté n'existe pas pour les États d'abandonner leur droit national en la matière au profit d'un nouvel instrument, et l'opération relèverait alors du coup d'État ; soit elle existe unanimement, et les États souverains n'ont alors pas à donner de base légale à leur désir de se lier par une convention. Tant que leur décision ne viole pas des obligations précédemment prises par eux dans l'ordre international, leur bon plaisir fait loi.

b. Le législateur subséquent

Beaucoup moins étudiée par la doctrine, mais à notre sens bien plus problématique est la question des modifications apportées à l'Eurocode après son adoption. Qu'un corpus de règles, quel qu'il soit, n'ait pas vocation à l'éternité, voilà ce que personne ne pourrait aujourd'hui contester. Les failles et les imperfections que la pratique dévoilera, l'évolution des techniques et des mentalités, les nouveaux développements de la science juridique constituent autant de facteurs qui rendront tôt ou tard des réformes nécessaires. Or, la nécessité de maintenir l'uniformité du droit dans tous les États concernés, ainsi que les grands principes du droit international¹³² interdisent qu'un législateur national puisse se saisir du problème. En l'absence de stipulation particulière, le parallélisme des formes exigera donc que les modifications s'opèrent selon la même procédure qui aura été suivie pour l'adoption du texte initial, ce qui n'ira pas, dans tous les cas, sans de sérieuses difficultés.

¹³¹ *Traité sur l'Union européenne*, 7 février 1992, [1992] J.O. C. 191, 31 I.L.M. 253.

¹³² Comme il est exprimé avec grande clarté dans le *Traité de Londres* (du 13 mars 1871) : « c'est un principe essentiel de droit international qu'aucune puissance ne peut s'affranchir des obligations d'un traité, ni modifier ses dispositions, autrement qu'avec l'assentiment des parties contractantes obtenu au moyen d'un consentement amical ».

Soit, en effet, l'Eurocode est édicté sous la forme d'un règlement communautaire¹³³. Quelle que soit la procédure suivie, la moindre modification du texte nécessitera l'accord de la Commission européenne (qui a le monopole de l'initiative des actes communautaires), celui, le cas échéant, de la majorité simple des députés du Parlement européen ainsi que celui des États membres, soit unanime, soit dans leur majorité qualifiée, selon la base juridique du texte. La pratique du Conseil de l'Union européenne étant de rechercher à tout prix le consensus, on peut raisonnablement prévoir que, dans tous les cas, l'accord de l'ensemble des États sera requis. Quand on considère le fait que le législateur français, pourtant maître en sa demeure, se montre incapable de réformer certains points de notre droit unanimement critiqués depuis belle lurette, on peut, sans trop de risque de se tromper, prédire que l'Eurocode sera voué à se scléroser, en fait sinon en droit.

Soit, autre hypothèse possible, l'Eurocode prend la forme d'une convention internationale. La situation n'en sera alors que plus compliquée. Ce que les États souverains ont fait, seuls les États souverains peuvent le défaire, et ce, à l'unanimité de leurs membres¹³⁴. Il faudra donc convoquer une conférence internationale pour modifier le moindre alinéa, ce qui est difficilement imaginable.

Certes, dans les deux cas, le texte initial pourrait contenir des dispositions simplifiant le processus de révision. Mais on ne voit pas très bien à qui les États accepteraient de confier la tâche d'effectuer les modifications jugées par eux nécessaires, sans s'accorder un droit d'appréciation, ce qui nous ramène à l'unanimité précédemment évoquée. Plus encore, si l'uniformité des règles doit être maintenue, les États ne devront pas pouvoir apporter de modifications même indirectes au code commun¹³⁵. Ainsi les États devront-ils s'interdire de légiférer dans le domaine du droit des contrats, même de manière supplétive. Ils devront aussi s'interdire d'introduire une norme à valeur supra-légale qui pourrait contredire le code. Les problèmes de droit international soulevés par une telle exigence et les moyens d'assurer le respect de son effectivité sont d'une rare complexité. Ils en deviennent même, nous semble-t-il, proprement insolubles dès lors qu'on veut bien se rappeler que l'ordre international, dépourvu de cour ordinaire de justice, est incapable, à l'instar de la Cour de justice des

¹³³ Ce paragraphe ne tient pas compte des changements apportés par le *Traité de Nice*, [2001] J.O. C. 80/01, non encore ratifié par les États membres à cette date (janvier 2002).

¹³⁴ Certes, la pratique de l'ordre international a multiplié les situations dans lesquelles les traités prévoient une procédure d'amendement à la majorité de leurs signataires, mais dans ce cas la modification n'est normalement pas opposable aux minoritaires, ce qui crée un système à plusieurs vitesses, incompatible par principe avec l'existence d'un instrument uniforme.

¹³⁵ Nous entendons par là toute norme juridique extérieure au texte qui aurait pour effet d'en modifier le sens ou d'en limiter la portée.

Communautés européennes, de briser la résistance des États refusant de reconnaître la supériorité du droit international sur le droit interne. Or, si le principe est à peu près admis en France, il ne l'est absolument pas en Angleterre. Au pays de Blackstone, en effet, le principe est que «international law is part of the law of the land», et donc pourvu de ni plus ni moins de valeur que le droit d'origine interne¹³⁶. Le droit international, pouvant être renversé par un *statute* subséquent du Parlement, ne saurait lier le législateur pour l'avenir. Dès lors, comment lui interdire de modifier à sa guise le code qu'il aura adopté ?

2. Les règles

Supposons pourtant le législateur trouvé : quelles règles adopterait-il ?

a. La possibilité de règles communes

Qu'on le considère ou non comme infranchissable, l'obstacle le plus souvent envisagé à la codification du droit des contrats est la possibilité de trouver des règles communes pour tous les systèmes juridiques concernés. Ce problème s'énonce en trois temps d'inégale difficulté : l'existence des règles, leur contenu et leur forme.

Quant à l'existence de règles communes, le positivisme juridique dominant nous invite à identifier droit et loi au sens large. À partir de là, il faut bien reconnaître que, paradoxalement, ce point est le seul qui ne pose aucun problème théorique. Si un ensemble de règles était adopté au niveau européen par un «législateur» compétent pour régir le droit des contrats alors, bon ou mauvais, opportun ou non, il serait le droit nouveau de la matière, dès son entrée en vigueur et sans recours possible.

La question du contenu de ces normes apporte plus de difficultés : quelles seraient-elles ? Seraient-elles cohérentes, bien faites et recevables par tous les systèmes juridiques ? C'est là le point le plus délicat. L'Eurocode n'existant pas, même à l'état de projet, on ne peut ici discuter que d'hypothèses, mais cela n'interdit pas quelques réflexions.

Sur le plan de la pratique législative, tout d'abord, il faut rappeler que les codifications modernes ont toutes été des entreprises considérables, et qu'il a fallu à chaque fois aussi bien du temps que des juristes remarquables et obstinés pour les mener

¹³⁶ À moins que le Parlement n'ait accepté sa supériorité par avance, comme il l'a fait pour le droit communautaire dérivé à travers le *European Communities Act 1972* (R.-U.), 1972, c. 68. Le Parlement britannique reste toutefois souverain (du moins en théorie), en ce qu'il pourrait revenir à tout moment sur cette décision.

à bien, des Cambacérés et Portalis, des Planck et Windscheid ou un Meijers, pour ne citer que les plus grands noms. L'entreprise étant techniquement bien plus complexe au niveau européen, et *a priori* moins susceptible d'être soutenue avec constance (en l'absence d'un souverain), on mesure l'immensité de la tâche.

Sur le plan de la technique juridique, par ailleurs, on peut douter de la possibilité pratique de concilier deux impératifs : le *compromis* et la *cohérence*. Le compromis s'impose car aucun système juridique n'est prêt à renoncer à l'ensemble de ses solutions traditionnelles, et les États n'accepteront de se sacrifier, dans le meilleur des cas, qu'au nom de la réciprocité. Pour autant, emprunter les solutions une fois au droit français, une fois au droit néerlandais, une fois au droit italien serait la pire des méthodes. Il faudra au contraire reconstruire un système autonome et cohérent de règles. Il serait injuste et trop facile d'en nier la possibilité par principe et il faudra attendre un véritable projet pour se prononcer sur le cas d'espèce.

L'examen des «Principes Lando», qui ne sont certes pas l'Eurocode, ni même son brouillon, mais qui en donnent certainement un avant-goût, laisse à cet égard dubitatif. Notamment, le recours permanent au standard anglo-saxon du raisonnable (comportement raisonnable, prix raisonnable, mesure raisonnable, remplacement raisonnable, etc.) impose un scepticisme quant à la capacité des tribunaux continentaux à s'adapter à une règle aussi floue, et à leurs yeux antijuridique.

Reste enfin la question de la forme dans laquelle s'exprimeront ces règles. Certes, il est entendu, par hypothèse, qu'il s'agirait d'un code, mais dans la pratique un code peut revêtir de multiples aspects. Pour ne prendre qu'un exemple, tout ou presque oppose dans leur forme les deux principaux codes du continent européen, le *Code civil* français et le BGB¹³⁷, notamment l'existence ou non d'une partie générale¹³⁸, le degré de précision des règles, le style ou encore le renvoi ou non à d'autres dispositions législatives. Mais l'univers de la codification ne se limite évidemment pas à ces deux monuments et d'autres techniques sont possibles ; le *Code civil du Québec* est à cet égard très instructif. Là encore, un accord devra être trouvé, respectant les exigences de compromis et de cohérence.

¹³⁷ Et bien sûr, ces différences reflètent elles-mêmes des cultures nationales : la passion de l'élégance et du principe en France, celle de l'ordre et de la précision en Allemagne.

¹³⁸ Sur la notion de partie générale, son fonctionnement, son rôle et les critiques qui ont pu lui être adressées, voir M. Fromont et A. Rieg, dir., *Introduction au droit allemand (République fédérale)*, t. I, Paris, Cujas, 1977 à la p. 15. Pour une analyse plus poussée, le lecteur pourra également se référer à P. Koschaker, *Europa und das römische Recht*, 2^e éd., Munich, Beck, 1966 à la p. 279 et s. ; et O. Ionescu, «Le problème de la partie introductive du Code civil» [1967] R.I.D.C. 579.

b. La possibilité d'une expression commune des règles

Puisque nous n'en avons pas écarté d'emblée la possibilité, supposons un ensemble de règles communes trouvées et acceptées collectivement et notre Eurocode adopté : ces règles seraient-elles alors les mêmes sur l'ensemble du territoire concerné ? La question semble paradoxale ; la règle étant posée comme unique, l'affirmative s'impose. En réalité, rien n'est moins sûr, et ce pour deux raisons fondamentales, d'ailleurs liées : l'utilisation de concepts déjà existants et la dimension linguistique.

Tout d'abord, le droit nouveau des contrats ne saurait se suffire à lui-même, au sens où il formerait un ensemble clos, un système au sens logique du terme, doté de l'autonomie. En effet, il ne pourrait se dispenser de faire appel à des concepts déjà existants dans les droits nationaux. Par exemple, il pourrait prévoir que les contrats doivent être conclus de bonne foi. Mais qu'est-ce que la bonne foi ? En l'absence de précision, nous n'en savons rien. Certes, en droit français, nous en avons une idée, fondée sur les textes qui y font référence, sur la jurisprudence et la doctrine. Le droit allemand, qui parle de «*Treu und Glauben*» (fidélité et foi) en a toutefois une autre, dont on sait que les tribunaux ont développé une interprétation très dynamique, puisque c'est sur le fondement de l'article 242 du BGB que le *Reichsgericht* rendit son célèbre arrêt de 1923 condamnant le nominalisme monétaire, ouvrant ainsi la voie à la révision judiciaire du contrat¹³⁹. Les tribunaux anglais, quant à eux, se sont forgé leur propre définition de la notion, qui tend d'ailleurs vers une négation de son existence¹⁴⁰. En 1992 Lord Ackner rappelait, dans l'affaire *Walford c. Miles*, que la notion de bonne foi n'avait «aucun rôle à jouer en droit anglais» et qu'elle était à dire vrai une notion «*repugnant*»¹⁴¹. Et ainsi de suite pour chaque pays. Dès lors, une alternative se présente : ou bien on se satisfait de ces divergences, renonçant alors à une uniformité concrète des règles (les mots sont les mêmes, mais ils ne veulent pas dire la même chose selon l'endroit d'où l'on en parle)¹⁴² ; ou bien on tâche de définir la notion de

¹³⁹ RGZ 107, 78.

¹⁴⁰ Même si une analyse plus fine nous montre que les cours anglaises possèdent d'autres armes pour faire respecter une forme de foi contractuelle (par exemple, les concept de *frustration of contract* ou d'*estoppel*).

¹⁴¹ [1992] 2 A.C. 128, [1992] 1 All E.R. 453 (H.L.). Non pas «répugnant» au sens français, mais plutôt que l'on répugne à utiliser (car on doute qu'elle ait un sens défini).

¹⁴² C'est ce qui se passe actuellement sous l'empire du droit communautaire dérivé. Par exemple, la *Directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs*, [1993] J.O. L. 95/29, a consacré un principe de bonne foi, auquel les juges anglais sont légalement tenus de donner effet dans la même mesure, par exemple, que leurs collègues allemands, lorsqu'ils sont saisis d'un litige relevant de son domaine d'application. Mais un examen de la jurisprudence montre que les juges allemands voient et sanctionnent la mauvaise foi partout, tandis

manière uniforme à l'échelle européenne. Mais est-ce possible ? Si l'Eurocode peut apporter une définition propre, celle-ci sera exprimée au moyen d'un ensemble de termes juridiques qu'il faudra définir à leur tour, et ainsi de suite. En logique, la tâche est insurmontable¹⁴³. En pratique, il doit être possible d'arriver à une définition très largement commune des concepts utilisés, dont le nombre est limité, mais au prix d'une horrible lourdeur de style. Ceci ne pourrait toutefois même pas garantir que toutes les différentes cours nationales, chargées d'appliquer une règle, lui trouveront effectivement le même sens. Nous préférons ne pas envisager les possibles manifestations d'atavisme spontané, de nationalisme conceptuel, voire de rébellion ouverte contre l'ordre nouveau.

Les difficultés ne s'arrêtent d'ailleurs pas là. Il convient en effet d'introduire une dimension capitale que nous avons passée sous silence jusqu'à ce point : non seulement l'Europe est plurijuridique, mais elle est multilingue. L'Europe communautaire possède à elle seule onze langues officielles¹⁴⁴, et à l'échelle de la grande Europe, le paysage est encore plus éclaté : le vieux continent n'en finit pas d'expié la malédiction de Babel¹⁴⁵. Or, l'Eurocode devra nécessairement être publié dans toutes les langues qui possèdent un statut officiel ou coutumier suffisant dans chacun des États concernés, car il est impensable de faire appliquer devant une cour nationale une loi écrite dans une langue pour elle étrangère. Certes, l'Eurocode sera rédigé à l'origine dans une, deux ou trois langues seulement (l'anglais sûrement, le français sans doute

que leurs homologues anglais se refusent à intervenir sur ce terrain. L'identité reste donc purement formelle.

¹⁴³ Une langue, en effet, est un système dans lequel tous les mots sont définis par rapport aux autres. On peut concevoir un dictionnaire de langue française, car le locuteur francophone possède une connaissance intuitive de la langue, ce qui lui permet, s'il ne comprend pas un mot, d'en saisir le sens à partir d'autres mots. Mais dans le cas d'un dictionnaire (en français) des termes juridiques d'un Code européen des contrats, cette voie d'accès que représente le « bien connu » est, précisément, refusée. En l'absence d'une clé permettant d'entrer directement dans le système, l'aporie relative à son absence de commencement et de fin est insurmontable, et rend sa compréhension radicalement impossible.

¹⁴⁴ Et si l'Irlande a bien voulu faire grâce du gaélique, de nouvelles prétendantes se bousculent déjà au portillon sans attendre l'élargissement — le catalan et le basque notamment, que la logique européenne devrait conduire à reconnaître, puisqu'elles jouissent d'un statut officiel sur une portion du territoire de l'Union (toutes deux sont langue officielle de leur Province autonome respective, à égalité avec le castillan).

¹⁴⁵ « Ils forment un seul peuple et parlent la même langue. S'ils continuent leur entreprise rien ne les arrêtera. Je vais jeter la confusion dans leur langage pour qu'ils ne se comprennent plus les uns les autres » (Gn, 11, 6-7).

et l'allemand peut-être), mais il est vraisemblable qu'à l'image du droit communautaire dérivé toutes les versions linguistiques feront également foi¹⁴⁶.

Or, lors qu'on intègre la dimension linguistique se pose le problème de savoir si une même norme peut être rendue à l'identique dans deux systèmes linguistiques différents. Répondre catégoriquement à cette question supposerait des compétences que nous n'avons pas, et là encore il serait trop aisé d'en poser d'emblée l'impossibilité. Nous nous contenterons de constater que le droit communautaire, confronté de longue date au problème, a atteint des résultats médiocres en la matière¹⁴⁷, et qu'un grand scepticisme s'impose donc. Trevor Hartley en rapporte un excellent exemple tiré de la directive européenne relative aux clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs. S'interrogeant sur l'éventuelle application du texte à la vente d'un terrain, explique-t-il, le juriste anglais va constater que la directive s'applique, selon l'énoncé anglais, «to the sale of goods or services»¹⁴⁸. Or, en droit anglais, la terre n'est pas un *good*. Mais si le juriste anglais, averti que ce point n'est pas concluant, se tourne vers la version française, il constatera que celle-ci parle de «biens». Or, les biens, comme le *Code civil* nous l'apprend, sont tous meubles ou immeubles et la terre fait partie de ces derniers. Par conséquent, l'incertitude règne et génère des conflits potentiels ; on sait en effet qu'une jurisprudence constante de la Cour de justice européenne refuse que le texte anglais fasse autorité en Angleterre, le texte français en France etc., afin d'éviter la perte d'uniformité qui en découlerait. La règle est que la Cour se fixe sur le sens des termes par référence à toutes les versions linguistiques ; en pratique, généralement à l'interprétation qui en donne le sens le plus large, «effet utile» oblige. La tentative est courageuse mais la méthode est incertaine et nécessairement limitée à une forme de «service après-vente». On pourrait même aller plus loin et contester le fait qu'un ordre juridique supranational se réfère aux droits nationaux pour savoir ce que lui-même a entendu dire ; car si les mots «*goods*» ou «biens» ont un sens, ce n'est pas au législateur ou au juge de tel ou tel pays de le déterminer : une langue, surtout de diffusion mondiale, n'appartient à aucun ordre juridique interne¹⁴⁹.

¹⁴⁶ Quand bien même une seule version, ou un petit nombre seulement, aurait valeur officielle, le problème ne serait pas réglé pour autant, mais simplement déplacé.

¹⁴⁷ Il ne sert à rien de les attribuer aux insuffisances des juristes-linguistes en poste à Bruxelles, car vu le niveau de qualification exigé d'eux, il est peu probable que d'autres puissent faire mieux.

¹⁴⁸ Voir T. Hartley, «Five Forms of Uncertainty in European Community Law» (1996) 55 Cambridge L.J. 265.

¹⁴⁹ On remarquera ainsi que les droits allemand et autrichien donnent un sens différent au terme «*Besitz*». Ce mot, habituellement traduit en français par «possession», a le sens de «pouvoir de fait sur une chose» en droit allemand, mais inclut en plus un *animus domini* en droit autrichien. Quel sens faudrait-il alors lui donner dans un contexte européen ?

Pour notre malheur, et comme si les problèmes soulevés n'étaient pas déjà suffisamment complexes, l'unité des règles que poserait un Eurocode, ne garantirait pas l'unité des droits en la matière, objectif pourtant poursuivi par l'entreprise de codification.

B. L'unité des droits

En effet, le droit est bien plus qu'un ensemble de règles¹⁵⁰. Il est un système organique dans lequel les règles qui le composent — règles interprétées, combinées, généralisées, contournées, refoulées — se combinent avec un ensemble de facteurs extérieurs pour donner un produit fini original, le droit applicable, dont le rapport avec la matière première qu'est la loi n'est pas toujours des plus évidents. C'est à cette aune que la codification du droit des contrats en Europe doit maintenant être envisagée. La thèse soutenue est que le caractère hétéronome du droit des contrats rend illusoire son uniformité programmée dans des systèmes juridiques distincts.

1. La non-autonomie du droit des contrats dans un système juridique

Le droit des contrats, dans chaque État, n'est indépendant, ni des autres branches du droit national, ni de sa science juridique, sa jurisprudence au sens premier du terme¹⁵¹.

a. Par rapport aux autres branches du droit national

La question soulevée ici est double : celle de la délimitation du droit des contrats — et plus précisément du droit privé des contrats — et celle de son interaction avec les autres branches du droit.

Quant à la première, il est évident que le droit privé des contrats, au sens large déjà défini, ne peut être le même d'un pays à l'autre si, dans un premier temps, son champ d'application n'est pas uniformément entendu. Pour des raisons historiques, cela n'est pas le cas aujourd'hui. Ainsi, la définition même de ce qu'est un contrat, et donc la soumission ou non d'un acte juridique au droit qui les régit, n'est pas uniforme. Par exemple, en droit français, la donation est un contrat, un contrat comme

¹⁵⁰ Nous nous limitons ici au domaine des droits «civilistes». Dans les droits de *common law*, l'existence même de règles reste un point très discuté. Mais si l'unité des droits s'avère impossible dans un ensemble, à plus forte raison le sera-t-elle dans un ensemble plus vaste.

¹⁵¹ C'est d'ailleurs le sens que recouvre encore aujourd'hui le mot en anglais et en allemand.

n'importe quel autre, issu d'une offre et d'une acceptation, pourvu d'une cause, etc. Le droit anglais, lui, ne parvient pas à penser le contrat en dehors de la doctrine séculaire de la *consideration*, de la contrepartie qui doit exister pour lier les deux promesses et les réunir en un *bargain*, seul pourvu d'une force obligatoire¹⁵². Une donation ne peut donc être un contrat en l'état actuel du droit anglais, ce qui ne veut pas dire qu'une telle opération soit impossible ; simplement, elle trouvera plus naturellement sa place dans le droit de l'*equity* et notamment dans celui des *trusts*¹⁵³. Ce premier point devra être uniformisé sous la forme d'une définition «européenne» du contrat¹⁵⁴. Par ailleurs, nous avons déjà signalé d'emblée que le droit privé des contrats excluait par définition le droit public des contrats, et que les différents systèmes nationaux, pour des raisons historiques¹⁵⁵, ne se faisait pas la même idée de cette bipartition, à supposer qu'ils la connaissent. Une uniformisation du droit privé des contrats en Europe supposerait donc, si ce n'est la disparition de la catégorie des contrats de droit public, en tout cas une délimitation unique de leur frontière avec les contrats de droit privé. À supposer qu'un quelconque accord soit possible sur la question, il ferait, là encore, violence aux histoires nationales tant la catégorie du contrat «administratif» est intimement liée à la représentation que l'État se fait de lui-même et de sa fonction.

Mais ce n'est pas tout. Il nous faut encore nous assurer que la diversité, maintenue par hypothèse, des autres branches du droit national n'est pas de nature à porter atteinte à l'identité européenne des solutions en matière de droit des contrats. Or, cette vérification met encore un peu plus à mal le mythe de l'autonomie de cette branche. Une étude exhaustive de la question étant exclue, quelques points de divers ordres éclaireront la difficulté.

¹⁵² Il est vrai que l'acte conclu sous sceau (*deed*) est pourvu de la force obligatoire *ipso facto*, même si son contenu ne révèle aucun *bargain*. Mais il s'agit là d'une cicatrice de l'histoire, ce type de convention étant resté complètement à l'écart du développement du droit des contrats, qui ne l'a jamais véritablement inclus dans sa réflexion. Il ne nous apprend donc pas grand chose sur le contrat tel qu'il est pensé en Angleterre.

¹⁵³ Voir notamment R. David, «Cause et *consideration*» dans *Mélanges offerts à Jacques Maury*, t. II, Paris, Dalloz et Sirey, 1960, 111.

¹⁵⁴ Définition dont il résultera nécessairement des difficultés : d'abord de compréhension, chacun devant apprendre à repenser l'idée qu'il se fait de l'institution contractuelle ; ensuite de délimitation. Pour en rester à notre exemple, si la donation n'est pas incluse dans l'«Eurocode», il faudra que subsiste un droit national français en la matière — poussière d'empire dont on voit mal comment elle serait viable. Et si la donation devient un «contrat européen», il faudra que le droit anglais des *trusts* s'adapte à cette dépossession d'une partie de son domaine, ce qui ne devrait pas aller sans atteinte à sa cohérence.

¹⁵⁵ Il s'agit de penser, dans le cas de la France, aux lois des 16 et 24 août 1790.

Parfois, par exemple, le droit des contrats renvoie explicitement ou implicitement à d'autres branches du droit. Ainsi, la question de la capacité juridique relève du droit des personnes¹⁵⁶. Si l'on veut que le droit des contrats soit uniforme, toutes ces branches connexes devront aussi être unifiées, du moins dans leurs éléments qui influent sur lui. Notamment, parmi les renvois implicites, une place considérable doit être faite à la question de la responsabilité contractuelle : que se passe-t-il si l'une des parties manque à sa parole ? À vrai dire, la matière est tellement liée au droit des contrats qu'il nous semble inéluctable de l'inclure également dans notre Eurocode¹⁵⁷ : on ne voit pas comment un droit uniforme des contrats pourrait cohabiter avec quinze ou trente droits de la responsabilité contractuelle.

Par ailleurs, de nombreuses règles de droit, quoique extérieures au droit des contrats, et sans qu'il y renvoie même implicitement, ont un effet sur lui ou sur sa réalisation. Cet effet peut être direct ; par exemple, si une norme du droit des contrats contredisait une règle supérieure (disons d'ordre constitutionnel), cette norme se retrouverait invalidée sur le territoire du système juridique en question, contredisant ainsi l'uniformité recherchée¹⁵⁸. Mais cet effet peut aussi être indirect ; on songe ici à la procédure civile. Une règle étant donnée et sa sanction posée, la question de son applica-

¹⁵⁶ Encore que cela ne soit pas vrai en Angleterre, par exemple. Le droit anglais n'ayant pas à proprement parler de «droit des personnes», la question de la capacité juridique à contracter sera traitée quelque part dans les manuels de droit des contrats.

¹⁵⁷ Ce qui, bien sûr, n'est pas neutre. Pour un Anglais, il va de soi que les *remedies* font partie intégrante de l'étude des *contracts*, qui sont conceptuellement bien distincts des *torts*. En revanche, le juriste français conçoit d'emblée une relation étroite entre responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle, branches d'un droit plus large de la responsabilité civile — ce qui le conduit nécessairement à séparer l'étude des suites de l'inexécution du droit général des contrats (si ce n'est *de jure*, du moins *de facto*, pour éviter les redites). Ceci peut expliquer à son tour qu'il porte traditionnellement une attention démesurée à la formation du contrat par rapport à son exécution, et que ce soit dans ce domaine que la doctrine française ait le plus rayonné. Tout se tient.

¹⁵⁸ Le cas du droit de la concurrence, conçu comme un ordre public auquel devraient se plier les contrats, fournit aussi dans ce domaine un champ d'étude immense. Mais l'ensemble de la question est complexe : tout dépend du statut de l'Eurocode (loi interne ? droit communautaire dérivé ? traité international ?), et de la position de l'ordre juridique considéré — à supposer qu'il en ait une de clairement définie — quant à la hiérarchie entre constitution, droit communautaire (originaire et dérivé) et droit international, et quant aux conséquences d'une éventuelle incompatibilité entre eux. Ce point n'est pas purement d'intérêt académique : on n'oubliera pas, par exemple, que c'est au nom du respect des libertés fondamentales que les tribunaux français ont généralisé la prohibition des engagements perpétuels. Par ailleurs, si le Code européen des contrats impliquait à la fois des membres et des non-membres de l'Union européenne, il se poserait la très épineuse question de l'articulation entre le droit communautaire dérivé et l'Eurocode, et il nous semble, dans ces circonstances, que le maintien d'une unité du droit serait alors radicalement impossible.

tion reste entière : qui pourra aller en demander raison devant les tribunaux, et sous quelles conditions ? Le plaignant pourra-t-il obtenir une injonction contre son cocontractant ? Cette injonction pourra-t-elle intervenir avant le jugement final ? Autant de questions qui relèvent du droit judiciaire privé et de la souveraineté de l'État-justicier mais qui sont cruciales pour la réalisation du droit. Des règles procédurales distinctes tendent à faire d'un corpus de règles unique des droits différents.

De toutes ces remarques, deux enseignements sont à tirer. D'abord, le projet de codifier le droit des contrats méconnaît l'unité profonde du droit civil, tel qu'il est conçu dans les pays de droit romaniste. Ce n'est pas une coïncidence si tous les pays de droit codifié possèdent un code civil et non un code des obligations, un code de la famille ou un code des sûretés. C'est là d'ailleurs un paradoxe plaisant que notre projet, si centré sur les droits civilistes, fasse sienne une catégorie qui aurait davantage de sens dans les pays de la *common law* (seuls à avoir envisagé l'adoption d'un code des contrats). Ensuite, ce projet est nécessairement expansionniste : son rouleau compresseur ne peut que vouloir aplanir toutes les différences qui nuisent à l'unité du droit des contrats. Comme en droit, tout est plus ou moins directement lié à tout, il est dans la nature des choses que Moloch n'ait de cesse qu'il n'ait tout unifié, le droit bien sûr, toutes les branches du droit, mais aussi les cultures et les langues, génératrices de coupables incertitudes, et finalement aboli les États. Tout ceci, il va sans dire, dans l'intérêt supérieur du marché unique et de sa petite sœur, la libre concurrence.

b. Par rapport à la science juridique nationale

Pas plus que d'autres branches de la matière, le droit des contrats n'est séparable de la jurisprudence nationale qui lui a donné forme au terme d'une longue sédimentation, de son histoire, de sa doctrine, de ses préjugés ou de ses catégories établies. Cette dépendance des juristes nationaux¹⁵⁹ par rapport aux constructions préexistantes ne se

¹⁵⁹ C'est un fait que tous les juristes en Europe sont aujourd'hui des juristes nationaux, issus d'un système de droit. Il n'existe pas, en dépit d'une logomachie commune, de «juristes européens» — à supposer d'ailleurs que l'on puisse définir ce que serait un tel individu ; et le terme de «*global lawyering*», cher aux cabinets anglo-saxons mondialisés, fait partie de ces concepts évanescents dont le pédantisme cache mal l'ineptie. Tout au plus existe-t-il des personnes, peu nombreuses, ayant acquis une connaissance suffisamment intime de deux systèmes (ou exceptionnellement davantage) pour pouvoir prétendre à la qualité de juriste dans chacun d'eux. Par connaissance intime, nous entendons une familiarité non seulement avec les solutions du droit positif et du raisonnement juridique en vigueur, mais aussi avec la connaissance intuitive du droit (Pierre Legrand dirait «les modes cognitifs typiques») propre aux indigènes, ce qui suppose de connaître un minimum le pays, sa langue, son histoire, sa culture, ses passions, ses préjugés, etc. On conçoit alors la rareté de la chose ; et à la limite, on peut se demander s'il est possible pour une même personne de posséder deux socialisations juridi-

limite pas au cas déjà évoqué de l'emploi européen de concepts ayant acquis un sens dans une tradition juridique nationale. Le juriste est incapable — de fait, et à notre sens, nécessairement — de s'abstraire de la science du droit dans laquelle il a été formé.

Cela est vrai dans sa compréhension des règles écrites. Aucun juriste n'étant capable de se défaire de ses connaissances et d'aborder un problème sans préjugés, il identifiera spontanément les termes qu'il rencontre à ceux qu'il connaît déjà. En effet, soit la nouvelle notion lui est connue, par exemple l'erreur pour un juriste français ou allemand. Quand bien même, ayant écouté les mises en garde, il s'abstiendrait de lui appliquer sa propre définition et tâcherait d'en comprendre le sens dans le nouveau moule européen, sa manière de le comprendre, de l'appréhender, de le questionner sera déterminée par ses catégories antérieures. Inévitablement, le juriste français verra ressortir ses interrogations habituelles, par exemple : s'agit-il d'une erreur sur la substance ou d'une erreur sur la valeur ? importe-t-il que l'erreur sur la substance provienne du vendeur ? ; et le juriste allemand les siennes : avons-nous affaire à un *Inhaltsirrtum* ? un *Erklärungsirrtum* ? un *Übermittlungsirrtum*¹⁶⁰ ? Ainsi, les jurisprudences nationales s'empareront de ces concepts communs et chacune l'intégrera à ses constructions préexistantes.

Soit, au contraire, la nouvelle notion lui est inconnue, du moins en droit, par exemple la catégorie de raisonnable pour un juriste français. Il va chercher à la définir en fonction de ses propres schémas, en suivant le même processus que l'apprentissage d'une langue étrangère : on ramène toujours les mots nouveaux aux mots de sa langue première, soit pour les identifier deux à deux (*book* = livre), soit pour les situer par rapport aux mots déjà connus, si une traduction s'avère impossible (*awe* = admiration + crainte). Tout regrettable qu'il soit, le processus est inévitable. Chacun fera de même avec son propre système d'origine, ruinant ainsi les chances d'une possible compréhension commune et la Tour de Babel réinvestira la cité européenne. Car le seul moyen de prétendre échapper à cette «balkanisation» du bien commun serait de

ques distinctes, et de passer d'une médiatisation à l'autre sur simple commande. Dès lors, la question de la formation juridique en Europe se pose sous un angle différent. La littérature est en effet abondante, qui appelle de ses vœux des études de droit véritablement «européennes», ayant justement compris que c'est la formation commune qui forme la communauté. Sur cette question, voir notamment B. De Witte et C. Forder, dir., *Le droit commun de l'Europe et l'avenir de l'enseignement juridique*, Deventer, Kluwer, 1992 ; F. Ost et M. Van Hoecke, «Pour une formation juridique européenne» [1990] *Journal des tribunaux* 105.

¹⁶⁰ Respectivement, une erreur de contexte, une erreur portant sur le contenu de la déclaration, une erreur commise lors de l'émission d'une déclaration de volonté.

s'en remettre à la doctrine, à la «doctrine européenne» — mais il n'existe pas de doctrine européenne¹⁶¹.

De toute façon, le problème des normes inexprimées continuerait de se poser, et ce de manière encore plus aiguë que le précédent. En effet, il est fondamental de garder à l'esprit que le droit est aussi le produit d'un certain nombre de «méta-règles» tacitement admises et qui fournissent le mode d'emploi des règles exprimées. Deux exemples simples, issus du droit français illustreront cette notion complexe. Peut-on conclure un contrat qui ne soit pas défini et régi par le *Code civil* (ou par une autre loi) ? La réponse est oui, car il n'existe pas en droit français de *numerus clausus* des contrats spéciaux. Mais cette règle ne se trouve écrite nulle part ; c'est l'histoire qui l'a dégagée et tout juriste français sait qu'il en va ainsi ; nul ne songerait à nier la positivité de la règle même s'il en contestait l'opportunité. De même, il existe en droit français une distinction fondamentale entre les règles *impératives* et les règles *supplétives*. La plupart des règles issues du Code de 1804 sont supplétives de volonté, pour des raisons historiques tenant à la philosophie de la liberté contractuelle et de l'autonomie de la volonté qui prévalait chez les rédacteurs du *Code civil*. Mais là encore, cela relève d'une méta-règle non écrite. Il importe d'en comprendre la portée : le *Code civil* énonce tel ou tel principe mais en fait — et sauf exception — les parties ont le droit de stipuler exactement le contraire¹⁶². Ainsi, toute règle peut changer radicalement de sens ou d'effet selon le cadre invisible dans lequel elle s'inscrit. Le *Code civil* placé entre les mains de juristes partageant un autre système de méta-règles donnerait un droit des contrats fondamentalement différent. Or le droit européen des contrats, pas plus qu'aucun droit national, ne pourra fonctionner sans une série de règles du jeu. S'il peut en fixer un certain nombre lui-même, de manière explicite, et si d'autres peuvent être tacitement partagées de manière spontanée par tous les juristes européens, il est impossible, pour des raisons tenant à la fois aux disparités actuelles et à

¹⁶¹ Là encore, c'est un donné qu'à l'heure actuelle il n'existe pas de doctrine européenne. Le microcosme des comparatistes polyglottes mis à part, la présence d'une signature étrangère dans une grande revue relève de l'événement, notamment en France. Les raisons en tiennent autant aux traditions qu'à l'absence de volonté, et surtout au problème linguistique. Il y a là une différence considérable (à notre sens la différence fondamentale) entre l'Europe et les États-Unis — qu'il faut toujours garder à l'esprit lorsqu'on entreprend de les comparer. Les États-Unis comptent 51 systèmes juridiques, mais un seul espace de débat. Malgré des variations certaines d'État à État (ou plutôt de grande région à grande région), les Américains regardent les mêmes télévisions, lisent les mêmes livres ou les mêmes journaux, et élisent le même Président. *Last but not least*, ils parlent la même langue.

¹⁶² Les «méta-règles» peuvent aussi relever du fait et non du droit. Par exemple, la liberté d'expression était proclamée dans les constitutions des États-Unis et de l'Union soviétique, mais chacun savait «bien» qu'elle était réelle chez l'un et fictive chez l'autre, ce «bien» exprimant la connaissance d'une réalité qui dépasse la règle et lui donne sa portée.

l'aporie d'une *regressio ad infinitum*, de construire et d'imposer cet ensemble de méta-règles en régissant le fonctionnement — et en dehors desquelles l'Eurocode ne serait que du papier et de l'encre.

Ainsi l'hétéronomie du droit des contrats par rapport à l'ordre juridique dans lequel il prend place nous introduit-elle déjà de plain-pied dans cette réalité : un droit ne peut pas être le même dans deux systèmes différents.

2. L'impossible uniformité du droit des contrats en Europe

Interprété par les juridictions nationales, le droit européen des contrats est voué à être assimilé, «inculturé» dans chaque pays concerné.

a. La question de l'interprétation du droit

La logique de la codification veut que chaque problème juridique relevant du champ d'application d'un code trouve en lui sa solution. Dans sa conception la plus extrémiste, elle suppose que le législateur les ait tous envisagés et leur ait d'avance apporté une réponse, que le juge, «bouche de la loi», appliquera mécaniquement. C'est cette idée qui sous-tend certains monuments du siècle des Lumières, au premier rang desquels l'*Allgemeines Landrecht* de Prusse, édicté en 1794 sous les auspices du roi Frédéric II, avec ses 17000 articles¹⁶³. Ce dernier, pourtant, a surtout apporté à la science du droit la preuve que l'entreprise était irréalisable, qu'on ne pouvait pas opérer de bijection mécanique entre les articles d'un code et l'univers des possibles. La loi ne peut que poser des principes, certes de préférence suffisamment précis pour avoir une véritable signification, mais il revient toujours au juge de s'en faire l'interprète, chaque fois qu'il doit résoudre un litige soumis à sa juridiction.

L'«interprétation» est en effet le maître mot de nos législations modernes et on sait quel monument les juges, notamment français, ont pu édifier à partir de textes dont l'élégance n'avait d'égal que l'ellipse¹⁶⁴. Mais si traduire, c'est trahir, interpréter ne serait-il pas faire dire à la loi ce qu'elle ne dit pas ? L'interprétation est un exercice qui ne va pas de soi : d'abord parce qu'elle fait intervenir la subjectivité du juge, ensuite parce qu'elle exprime, et donc suppose, une conception singulière des rôles respectifs du législateur et des cours de justice. De fait, il existe autant de techniques d'interprétation qu'il existe de systèmes juridiques. Les Allemands, en leur adoration

¹⁶³ De ce code, la petite histoire a notamment retenu que les androgynes y faisaient l'objet d'une section distincte. L'anecdote est plaisante et emblématique de cette volonté de catégoriser mathématiquement le monde.

¹⁶⁴ Que l'on songe, dans le domaine de la responsabilité civile, aux articles 1382 et 1384 C. civ.

du concept, ont théorisé l'exercice, distinguant au moins quatre méthodes d'interprétation du droit : les *Begriffsjurisprudenz*, *Freirechtsschule*, *Interessenjurisprudenz* et autre *Wertenjurisprudenz*¹⁶⁵. Le droit français a, lui aussi, développé un certain nombre de techniques, telles que les techniques exégétique, logique, grammaticale, psychologique, historique ou téléologique : l'énumération ne vise qu'à suggérer qu'en la matière, rien n'est simple, et que beaucoup ressortit à la psychologie collective. Notamment, il est essentiel de se rappeler que, pour des raisons déjà évoquées, le juge anglais ne se sent pas autorisé à interpréter de quelque manière que ce soit les *statutes* qui lui sont soumis, si ce n'est de manière minimale, par la méthode que l'on n'ose appeler d'«effet inutile» et qui dénie à la loi toute portée là où il ne s'impose pas avec évidence qu'elle ait entendu en avoir une.

Partant, à moins d'unifier les méthodes d'interprétation, le même corpus de règles européennes est voué à recevoir des applications distinctes dans les différents pays du continent. Or on voit mal comment ces méthodes d'interprétation, qui font partie de ces méta-règles relevant de l'accord tacite ou de la connaissance intuitive façonnée par l'appartenance à une communauté, pourraient elles-mêmes faire l'objet d'une normalisation obligatoire autre que superficielle. Certes, il serait possible, voire nécessaire, de confier à une cour européenne un rôle de recours suprême. Mais à notre sens, même en lui donnant les pouvoirs d'un véritable quatrième degré de juridiction¹⁶⁶, son rôle d'unificateur de la jurisprudence s'apparenterait au travail de Sisyphe, en ce qu'il s'efforcerait en permanence de recouvrir d'un voile pudique les inconsistances les plus flagrantes, sans jamais pouvoir en tarir la source. À supposer même que ses jugements aient, en fait ou en droit, valeur obligatoire pour les cours nationales, ils ne feraient qu'accroître le nombre des règles imposées aux systèmes juridiques nationaux, qui, à leur tour, feront l'objet d'une interprétation, nécessairement différentielle.

b. *L'inévitable assimilation par les systèmes juridiques nationaux*

Ce qui distingue le droit français des contrats de 1804 de celui de 2002, à part les modifications textuelles apportées au Livre III du Titre III du Code Napoléon et l'adjonction à celui-ci de nouvelles lois qui ont modifié ou limité la portée de certaines de ses dispositions, c'est précisément deux siècles, deux siècles d'histoire, de

¹⁶⁵ Pour un aperçu de ces notions, voir Fromont et Rieg, *supra* note 138 à la p. 210.

¹⁶⁶ Ce qui, au passage, ôterait à notre Cour de cassation, comme à ses homologues, son caractère de «juridiction suprême» qu'elle avait réussi à sauver, du moins en apparence, face au droit européen. On voit ici une nouvelle illustration que cet Eurocode est ce que nos amis anglais appelleraient «a Trojan horse paving the way to a full-fledged federalism».

transformations sociales, de jurisprudence, de travail doctrinal, deux siècles qui, derrière l'apparente immuabilité du Code vénérable, ont totalement bouleversé notre droit. Les juristes se sont appropriés les articles sacrés et les ont interprétés, combinés, développés, séparés même ignorés quand ils leur déplaisaient — guidés qu'ils étaient par des conceptions évolutives des besoins de la société et des exigences de la justice. Les règles écrites, mêmes sous-tendues par la volonté du législateur, ne sont qu'une matière première, dont la communauté juridique s'empare et se sert pour façonner l'œuvre finale. Des normes en vigueur, comme d'outils disponibles, ils ont fait un système. Or cet assemblage relève du choix, par exemple, lorsqu'une situation peut être saisie par deux articles : celui de décider d'appliquer l'un, l'autre, un mélange des deux ou d'ouvrir une option. Cet assemblage n'a rien d'inéluctable ; il distingue le droit, qui est un construit, de la loi, qui est un donné. Le droit français des contrats est une construction fondée sur le *Code civil*, et non le *Code civil* lui-même. Cette construction n'en est qu'une possible ; l'histoire et le hasard auraient pu nous mettre sur des chemins différents.

Pour toutes les raisons précédemment évoquées, et sur lesquelles nous ne revenons pas, c'est le même sort qui attend l'Eurocode : la digestion par les systèmes de droit nationaux. Chaque communauté de juristes — et il y en a autant qu'il existe d'ordres juridiques — le transformera, sans même en avoir forcément conscience, et avec encore moins de mauvaise foi, en une œuvre nationale. Il ne peut exister de droit matériel uniforme commun à plusieurs systèmes juridiques. Tant qu'il existera une France et une Allemagne, le droit sera différent à Paris et à Berlin. Si l'on pense qu'il serait plus efficace à notre bonheur qu'il y soit identique, il faut en tirer les conséquences et rayer ces pays de la carte de l'Europe. Pour notre part nous pensons, avec Soljénitsyne, que ce serait dommage.

Conclusion

Faut-il codifier le droit privé européen des contrats ? À l'issue de cette étude, une réponse négative s'impose : ce n'est ni souhaitable, ni possible ; et si la première proposition relève dans une large mesure de la contingence des opinions, la seconde relève pour sa part — nous espérons l'avoir démontré — de la nécessité. Il est envisageable, bien sûr, qu'un code soit édicté, mais il est impossible qu'il parvienne à unifier le droit de la matière à l'échelle du continent.

Pourquoi alors tant d'efforts consentis ? Sans doute, ce n'est pas le fruit du désœuvrement ou de la vanité. Le calcul y a certainement sa place, mais là n'est pas l'essentiel : à notre sens, la source du mal se trouve dans la morsure hégélienne. Ses *Leçons sur la philosophie de l'histoire* continuent à répandre leur venin dans la vieille Europe. Que la Raison se déploie dans l'histoire et que le principe nécessaire finisse

par l'emporter sur la croyance contingente, l'Un sur le multiple, voilà qui semble être tenu pour acquis. En d'autres termes, notre codification du droit des contrats, comme en d'autres temps la mort de Dieu, l'éclatement des contradictions internes du capitalisme ou l'avènement de la révolution mondiale, est considérée comme allant dans le *sens de l'histoire* ; et rien n'est plus flatteur que de se persuader que l'on va dans le sens de l'histoire : d'ailleurs, puisque les rails de la Raison nous y conduisent tout droit, il n'y a guère de risque à jouer les avant-gardes des temps nouveaux.

C'est là une grande sottise : le propre de l'avenir, c'est d'être imprévisible — et le statisticien qui, se croyant l'oracle des lois de la nature, prolonge d'un coup de règle le passé pour y lire l'avenir se trompe inéluctablement. L'erreur est de voir des lois là où il n'y a que des cas d'espèce. Certes, nul ne songe aujourd'hui à pleurer les coutumes de l'Ancien régime, fragmentées et incertaines. Nul non plus ne voudrait revenir aux temps d'avant le BGB. Mais ce n'est pas là la preuve d'une quelconque supériorité ontologique, ou même axiologique, de ces grandes codifications. Le *Code civil* et le BGB ont donné à leurs nations le droit commun qui leur manquait, celui que l'histoire ne leur avait pas permis, à l'instar de l'Angleterre, de développer plus tôt. Mais il n'y a pas de nation européenne, il n'y a nulle unité européenne à révéler : tout est à construire. L'uniformité n'est pas le signe de la perfection. Les Thibaut de tout poil devraient lire plus attentivement Montesquieu :

La loi, en général, écrit-il, est la raison humaine, en tant qu'elle gouverne tous les peuples de la terre ; et les lois politiques et civiles de chaque nation ne doivent être que les cas particuliers où s'applique cette raison humaine. Elles doivent être tellement propres au peuple pour lequel elles sont faites, que c'est un très grand hasard si celles d'une nation peuvent convenir à une autre¹⁶⁷.

On ne saurait mieux dire.

¹⁶⁷ Montesquieu, *De l'Esprit des lois*, livre I, c. III.