

UNIVERSITE DE LIMOGES
FACULTE DE DROIT ET DES SCIENCES ECONOMIQUES

Thèse
pour l'obtention du grade de
DOCTEUR EN DROIT DE L'UNIVERSITE DE LIMOGES

Discipline : Droit privé

Présentée et soutenue publiquement le mercredi 23 mai 2007 par
Séverine NADAUD

<p>RECHERCHE SUR LE PROCESSUS DE CODIFICATION EUROPEENNE DU DROIT CIVIL</p>
--

Directeur de recherche : Eric GARAUD, Professeur à l'Université de Limoges

Rapporteurs :

- Monsieur Christophe JAMIN
Professeur à l'Institut des Etudes Politiques de Paris
- Monsieur Cyril NOURISSAT
Professeur à l'Université Jean Moulin – Lyon III

Assesseurs :

- Monsieur Olivier DE SCHUTTER
Professeur à l'Université catholique de Louvain (Belgique)
- Monsieur Jean-Pierre MARGUENAUD
Professeur à la Faculté de droit et des sciences économiques de Limoges

*A ma mère,
A Hugo et Eric*

*« Le droit est la plus puissante des écoles de l'imagination :
jamais le poète n'a interprété la nature aussi librement qu'un juriste la réalité »*

Jean Giraudoux, *La guerre de Troie n'aura pas lieu*

Avertissement

L'Université de Limoges n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse. Ces opinions doivent être considérées comme étant propres à leur auteur.

Remerciements

Je remercie Monsieur Garaud pour la confiance qu'il m'a témoignée et la très grande liberté qu'il m'a accordée dans mes recherches, pour la rigueur nécessaire qu'il m'a apportée, ainsi que pour sa disponibilité.

Je remercie toutes les personnes m'ayant accompagné et soutenu tout au long de ces années de recherche, que ce soit mes proches, mes amis, mes collègues doctorants, ainsi que l'ensemble du personnel enseignant de la Faculté de droit et des sciences économiques de Limoges, avec qui j'ai eu le plaisir de travailler au sein de l'OMIJ (Observatoire des mutations institutionnelles et juridiques) en qualité d'allocataire de recherche et au sein du CREOP (Centre de recherche sur les entreprises, les organisations et le patrimoine) en qualité d'attachée temporaire d'enseignement et de recherche.

SOMMAIRE

Introduction

Première Partie : L'enclenchement du processus de codification européenne

Titre I – Des conditions à réunir

Chapitre I – Le facteur institutionnel : la dynamique propre de l'Union européenne

Chapitre II – Le facteur matériel : l'émergence d'un droit civil européen

Titre II – Des obstacles à surmonter

Chapitre I – Les obstacles extrinsèques

Chapitre II – Les obstacles intrinsèques

Seconde Partie : La réalisation du processus de codification européenne

Titre I – La maîtrise de l'objet : l'action de codifier à l'épreuve du droit européen

Chapitre I – L'action de codifier soumise à un renouvellement conceptuel

Chapitre II – L'action de codifier soumise à un renouvellement substantiel

Titre II – La maîtrise des effets : la fonction subversive du Code civil européen

Chapitre I – Les effets suscités par la perspective d'un Code civil européen

Chapitre II – Les effets découlant de l'adoption du Code civil européen : l'exemple du droit international privé

Conclusion

Principales abréviations

aff.	affaire
AJDA	Actualité Juridique de Droit Administratif
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
Bull.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation
Cass.	Cour de Cassation
CC	Conseil Constitutionnel
CCC	Contrats, concurrence, consommation
CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
CE	Conseil d'Etat
Cf	se reporter à
Chron.	Chronique
Civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
ConvEDH	Convention européenne des droits de l'Homme
Crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
CJCE	Cour de Justice des Communautés européennes
coll.	Collection
contra	en sens contraire
CVIM	Convention sur la vente internationale de marchandises
D.	Dalloz
dir.	sous la direction de
ELR	European Law Review
ERPL	European review of private law
GACEDH	Les grands arrêts de la CEDH
Gde Chbre	Arrêt rendu en grande chambre (CEDH ou CJCE)
GP	La Gazette du Palais
<i>ibid.</i>	au même endroit
ICLQ	International and comparative law quarterly
<i>id.</i>	même chose
<i>in</i>	dans
<i>infra</i>	ci-dessous
JCP	La Semaine juridique
JDI	Journal de droit international – Clunet
JO	Journal Officiel français
JO CE	Journal officiel des Communautés européennes
JO UE	Journal officiel de l'Union européenne
JTDE	Journal des Tribunaux – Droit européen
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	Les petites affiches
NBW	Nieuw Burgerlijk Wetboek
<i>Op. cit.</i>	<i>opere citato</i> , ouvrage cité
PE	Parlement européen
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PULIM	Presses universitaires de Limoges
PUF	Presses universitaires de France
RAE	Revue des affaires européennes

RCDIP	Revue critique de droit international privé
RDC	Revue des contrats
RDP	Revue de droit public
RDUE	Revue du droit de l'Union européenne
Rec.	Recueil
REDC	Revue européenne de droit de la consommation
Req.	Requête
RFDA	Revue française de droit administratif
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RJCom	Revue juridique de droit commercial – Journal des agrégés
RJPF	Revue juridique personnes et famille
RLDA	Revue Lamy droit des affaires
RLDC	Revue Lamy droit civil
RMCUE	Revue du marché commun et de l'Union européenne
RRJ	Revue de la recherche juridique, droit prospectif
RTDCiv.	Revue trimestrielle de droit civil
RTDCom.	Revue trimestrielle de droit commercial
RTDE	Revue trimestrielle de droit européen
RTDH	Revue trimestrielle des droits de l'Homme
RUDH	Revue universelle des droits de l'Homme
s.	suivant
spéc.	spécialement
<i>supra</i>	ci-dessus
vol.	volume

Introduction

1. « *Le Code civil des Français a-t-il changé la société européenne ?* »¹. Dans une chronique publiée en 1975, Carbonnier se demandait si le Code de 1804, qui a eu indéniablement des effets sociaux considérables, était à l'origine de la transformation de la société civile européenne.² Aujourd'hui, la question semble s'être inversée. Ne conviendrait-il pas plutôt de se demander : « la société européenne a-t-elle changé le Code civil des Français ? ». En effet, le Code Napoléon semble traverser à l'heure actuelle une sorte de crise identitaire. Au fil du temps, le Code civil s'est transformé au point que sa fonction initiale de « constitution civile » n'est aujourd'hui plus aussi « manifeste »³. Intégrant sans cesse les modifications issues des nombreuses réformes tout en laissant se développer hors de lui une multitude de textes civils, le Code de 1804 a peu à peu perdu son caractère de code commun.⁴ D'autant plus qu'il a été parfois amputé de certaines matières accédant à leur autonomie dans des codes séparés gravitant aux alentours.⁵ Cependant, ces dernières années, la menace la plus sérieuse qui pèserait sur notre Code résiderait dans la volonté des institutions communautaires, position relayée par de multiples initiatives privées, d'élaborer un code civil propre à l'Union européenne, commun à l'ensemble de ses Etats membres, ce qu'il est convenu d'appeler un « Code civil européen ».

¹ CARBONNIER J., « Le code civil des Français a-t-il changé la société européenne ? », D. 1975, chronique XXIX, page 171 et s.

² A cette occasion, il constate toutefois qu'il a trop souvent été « *postulé que le Code civil avait été tout puissant, ou même simplement important* », comme s'il « *ne pouvait pas être traversé par l'ineffectivité* » : BEAUTHIER R., « Le véritable sens de l'article 2 du Code civil. L'ambition du Code civil de remplacer l'ancien droit à la lumière de la jurisprudence belge de la première moitié du 19^{ème} siècle », in in BEAUTHIER R. et RORIVE I. (sous la dir.), *Le code Napoléon, un ancêtre vénéré ?*, Mélanges offerts à J. VANDERLINDEN, 2004, page 217.

³ GAUDEMET Y., « Le Code civil, constitution civile de la France », in LEQUETTE Y. et LEVENEUR L. (éd.), *1804-2004 Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, Université Panthéon-Assas (Paris II), Dalloz, 2004, page 305.

⁴ GRUA F., « Le code civil, code résiduel ? », RTDC 2005, page 253 et s. ; REVET T., « Le droit civil hors-la-loi – Présentation », LPA du 8 juin 2005, page 3.

⁵ MOLFESSIS N., « Le Code civil et le pullulement des codes », in LEQUETTE Y. et LEVENEUR L. (éd.), *1804-2004 Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, Université Panthéon-Assas (Paris II), Dalloz, 2004, page 307 et s.

2. Si la commémoration du bicentenaire de notre Code a été l'occasion d'en louer les vertus, notamment sa pérennité et son évolutivité,⁶ le spectre d'un code civil européen a plané sur cette célébration.⁷ La perspective d'une codification supranationale était en effet au cœur de l'ensemble des contributions doctrinales produites à cette occasion.⁸ Vécu par une partie de la doctrine française comme un facteur fragilisant notre Code, le projet d'un code européen commun a fait prendre conscience du vieillissement de la codification civile nationale, de la nécessité de réformer en profondeur, afin de résister au mieux à l'attaque européenne et de redorer le blason terni de notre Code ; en témoignent les récents et nombreux projets de réformes, aboutis ou non, intervenus en droit des obligations⁹, des sûretés¹⁰ ou encore en droit des biens¹¹, qui ont été soit encouragés, soit relayés par le gouvernement.¹² Les plus farouches opposants prédisent que cette codification européenne pourrait aller jusqu'à sonner le glas des codifications civiles nationales. Ainsi, selon Monsieur Gérard Cornu, le débat qui s'est ouvert lors du bicentenaire de notre Code civil « *n'est pas une question de valeur ; radicalement, c'est une question d'existence. (...) Aurons-nous encore, en France, un Code*

⁶ Sur ces deux caractères : BERGEL J-L (dir.), « Méthodes du Code civil : pérennité et évolutivité, les secrets d'un bicentenaire », RRJ – Droit prospectif 2004, Cahiers de méthodologie juridique n°19, PUAM.

⁷ De manière quasi identique, c'est l'adoption d'un autre code, le BGB allemand, qui était venu entacher la célébration du centenaire du Code : MALAURIE Ph., « L'utopie et le bicentenaire du Code civil », in LEQUETTE Y. et LEVENEUR L. (éd.), *1804-2004 Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, Université Panthéon-Assas (Paris II), Dalloz, 2004, page 1.

⁸ Voir notamment les contributions réunies dans les ouvrages et colloques suivants : BEAUTHIER R. et RORIVE I. (dir.), *Le code Napoléon, un ancêtre vénéré ?*, Mélanges offerts à J. VANDERLINDEN, 2004 (qui rassemble les contributions du colloque qui s'est tenu les 19, 20 et 21 février 2004, à l'ULB) ; CARBONNIER J., HALPERIN J.-L., COMMAILLE J. et EWALD F. (dir.), *Le Code civil – 1804-2004 – Livre du bicentenaire*, Litec, 2004 ; CUMYN M. (dir.), « Codes et codification », Colloque international de Laval (Québec) des 19, 20 et 21 sept. 2004, *Revue « Les Cahiers de droit »*, vol.46, n°1-2, mars/juin 2005 (n°spécial) ; Journées d'étude à l'occasion du bicentenaire du Code civil, *Le rayonnement du droit codifié*, vol. I, éd. des JO, 2004 ; LEQUETTE Y. et LEVENEUR L. (éd.), *1804-2004 Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, Université Panthéon-Assas (Paris II), Dalloz, 2004.

⁹ La Commission CATALA a élaboré un projet de réforme du droit des obligations, plus particulièrement du Titre III du Livre III du Code civil. Remis au Garde des Sceaux, ce projet n'a toutefois pas encore fait l'objet d'une réalisation concrète. Sur cette réforme, « Faut-il réformer le Titre III du Livre III du Code civil ? », RDC 2004, n°4, page 1145 et s ; « La réforme du droit des contrats : projet et perspectives », RDC 2006, n°1 (n°spécial).

¹⁰ La Commission GRIMALDI a présenté au Garde des Sceaux un projet de réforme qui a abouti à l'ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés, JO du 24 mars 2006, page 4475 ; JCP G. 2006, I, page 121. Voir, par exemple, « La réforme du droit des sûretés », D. 2006 (Cahier Droit des affaires), page 1289 et s.

¹¹ Le 5 juillet 2006, un groupe de travail de réforme du droit des biens s'est constitué sous la présidence de M. Périnet-Marquet. Un véritable n'a donc pas encore été présenté au Garde des Sceaux. Cette décision a été prise lors du Conseil d'administration de l'association en date du 5 juillet 2006. Monsieur GRIMALDI en a fait part lors de l'une de ses contributions : GRIMALDI M., « Présentation de la loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités », D. 2006, page 2551.

¹² Sur l'ensemble du mouvement de recodification civile intervenu en France : voir *infra*, Deuxième partie, Titre II, Chapitre I.

civil ? (...) C'est une question à poser, en particulier à ceux qui ont pour horizon un Code européen des contrats »¹³.

3. La volonté de créer un code commun à l'ensemble des Etats membres n'est pourtant pas nouvelle. Déjà, en 1927, des juristes français et italiens avaient en effet tenté de mettre sur pied un code transnational des obligations et des contrats.¹⁴ Publié en 1929, ce projet était présenté comme « *le premier essai sérieux de ce que pourra être, dans un avenir plus ou moins proche, le nouveau droit privé européen ou tout au moins d'un grand nombre d'Etats européens* ». Toutefois, en l'absence de volonté politique, cette première initiative concrète d'un eurocode échoua.¹⁵ De même, des civilistes tels Henri Capitant¹⁶ ou Roger Houin¹⁷ se sont prononcés en leur temps en faveur d'une unification internationale ou européenne du droit des obligations. Dès lors, pourquoi l'actuel projet de codification suscite-t-il autant d'émotions et d'inquiétudes ? Si elle s'inscrit dans le cadre d'un affaiblissement manifeste de notre Code civil, la perspective d'un code civil européen doit aujourd'hui être replacée dans un contexte d'internationalisation des relations privées, d'influence croissante et manifeste du droit européen venant parasiter la législation civile des Etats membres. En pratique, ce « droit européen »¹⁸ revêt en réalité deux formes, renfermant à la fois droit européen des droits de l'Homme et ordre juridique communautaire, qui proviennent respectivement des deux Europes, que l'on a pris pour habitude d'opposer, l'Europe dite humaniste du Conseil de l'Europe et l'Europe dite mercantile de l'Union européenne.

4. Le droit issu du Conseil de l'Europe, organisation internationale regroupant quarante six états membres, soit de la « Grande Europe », exerce une influence importante sur le droit

¹³ CORNU G., « Réflexions en attendant le tricentenaire », in *Livre du bicentenaire*, précit., page 713.

¹⁴ SEFTON-GREEN R., « Les codes manqués », RTDCiv. 2005, n°3, pages 539 et s., spéc. page 547.

¹⁵ WITZ C., « La longue gestation d'un code européen des contrats – Rappel de quelques initiatives oubliées », RTDCiv. 2003, n°3, page 448.

¹⁶ Dans la préface du Code des obligations de la République de Pologne, Sirey, 1935 : comme le souligne Monsieur MAZEAUD D., « Faut-il avoir peur d'un droit européen des contrats (bis sed non repetita...) ? », *Mélanges Philippe Malinvaud*, page 398.

¹⁷ HOUIN R., « Pour une codification européenne du droit des contrats et des obligations », in *Etudes juridiques offertes à L. JULLIOT DE LA MORANDIERE*, Dalloz, 1964, page 225.

¹⁸ Contra, SIMON D., « Droit communautaire », *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la dir. de ALLAND D. ET RIALS S., PUF/Lamy, 2003, page 448 : l'auteur considère que « le droit communautaire ne doit pas être confondu avec le droit européen, cette dernière formulation étant généralement retenue pour désigner le droit du Conseil de l'Europe et de la protection européenne des droits de l'Homme ». Nous considérons au contraire que le terme « droit européen » est générique et doit englober les deux droits issus de la grande et de la petite Europe.

privé des Etats membres,¹⁹ essentiellement à travers les droits fondamentaux garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (ConvEDH).²⁰ Même si l'Union européenne, en tant qu'organisation européenne, n'est pas encore partie à ce texte,²¹ tous les Etats membres ont adhéré et ratifié la Convention. La ConvEDH, et l'interprétation qu'en donne la Cour européenne des droits de l'Homme dont les arrêts sont revêtus d'une autorité interprétative,²² a innervé la matière civile, dans les moindres coins et recoins, ce qui permet de la considérer comme une source à part entière du droit civil des Etats membres, le cas français ne faisant pas exception.²³

5. Si les droits de l'Homme ont une vocation naturelle à influencer sur les droits civils internes,²⁴ une telle évidence ne se retrouve pas en ce qui concerne le droit communautaire, présenté comme un droit essentiellement économique, issu de l'Union européenne, organisation régionale regroupant vingt-sept Etats membres et souvent désignée sous le terme de « petite Europe ».²⁵ Entendu *lato sensu* comme l'ensemble des normes juridiques régissant l'organisation et le fonctionnement des Communautés européennes issues des Traités fondateurs et complétées par le droit de l'Union européenne construit sur la base des Traités de Maastricht, Amsterdam et Nice,²⁶ le droit communautaire a lui aussi progressivement

¹⁹ Voir l'ensemble des contributions rassemblés dans : MARGUENAUD J.-P. (dir), « CEDH et droit privé : l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme sur le droit privé français », GIP-Droit justice, La documentation française, 2001.

²⁰ Cette convention a été signée à Rome le 4 novembre 1950 et ratifiée par la France en 1974 : *La Convention européenne des droits de l'Homme*, Texte intégral et protocoles présentés par Franck MODERNE, Dalloz, 2006.

²¹ L'Union européenne a en effet part de son intention d'adhérer comme membre à part entière. Sur l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH et les difficultés qui en résultent, voir notamment le rapport adopté par la Comité directeur pour les droits de l'Homme en juin 2002, « Etude des questions juridiques et techniques d'une éventuelle adhésion des CE/ de l'UE à la Convention européenne des droits de l'Homme » (disponible sur <http://www.coe.int>). Plus récemment, en avril 2006, J.-C Juncker a délivré un rapport intitulé « Conseil de l'europe – Union européenne : une même ambition pour le continent européen » (disponible sur <http://assembly.coe.int>).

²² MARGUENAUD J.-P., *La Cour européenne des droits de l'Homme*, coll. connaissances du droit, Dalloz, 2005 ; SUDRE F., *Droit européen et international des droits de l'Homme*, 8 éd. revue et augmentée, coll. Droit fondamental, PUF, 2006.

²³ Sur ce point, l'incontournable thèse de Mme Anne DEBET met ce phénomène en exergue, l'auteur démontrant notamment dans le titre I de sa première partie que la Convention est une véritable source du droit civil français : DEBET A., *L'influence de la Convention européenne des droits de l'Homme sur le droit civil*, Nouvelle bibliothèque des thèses, volume 15, Dalloz, 2002.

²⁴ En ce qu'ils s'attachent à défendre les libertés fondamentales individuelles et collectives de tout être humain.

²⁵ Pour M. Cyril NOURISSAT, à la différence du droit de la Convention européenne des droits de l'Homme, « *L'Union européenne ne serait qu'une source à venir du droit civil* » : « Droit civil de l'Union européenne (1^{er} semestre 2003), D. 2003, chronique, page 2450.

²⁶ Pour la dernière version en vigueur des traités communautaires : « Versions consolidées du Traité sur l'Union européenne et du Traité instituant la Communauté européenne », JO UE du 29 décembre 2006, n° C 321, pp 1-331.

investi le droit privé des Etats membres²⁷, notamment grâce à la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes. Certes, dans un premier mouvement, c'est au travers du seul prisme du droit commercial et des affaires, domaine de prédilection du droit communautaire, que l'on a constaté les effets harmonisateurs et unificateurs sur les droits privés des Etats membres.²⁸ Puis, son impact s'est fait ressentir sur le droit de la consommation²⁹ et le droit des contrats³⁰, principalement au travers de diverses directives.³¹ C'est pourquoi un groupe de juristes, désigné sous l'appellation de Commission Lando, s'est proposée dès les années 1980 de découvrir et de rassembler les principes afférents au droit européen du contrat.³² Enfin, avec l'apparition de la citoyenneté européenne³³ et l'adoption de la Charte communautaire des droits fondamentaux³⁴, l'influence du droit communautaire sur le droit civil des Etats membres s'est accrue encore davantage, l'« *homo europeanus* »³⁵ n'étant dès lors plus envisagé en sa seule qualité d'opérateur économique ou de consommateur. On peut donc d'emblée souligner que le projet de code civil européen n'est

²⁷ PUTMAN E., « L'évolution des rapports entre le droit communautaire et le droit privé français », RRJ 1997, n°2, page 435 et s. ; même auteur, « L'incidence du droit communautaire en droit privé français », RRJ 2003, n°1, page 97 et s. ; BERGE J.S. ET NIBOYET M.L. (sous la dir.), *La réception du droit communautaire en droit privé des Etats membres*, Colloque international/Session internationale d'études doctorales, Université de Paris X-Nanterre, Bruylant, 2003.

²⁸ Voir par exemple, « L'influence du droit communautaire sur le droit des affaires en France dans la perspective de 1992 », n° spécial RJCom 1987, n°11 (Colloque de Deauville organisé les 13 et 14 juin 1987 par l'association Droit et commerce) ; MAGNIER V., Rapprochement des droits dans l'Union européenne et viabilité d'un droit commun des sociétés, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 1999 ; IDOT L., « L'eupéanisation du droit des affaires : sens et portée », RJCom 2001, n°1, page 93 et s. ; VOGEL L. (dir), *La globalisation du droit des affaires : mythe ou réalité ?*, éd. Panthéon-Assas, Paris, 2002 ; VIENNOIS J.-P., « La portée du droit communautaire de la concurrence et le champ d'application exclusif du droit national », RTDCom 2002, n°1, page 2 et s.

²⁹ LAFFINEUR J., « Evolution du droit communautaire relatif aux contrats de consommation », Revue européenne du droit de la consommation 2001, page 19 et s. ; POILLOT E., *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, Bibliothèque de droit privé, Tome 463, LGDJ, 2006.

³⁰ HUET J., « Les sources communautaires du droit des contrats », LPA du 21 mars 1997, page 8 et s. ; AUBRY H., *L'influence du droit communautaire sur le droit français des contrats*, Thèse sous la dir. de A. GHOZI, PUAM, 2002.

³¹ Comme le soulignent Messieurs Vogenauer et Weatherhill, « la directive 93/13 sur les clauses abusives avait commencé à attiser les craintes quant à l'influence du droit européen dans le domaine du droit des contrats » : VOGENAUER S. et WEATHERHILL S., « La compétence de la Communauté européenne pour harmoniser le droit des contrats – une analyse empirique », RDC 2005, page 1219.

³² Sous la direction du Professeur danois Ole Lando, un groupe international de juristes a élaboré de telles règles, réunies dans un ouvrage : COMMISSION POUR LE DROIT EUROPEEN DU CONTRAT, *Les principes du droit européen du contrat*, version française préparée par ROUHETTE G., DE LAMBERTERIE I., TALON D. ET WITZ C., Société de Législation comparée, 2003.

³³ Elle a été introduite par le Traité de Maastricht. L'article 17 CE alinéa 1 dispose ainsi que « Il est institué une citoyenneté de l'Union. Est citoyen de l'Union toute personne ayant la nationalité d'un Etat membre. La citoyenneté de l'Union complète la citoyenneté nationale et ne la remplace pas. »

³⁴ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne de Nice du 7 décembre 2000, JO CE du 18 décembre 2000, n° C 363, page 1 et s.

³⁵ BLUMANN C. et DUBOIS L., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Litec, 2004, page 75.

pas le premier pas de l'Europe dans le champ du droit privé.³⁶ Il s'analyse au contraire comme le prolongement d'un mouvement plus général d'« *européanisation* »³⁷ des droits civils internes.

6. Cette présentation du droit communautaire comme « source de droit » ne saurait occulter l'approche du droit communautaire en tant qu'« objet de droit ».³⁸ Que l'on soit d'ailleurs un européeniste convaincu ou un eurosceptique affirmé, plus personne ne nie désormais l'influence de cette nouvelle source du droit.³⁹ Le problème n'est plus désormais de savoir si le droit communautaire peut ou ne peut pas être une source du droit privé et plus particulièrement du droit civil. Comme le souligne Monsieur Luc Grynbaum, les Etats membres ont décidé « *de créer des institutions propres, de mettre en commun un certain nombre de compétences et de se doter de diverses règles communes* », formant « *le droit d'un espace commun, un droit communautaire dans le sens plein du terme* ».⁴⁰ La question est plutôt de savoir comment vont pouvoir coexister le droit civil interne à chaque Etat membre et le droit civil européen commun à l'ensemble de ces Etats, le droit civil européen devant être compris comme une discipline juridique à part entière au même titre que le droit civil français, par exemple. La conception du droit communautaire comme objet de droit éclaire ainsi les raisons pour lesquelles le débat doctrinal qui s'est noué autour de ce projet de code commun se veut passionnel, en raison de l'attachement des juristes français au Code civil. Il faut d'ailleurs souligner que ce côté tumultueux contraste avec la quiétude et le pragmatisme avec lesquels nos voisins européens traitent parallèlement du sujet. En France, tant que les institutions communautaires se limitaient à une approche sectorielle de la matière civile, essentiellement le droit de la consommation, la doctrine ne manifestait pas trop d'hostilité.⁴¹

³⁶ SCHMID Ch. U., « Le projet d'un code civil européen et la constitution européenne », revue *Thémis Les Cahiers de droit* 2005, vol.46, page 120.

³⁷ Expression empruntée à WERRO F. (dir.), *L'eupéanisation du droit privé : vers un code civil européen ?*, Fribourg, 1998.

³⁸ Cette distinction est empruntée à Monsieur Luc GRYNBAUM : « Coexistence du droit communautaire et du droit des contrats », *RDC* octobre 2005, page 1198.

³⁹ Pour Mme GAUDEMET-TALLON, on peut actuellement observer un double mouvement, « *mouvement nécessaire de rapprochement, et mouvement non moins nécessaire de respect des identités nationales. Il faut trouver l'équilibre souhaitable entre ces deux mouvements et c'est un projet ambitieux offert à la réflexion des privatistes qui, quelles que soient leurs opinions sur l'Europe, ne peuvent plus se désintéresser du droit privé de l'Union européenne* » : GAUDEMET-TALLON H., « Droit privé et droit communautaire : quelques réflexions », *RMCUE* 2000, page 242.

⁴⁰ GRYNBAUM L., « Coexistence du droit communautaire et du droit des contrats », *RDC* octobre 2005, p. 1198.

⁴¹ Pour M. Gérard CORNU, les harmonisations sélectives du droit communautaire sont utiles que pour autant qu'elles restent périphériques : « Un Code civil n'est pas un instrument communautaire », *D.* 2002, chronique, page 351. Même s'il faut bien remarquer qu'en droit de la consommation, certaines positions prises par la CJCE condamnant la France pour mauvaise transposition de directives ont suscité l'hostilité, notamment dans le domaine des produits défectueux.

C'est l'approche plus globale proposée dès 1989 par le Parlement européen qui va susciter davantage la controverse.⁴²

7. L'idée d'un Code civil européen n'a pas été tout de suite prise au sérieux par la doctrine française,⁴³ peut-être en raison des faibles pouvoirs du Parlement européen pour mener à bien un tel projet. Elle a donc observé de loin l'entreprise sans pour autant s'en désintéresser totalement.⁴⁴ La doctrine étrangère a, quant à elle, très tôt participé activement au débat sur la perspective d'un droit civil européen commun systématisé dans un code.⁴⁵ A l'exception de quelques juristes généralement comparatistes,⁴⁶ ce n'est que de façon plus tardive que ce projet fera davantage l'attention de la doctrine française toute entière, plus particulièrement à la suite de deux évènements. Le 11 juillet 2001, une Communication de la Commission européenne⁴⁷ confirme la volonté communautaire de procéder à l'harmonisation

⁴² Le Parlement a pour la première fois plaidé en faveur d'un code commun de droit privé dans sa résolution du 26 mai 1989 « sur un effort de rapprochement du droit privé des Etats membres » : JOCE du 26 juin 1989, C n° 158, page 386. Il a réitéré sa position en faveur d'un code civil européen dans ses résolutions du 6 mai 1994 « sur l'harmonisation de certains secteurs du droit privé des Etats membres » (JOCE du 25 juillet 1994, C n° 205, page 518), du 15 novembre 2001, « sur le rapprochement du droit civil et commercial des Etats membres » (COM(2001) 398 – C5-0471/2001), du 2 septembre 2003, intitulée « un droit européen des contrats plus cohérent » (JO n° C 76 E du 25 mars 2004, page 151) et enfin dans sa résolution provisoire du 7 septembre 2006 sur « le droit européen des contrats et la voie de la révision de l'acquis » (PA –TA- Prov 2006, 0009-07).

⁴³ M. Christophe JAMIN dénonce « un silence assourdissant du côté français ». En effet, « alors que dès le début des années 1980, et plus encore après l'entrée en vigueur de l'acte unique de 1986, plusieurs groupes de travail commencent en Europe du nord mais aussi en Italie, à réfléchir à différentes modalités d'une future harmonisation du droit des contrats en Europe, alors même que des enseignements lui sont consacrés dans plusieurs universités étrangères, alors encore que la Commission et le Parlement européens commencent à s'emparer sérieusement du sujet, les juristes français demeurent silencieux » : JAMIN C., « Vers un droit européen des contrats ? (Réflexions sur une double stratégie) », RJCom 2006, page 95.

⁴⁴ Comme le montre principalement la publication de plusieurs colloques : OSMAN F., *Vers un code européen de la consommation*, Bruylant, 1998 ; POILLOT-PERUZZETTO S. (dir.), *Vers une culture juridique européenne*, Montchrétien, 1998 ; VAREILLES-SOMMIERES (de) P. (dir.), *Le droit privé européen*, colloque, Economica, 1998 ainsi que JAMIN C. et MAZEAUD D. (dir.), *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, Economica, 2001.

⁴⁵ Pour des exemples de contributions (parmi les plus anciennes) d'auteurs étrangers ou francophones écrites en langue française : GANDOLFI G., « Pour un code européen des contrats », RTDCiv 1992, page 707 et s. ; Colloque « *Towards a european civil code* », 1994 ; LEGRAND P., « Sens et non sens d'un code civil européen », RIDC 1996, page 779 et s. ; LANDO O., « Principes de droit européen des contrats, une première étape vers un code civil européen », RDAI 1997, page 189 et s. ; SACCO R., « Non, oui, peut-être... », *Mélanges Christian Mouly*, Tome 1, 1998, page 163 et s., BASEDOW J., « Un droit commun des contrats pour le marché commun », RIDC 1998, page 7 et s. Cf aussi, l'ensemble des contributions réunies dans HARTKAMP A.S., HESSELINK M. W., HONDIUS E. H., *Towards a European Civil Code*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1994.

⁴⁶ Voir toutefois, quelques précurseurs : TUNC A., « L'unification du droit des contrats en Europe : avec ou sans loi ? », RIDC 1993, page 877 ; TALLON D., « Vers un droit européen des contrats », *Mélanges Colomer*, Litec, 1993, page 485 et s. ; ROUHETTE G., « Les codifications du droit des contrats », *Droits* 1996, n°24, page 113 et s. ; GRIDEL JP., « Déclin des spécificités françaises et éventuel retour d'un droit commun européen », *D.* 1999, chronique, page 139 et s. ; WITZ C., « Plaidoyer pour un code européen des obligations », *D.*2000, chronique, page 79 et s. ; CHAMBOREDON A., « La texture ouverte d'un code européen du droit des contrats », *JDI* 2001, n°1, page 5 et s.

⁴⁷ Communication Commission du 11 juillet 2001, sur le « droit européen des contrats », JO CE du 13 septembre 2001, C, n° 255, page 1 : elle se prononce en faveur d'un code européen des contrats et non d'un code civil

des droits civils, du moins à mettre en place un droit contractuel européen et appelle à un débat élargi sur ce point. Elle est suivie d'une conférence donnée le 1^{er} avril 2002 à la Cour de cassation par le Professeur allemand Monsieur Christian von Bar,⁴⁸ qui va même jusqu'à affirmer que ce projet de code européen devrait devenir notre droit positif d'ici 2010.⁴⁹

8. Ces positions vont provoquer « *le déluge de feu* »⁵⁰, soit un flot de contributions.⁵¹ Un âpre débat doctrinal, que l'on ne saurait pour autant résumer à un combat des modernes contre les anciens,⁵² s'est dès lors enclenché entre opposants et partisans. Pour les plus fervents adversaires du code européen, les freins à une telle entreprise sont multiples et rédhibitoires. Pour Monsieur Gérard Cornu, « *l'unitarisme communautaire serait une entreprise réductrice, récessive et pour tout dire totalitaire, l'obsession fusionniste une aberration culturelle* ». ⁵³ Il rejoint sur ce dernier point Monsieur Philippe Malaurie qui considère que « *les perspectives de la Commission européenne (...) sont incertaines, sans inspiration politique forte, reposent sur une compétence juridique douteuse, porteraient*

européen, à la différence du Parlement européen. La Commission a réitérée sa position dans : Communication du 12 février 2003, « Plan d'action : Pour un droit européen des contrats plus cohérent » (JO CE du 15 mars 2003, C, n° 063) ; Communication du 11 octobre 2004, « Droit européen des contrats et révision de l'acquis : la voie à suivre », (COM (2004) 651 final) et son premier rapport annuel sur l'état d'avancement du droit européen des contrats et de la révision de l'acquis (COM 2005, 0456 final).

⁴⁸ La traduction française de cette conférence donnée en anglais a été publiée : VON BAR C., « Des principes à la codification : perspectives d'avenir pour le droit privé européen », *Annonces de la Seine* du 3 juin 2002, n°33, page 1 et s.

⁴⁹ VON BAR C., « Des principes à la codification : perspectives d'avenir pour le droit privé européen », *Annonces de la Seine* du 3 juin 2002, n°33, page 2.

⁵⁰ JAMIN C., « Vers un droit européen des contrats ? (Réflexions sur une double stratégie) », *RJCom* 2006, page 95.

⁵¹ Pour les contributions faisant directement suite à la Communication de 2001 : BERNARDEAU L., « Droit communautaire et droit des contrats : perspectives d'évolution », *CCC* décembre 2001, chron. 19, page 6 ; CHARBIT N., « L'espéranto du droit ?, La rencontre du droit communautaire et du droit des contrats », *JCP* 2002, *doctr* I, n° 100, page 9 ; DESCHEEMAËKER E., « Faut-il codifier le droit privé européen des contrats ? », *Revue de droit Mac Gill* 2002, vol. 47, page 791 et s. ; HEUZE V., « A propos d'une initiative européenne en matière de droit des contrats », *JCP* 2002, *doctr*, I, n°152, page 1341 et s. ; HUET J., « Nous faut-il un « euro » droit civil ? », *D.* 2002, *Point de vue*, page 2611 et s. ; LEQUETTE Y., « Quelques remarques à propos du code civil de M. VON BAR », *D.*2002, page 2202 et s. ; MALAURIE Ph., « Le code civil européen des obligations et des contrats. Une question toujours ouverte », *JCP* 2002, *Doctr.* I, n°110, page 282 ; MALINVAUD P., « Réponse hors délai à la Commission européenne : à propos d'un code européen des contrats », *D.*2002, *chron*, page 2542 et s. Ces contributions sont rassemblées dans FAUVARQUE-COSSON B. et MAZEAUD D. (textes rassemblés par), *Pensée juridique française et harmonisation européenne du droit*, Coll. droit privé comparé et européen, vol. I, Société de Législation comparée, 2003. Voir aussi : M-L. RUFFINI-GANDOLFI, « Problèmes d'unification du droit en Europe et le code européen des contrats », *RIDC* 2002, n°4, page 1075 et s. ; SONNENBERGER HJ., « L'harmonisation ou l'uniformisation européenne du droit des contrats sont-elles nécessaires ? Quels problèmes suscitent-elles ?- Réflexions sur la Communication de la Commission du 11 juillet 2001 et la résolution du PE du 15 novembre 2001 », *RCDIP* 2002, page 405 et s.

⁵² Il ne faut pas y voir une opposition entre progressisme et conservatisme juridique. Pour Monsieur Van Hoecke, « *ce sont les meilleurs juristes avec l'esprit le plus critique et le plus créatif qui souffrent le moins du conservatisme juridique qui marque si fortement le juriste moyen* » : « L'idéologie d'un Code civil européen », in BEAUTHIER R. et RORIVE I. (sous la dir.), *Le code Napoléon, un ancêtre vénéré ?*, Mélanges offerts à J. VANDERLINDEN, 2004, page 491.

⁵³ CORNU G., « Un code civil n'est pas un instrument communautaire », *D.* 2002, *chronique*, page 351.

atteinte au pluralisme culturel de l'Europe et des nations qui la composent, n'apporteraient pas d'avantages économiques au développement des contrats -tout au contraire-, constitueraient un risque de pétrification du droit et causeraient une énorme et inutile secousse intellectuelle aux habitudes juridiques ». ⁵⁴ A l'opposé, les thuriféraires d'un code européen, minoritaires, font valoir que « croire que la Commission veuille "mettre à mort" le Code civil français (...) serait commettre une grave erreur » ⁵⁵ et que « tout le monde admettra (...) que l'ère du nationalisme du droit des obligations doit prendre fin en Europe » parce qu'« il est proprement inouï, à l'heure où l'Europe se dote d'une monnaie commune, qu'on ne puisse aisément connaître la teneur des droits nationaux qui régissent les contrats » ⁵⁶.

9. Le débat n'est pourtant pas aussi manichéen qu'il n'y paraît. Le climat s'est d'ailleurs quelque peu apaisé au fil des années. Comme le remarque Madame Bénédicte Fauvarque-Cosson, « le sujet hier hardi est aujourd'hui presque ressassé » ⁵⁷. Les positions doctrinales apparaissent de moins en moins tranchées. ⁵⁸ Cela peut s'expliquer notamment par la volonté des institutions communautaires de délivrer un discours plus modéré, de désamorcer la crise, en prenant acte des réticences d'une partie de la doctrine française. ⁵⁹ A

⁵⁴ MALLAURIE Ph., « Le code civil européen des obligations et des contrats : une question toujours ouverte », JCP 2002, doctrine, I, n° 110, page 285.

⁵⁵ RACINE J.-B., « Pourquoi unifier le droit des contrats en Europe ? Plaidoyer en faveur de l'unification », RDUE 2003, n°2, page 372

⁵⁶ WITZ C., « Plaidoyer pour un code européen des obligations », D.2000, chronique, page 83.

⁵⁷ Fauvarque Cosson B., « Compte rendu bibliographique », JDI 1999, page 306.

⁵⁸ Voir notamment les contributions suivantes : DUTHEIL DE LA ROCHERE J., « Codification et droit de l'Union européenne », in Journées d'étude à l'occasion du bicentenaire du Code civil, *Le rayonnement du droit codifié*, vol. I, éd. des JO, 2004, page 74 et s. ; FIN-LANGER L., « L'intégration du droit des contrats en Europe », in DELMAS-MARTY M., *Critique de l'intégration normative - L'apport du droit comparé à l'harmonisation des droits*, PUF, 2004, page 37 et s. ; GRIDEL J.-P., « Sur l'hypothèse d'un droit européen des contrats : les propositions de l'Académie des privatistes européens », GP des 21 et 22 février 2003, page 3 et page 7 ; GROUPE D'ETUDE SUR LA JUSTICE SOCIALE EN DROIT PRIVE EUROPEEN, « Manifeste pour une justice sociale en droit européen des contrats », RTDCiv. 2005 n°4, page 713 et s. ; JAMIN C., « Vers un droit européen des contrats ? (Réflexion sur une double stratégie) », RJCom 2006, n°2, page 94 et s. ; PRIETO C., « Une culture contractuelle commune en Europe », in *Regards croisés sur les principes du droit européen du contrat et sur le droit français*, page 33 ; « Pour l'expérimentation d'un droit commun des contrats transfrontaliers sous l'égide d'un Institut du droit européen », in *Regards croisés sur les principes du droit européen du contrat et sur le droit français*, PUAM, 2003, page 67 et s. ; « Un code civil européen : de l'utopie à la prospective juridique », LPA du 7 mai 2004, n°92, page 19 et s. ; REMY-CORLAY P., « L'avenir du Code civil... européen ? », RLDA octobre 2004, chron. n°4685, page 5 et s. Pour des exemples de contributions de la doctrine étrangère en langue française : DAUNER-LIEB B., « Vers un droit européen des obligations ? Enseignements tirés de la réforme allemande du droit des obligations », RIDC 2004, n°3, page 559 et s. ; VOGENAUER S. ET WEATHERHILL S., « La compétence de la Communauté européenne pour harmoniser le droit des contrats – Une analyse empirique », RDC 2005, page 1215 et s.

⁵⁹ Selon M. Christophe Jamin, le nouveau discours des institutions communautaires ne serait qu'un trompe-l'œil : JAMIN C., « Vers un droit européen des contrats ? (Réflexions sur une double stratégie) », RJCom 2006, page 93 et s.

nos yeux, ce retour au calme révèle surtout une prise de conscience de la part des juristes que la perspective de l'élaboration et de la mise en place d'un code commun aux vingt-sept Etats membres de l'Union européenne soulève des interrogations d'une complexité certaine et que l'on ne saurait résoudre de façon simpliste. Comme le souligne à juste titre Madame Hélène Gaudemet-Tallon, « *le droit communautaire (...) oblige à remettre en cause les habitudes de pensée traditionnelles* »⁶⁰, ce qui perturbe les juristes. L'hypothèse d'une codification civile européenne fait alors appel à davantage d'inventivité et de créativité. Ce sujet ne saurait être l'apanage des seuls comparatistes ou historiens, l'éclairage du théoricien du droit, du civiliste ou de toute autre spécialiste, s'avérant bénéfique, voire prolifique, la problématique du code civil européen se trouvant en effet à la croisée de différentes matières. L'historien et le comparatiste s'intéresseront davantage à la méthode, que celle-ci soit capable de redécouvrir une sorte de *jus commune* moderne pour le premier ou, pour le second, de révéler les ressemblances et les divergences existant entre les droits nationaux afin de spéculer sur leur possibilité de rapprochement et sur le contenu même de la codification envisagée. Un code civil européen préfigurerait en effet une ouverture comparatiste de grande envergure. Le théoricien du droit s'interrogera plutôt sur la capacité de la codification, du code ou plus généralement de la norme à s'adapter et à se comporter dans le contexte européen. Enfin, le civiliste sera préoccupé par les interactions entre code national et code supranational, par les bienfaits et les méfaits d'un Code civil européen, tant en ce qui concerne la gestion des sources du droit civil que la définition même de cette matière.

10. Afin de résoudre la question de la faisabilité et de la viabilité d'une telle entreprise, il convient d'examiner préalablement ce que nous entendrons par « codification du droit civil européen ». Tout d'abord, l'idée de recourir à une codification européenne peut paraître *a priori* si ce n'est saugrenue, du moins originale.⁶¹ La codification est plutôt l'apanage des Etats nations avec lesquelles elle s'est développée et par conséquent se prêterait mal à une construction européenne complexe et en constante évolution.⁶² En outre, la codification n'est pas un phénomène unitaire au sein des Etats membres. Elle semble en effet étroitement liée à une certaine conception du droit et aux systèmes de tradition romano-germaniques. C'est

⁶⁰ GAUDEMET-TALLON H., « Droit privé et droit communautaire : quelques réflexions », RMCUE 2000, n°437, page 228.

⁶¹ CORNU G., « Un Code civil n'est pas un instrument communautaire », D. 2002, chronique, page 351.

⁶² En effet, selon M. Rémy Cabrillac, « *la Nation doit procéder le code et non l'inverse* ». Comme il n'existe pas encore de nation européenne, il ne pourrait y avoir de code civil européen. Pour cet auteur, « *adopter un code civil européen aujourd'hui constituerait incontestablement une erreur* » puisque « *la construction d'une nation européenne en est à ses balbutiements* » : CABRILLAC R., « l'avenir du Code civil », JCP G. 2004, I, n°121, page 548.

pourquoi un système de *common law*, essentiellement jurisprudentiel, tel celui du Royaume-Uni s'est avéré peu perméable au phénomène de codification.⁶³ Selon Madame Isabelle Rorive, il ne faut toutefois pas opposer *common law* et tradition civiliste de manière trop caricaturale. La Grande Bretagne a en effet disposé de codes à la fin du 19^{ème} siècle même s'ils ne visaient pas comme en France à exposer de manière générale, systématique et complète l'ensemble d'une branche du droit.⁶⁴ Dès lors, surgit une première difficulté, tenant au caractère inédit d'une telle entreprise au niveau européen. Tenter de donner une définition définitive de ce que l'on entend par code ou codification apparaît voué à l'échec. Toutefois, on peut envisager comme hypothèse de départ la définition consensuelle donnée par Monsieur Dominique Bureau de la notion de codification, à savoir « *le rassemblement de textes juridiques ordonnant les règles relatives à une matière déterminée au sein d'un ouvrage* ». ⁶⁵ Un des intérêts de la thèse résidera toutefois dans la volonté de ne pas se laisser enfermer dans une définition préétablie des concepts de code et de codification et de les transcender afin de tenter d'en dégager une nouvelle acception dans un contexte européen pour le moins atypique, caractère que nous ne manquerons pas de mettre en exergue.

11. La seconde difficulté réside dans l'embarras à délimiter de façon précise et exacte les contours du droit civil européen. Tant les termes de « droit civil » que d' « européen » doivent être précisés. En droit interne, le droit civil est loin d'être une matière aux contours figés. Comme le souligne Monsieur Alain Sériaux, la notion de droit civil est mystérieuse et particulièrement évanescence.⁶⁶ Si on peut aisément la définir *a contrario* comme une branche du droit privé, dont on peut exclure *a priori* des domaines tels que le droit commercial ou le droit du travail, il est beaucoup plus difficile de la délimiter de façon positive. Cependant, on peut d'emblée considérer qu'il faudra sans doute se départir de la vision étriquée de la Commission européenne qui réduit le Code civil européen à un code européen des contrats.⁶⁷ On ne peut en effet mener une véritable réflexion sur une possible codification européenne en se limitant au droit des obligations. C'est pourquoi nous entendrons le droit civil de façon

⁶³ Certains auteurs pensent que le système de *common law* est complètement et irrémédiablement fermé à l'esprit de codification : sur ce point, SAMUEL G., « L'esprit de non-codification : le *common law* face au code napoléon », revue Droits 2005, n°41, page 123 et s.

⁶⁴ RORIVE I., « Conclusion : l'imagédu code dans le contexte de la *common law* », in BEAUTHIER R. et RORIVE I. (sous la dir.), *Le code Napoléon, un ancêtre vénéré ?*, Mélanges offerts à J. VANDERLINDEN, 2004, page 201.

⁶⁵ BUREAU D., « Codification », in *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la dir. de ALLAND D. ET RIALS S., PUF/Lamy, 2003, page 225.

⁶⁶ SERIAUX A., « Droit civil », in *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la dir. de ALLAND D. ET RIALS S., PUF/Lamy, 2003, page 435.

⁶⁷ Depuis sa communication du 11 juillet 2001 (précitée), la Commission circonscrit en effet une action communautaire éventuelle au droit des contrats.

classique, comme incluant le droit patrimonial et extrapatrimonial des personnes et de la famille, le droit des obligations, le droit des biens, ainsi que le droit des sûretés,⁶⁸ tout en ayant bien conscience que cette définition, posée *a priori*, pourra au fil de la thèse faire l'objet d'évolutions.

12. Il faut enfin souligner que notre recherche n'a nullement pour objectif de proposer concrètement, de façon détaillée et précise, les règles susceptibles d'être renfermées dans un futur Code civil européen. On perçoit aisément l'ampleur d'une telle tâche, qui ne peut s'envisager que sur un très long terme et dont on peut douter qu'elle soit réalisable à titre individuel. En effet, ce travail ne peut être que collectif, comme en témoigne les nombreux projets doctrinaux européens réalisés ou en cours, qui se cantonnent pour la plupart à une partie de la matière civile en raison de l'immensité du travail à accomplir. Sur le plan temporel, si l'on prend l'exemple des principes Lando, leur élaboration a nécessité à de nombreux juristes plus de vingt-années de recherche. Pour les mêmes raisons, il ne s'agira pas d'étudier avec précision les évolutions que provoquerait, sur notre droit civil ou les droits civils des autres Etats membres, l'adoption d'un code civil européen dans l'hypothèse où celui-ci deviendrait une réalité.⁶⁹ Cette recherche s'inscrit donc plus en amont de la problématique posée par le Code civil européen. Ainsi, les interrogations porteront avant tout sur la faisabilité théorique d'une telle entreprise, même si nous ne négligerons pas de nous attarder sur certains effets pouvant résulter de l'adoption d'untel code. Pour autant, il ne faut pas en conclure qu'à nos yeux, un tel projet doit aboutir à n'importe quel prix.

13. Le choix de la démarche retenue découle d'une constatation faite par Messieurs Benoît Frydman et Guy Haarscher, selon lesquels « *le droit moderne s'est développé sur une base territoriale, dans le cadre des Etats nations qui ont émergé à partir du XVI^{ème} siècle. Or, la mondialisation progressive des relations humaines met fondamentalement en cause un tel processus de régulation. Tout se passe comme si un nouveau paradigme émergeait, face auquel nous hésiterions encore sur la stratégie intellectuelle à adopter : tenter de la régler et*

⁶⁸ C'est la définition que retient M. Gérard Cornu dans : Vocabulaire juridique, Association H. Capitant, PUF, 7^{ème} éd., page 147. Voir aussi, MALAURIE Ph., « La pensée juridique du droit civil au XX^{ème} siècle », JCP 2001, n°283, page 9 : « *il est un terme du sujet dont il est inutile de débattre longuement, parce qu'il est supposé connu ; le droit civil. Il faut le prendre tel qu'il est compris dans l'enseignement supérieur en France : sources, personnes, incapacités, biens, obligations, contrats spéciaux, régimes matrimoniaux, successions et sûretés. Ou plutôt, le droit commun, comme on disait naguère* ».

⁶⁹ Tel est l'objet par exemple de nombreuses contributions doctrinales. Pour un exemple, MAZEAUD D., « Faut-il avoir peur d'un droit européen des contrats (bis sed non repetita...) ? », *Mélanges Philippe Malinvaud*, page 397 et s.

nous cramponner à l'idée moderne d'un Etat unitaire fondement souverain de la loi ; nous abandonner à la globalisation avec la naïveté enthousiaste de ceux pour qui toute nouveauté signifie que la terre promise est en vue ; ou encore - position la plus difficile et en même temps la plus nécessaire - essayer de "piloter" le changement de façon à lui donner une forme juridique plus ou moins conforme aux idéaux humanistes »⁷⁰. Par analogie avec notre sujet, l'hypothèse d'un Code civil européen semble avoir fait émerger un nouveau paradigme, face auquel trois attitudes sont donc envisageables. La première est celle du rejet total de ce code européen et du repli sur le droit national, ce code n'étant qu'une utopie en raison d'obstacles trop nombreux, voire rédhibitoires. Dans cette optique, le *status quo* s'imposerait en quelque sorte. On déciderait de ne rien faire, favorisant ainsi la libre concurrence entre les vingt-sept systèmes juridiques. Tout d'abord, cette option est la moins fertile pour l'imaginaire du juriste. Ensuite, même à très long terme, cette circulation des modèles aura peu de chance d'aboutir à la réalisation d'un droit européen commun.⁷¹ Enfin, si elle peut sembler la plus respectueuse des droits nationaux, il faut se méfier d'un pluralisme « *qui permet en quelque sorte à chacun d'aller faire son marché* »⁷² et pouvant conduire à terme à une hégémonie du modèle de *common law*, dont les récents rapports *Doing Business* de la Banque mondiale ne cessent de marteler qu'il est de loin le modèle le plus performant.⁷³ La voie diamétralement opposée, consistant en l'acceptation sans condition de ce code civil européen, n'a pas non plus été retenue. L'option simpliste d'un code imposé depuis Bruxelles et ayant vocation à se substituer aux codes nationaux ne peut sérieusement être envisagée, notamment en raison de l'attachement de chaque peuple européen à son propre code civil. Par conséquent, c'est une démarche médiane, celle du pilotage d'une éventuelle codification, qui s'est imposée avec raison.

⁷⁰ FRYDMAN B. et HAARSCHEER G., *Philosophie du droit*, Dalloz, Connaissances du droit, 2 éd., 2002, page 127.

⁷¹ JAMIN C., « Un droit européen des contrats ? », in *Le droit privé européen*, sous la dir. de DE VAREILLES-SOMMIERES, page 47 : « *En l'état actuel, compter sur des transferts de droits plus ou moins spontanés, plus ou moins ponctuels, pour bâtir un droit européen des contrats est peut-être insuffisant en raison du caractère trop anarchique de ces transferts* ».

⁷² JAMIN C., *précité*, page 46.

⁷³ Pour une critique des rapports successifs de la banque mondiale à ce propos : ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Les droits de tradition civiliste en question* (A propos des Rapports *Doing Business* de la Banque Mondiale), Vol.1 et Vol. 2, Société de législation comparée, 2006 et 2007. Toutefois, le phénomène du jus shopping ne conduit pas systématiquement à la prédominance du modèle anglo-saxon. Par exemple, la phase précontractuelle témoigne de l'inversement de la tendance générale de cette prédominance et de son alignement sur le modèle romano-germanique : MONZER R., « Les effets de la mondialisation sur la période précontractuelle – Régimes juridiques romano-germaniques et anglo-saxons », RIDC 2007, n°3, page 523 et s.

14. Si « *le projet de code civil européen constitue sans doute un des grands défis juridiques de l'Europe contemporaine* »⁷⁴, les chances d'aboutir de ce projet sont loin d'être évidentes. La situation n'est pas nette entre d'un côté l'entêtement du Parlement européen et de l'autre l'attitude plus timorée de la Commission. Ces hésitations s'expliquent en partie par le changement au sein de la Commission de la direction générale en charge de cette question. Après avoir été confié à la direction générale « Marché intérieur », l'éventualité d'un code civil européen relève désormais de la direction générale « Justice, Liberté et Sécurité ». Pourtant, ce changement est aussi à l'origine de la résurgence de l'idée d'un droit commun européen à l'occasion de la proposition de règlement Rome II dont l'article 3 § 2 prévoit la possibilité pour les parties de soumettre leur contrat à des règles matérielles non étatiques telles que les principes Lando.⁷⁵ Ainsi, malgré les hésitations institutionnelles et les retours parfois négatifs des acteurs économiques et de la société civile, l'hypothèse d'un code civil européen n'est en rien dépassée. Tout comme la constitution européenne, ce projet fait l'objet de mouvements d'écclipse et de mise en lumière, ce qui n'a pas empêché qu'un traité constitutionnel soit finalement adopté par les Etats membres de l'Union européenne. Même s'il semble peu probable que ce code voit le jour à très court terme, en raison de sa dimension sisyphéenne, les divers aspects techniques de cette entreprise présentent un intérêt indéniable et méritent d'être étudiés. C'est pourquoi les fondations du processus de codification européennes seront tout d'abord posées, même si celles-ci peuvent encore apparaître chancelantes. Un pas important ayant été franchi vers une possible codification européenne, il importera d'ores et déjà de réfléchir à son éventuelle réalisation, d'en mesurer tant l'objet que les effets.

Première partie : L'enclenchement du processus de codification européenne

Deuxième partie : La réalisation du processus de codification européenne

⁷⁴ SCHMID Ch. U., « Le projet d'un code civil européen et la constitution européenne », *Revue Thémis Les Cahiers de droit* 2005, vol.46, page 116.

⁷⁵ Voir les termes de la Proposition de Règlement du PE et Conseil sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), Exposé des motifs, COM (2005) 650 final, 2005/0261 COD : JDI 2006, n°1, page 407 spéc.

**Première partie : L'enclenchement du processus de
codification européenne**

15. Les institutions communautaires proposent de procéder à un rapprochement des droits civils des Etats membres de l'Union européenne, soit par l'élaboration d'un instrument optionnel limité au droit des contrats, comme le préconise de façon timorée la Commission européenne, soit par le biais d'un code civil européen, comme le souhaite de manière plus ambitieuse le Parlement européen. Du fait de l'entêtement de ce dernier à promouvoir un code commun aux Etats membres, de l'importance des travaux et projets savants réalisés dans ce sens, mais aussi d'une logique européenne d'intégration propice à un tel rapprochement des législations et à une union sans cesse plus étroite, le processus de codification semble avoir été en quelque sorte enclenché.

16. René David affirmait que « *le problème n'est pas de nos jours de savoir si l'unification internationale du droit se fera ; il est de savoir comment elle se fera* »⁷⁶. Ainsi, de manière identique, peu importe de savoir si un code civil européen, commun à l'ensemble des Etats membres de l'Union européenne, verra ou non le jour au final, on ne peut en effet contester que certaines conditions, tant sur le plan institutionnel que matériel, sont en voie d'être réunies pour qu'une telle entreprise puisse aboutir, puisqu'un tel « *processus s'insère dans un vaste mouvement d'internationalisation et d'européanisation du droit, quasiment inéluctable* »⁷⁷ (Titre I). Cependant, comme le souligne Madame Fauvarque-Cosson, « *le projet de code civil européen soulève des objections majeures qui peuvent faire douter de son opportunité* »⁷⁸. En effet, des obstacles importants devront être surmontés pour que le Code civil européen ne reste pas à l'état de fiction, obstacles qui constituent autant de défis juridiques à relever pour l'Europe (Titre II).

⁷⁶ DAVID R., « Les méthodes de l'unification », in *Le droit comparé – Droits d'hier, droits de demain*, Economica, 1982, page 304.

⁷⁷ FAUVARQUE-COSSON B., « Faut-il un code civil européen ? », RTDCiv. 2002, n°3, page 465.

⁷⁸ FAUVARQUE-COSSON B., *ibidem*.

Titre Premier :

Des conditions à réunir

17. La codification du droit civil européen devra être institutionnellement menée dans le cadre de l'Union européenne. Il faut d'emblée évincer toute intervention institutionnelle du Conseil de l'Europe. La mise en place en son sein d'une cour supranationale telle que la Cour européenne des droits de l'Homme, dont la compétence s'impose aux Etats membres, ne doit pas occulter le fait qu'à la différence de l'Union européenne, le Conseil de l'Europe est une organisation gouvernementale fondée sur la coopération et dans laquelle les Etats conservent leur souveraineté.⁷⁹ Il faut bien reconnaître que la concurrence du Conseil de l'Europe avec d'autres organisations internationales, telle l'Union européenne qui dispose parfois de moyens beaucoup plus efficaces et de compétences beaucoup plus étendues, a singulièrement restreint ses possibilités d'action sur des terrains autres que la protection des droits de l'Homme.⁸⁰ L'influence du Conseil de l'Europe ne sera donc prise en compte que d'un point de vue exclusivement matériel, au travers du droit issu de la Convention européenne des droits de l'Homme.

18. Deux facteurs essentiels permettent donc d'affirmer que, dans un avenir plus ou moins proche, les conditions seront réunies pour qu'une codification civile puisse intervenir à l'échelle européenne.

19. D'un point de vue institutionnel, l'Union européenne est entièrement tournée vers une dynamique propre, la logique d'intégration, permettant d'opérer un rapprochement croissant des législations des Etats membres, logique à laquelle la matière civile n'échappe pas. Un tel rapprochement des législations civiles peut en effet se concrétiser par différentes méthodes. Ce choix relève en pratique des institutions communautaires, qui ont proposé la

⁷⁹ BENOIT-ROHMER F. et KLEBES H., *Le droit du Conseil de l'Europe – Vers un espace juridique paneuropéen*, éd. du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2005, page 91.

⁸⁰ BENOIT-ROHMER F. et KLEBES H., *ibidem*, page 145 et s. spéc.

mise en place d'un code civil commun, choix qui paraît être en phase avec la recherche d'une union sans cesse plus étroite qui les anime (Chapitre I).

20. D'un point de vue matériel, l'émergence, voire l'existence, d'un droit civil européen, qui ne demande qu'à être systématisé, confirme l'utilité du projet de codification européenne. Ce droit commun, réminiscence historique du *jus commune* pour certains, ne sera pas limité au seul droit communautaire mais tiendra aussi compte des droits des Etats membres et de l'apport considérable de la Convention européenne des droits de l'Homme. Ses contours s'avèreront difficiles à déterminer. A cet égard, les institutions communautaires devront être épaulées par la doctrine européenne, qui s'appuyant notamment sur la méthode comparative, aura à un rôle capital à jouer dans la découverte ou renaissance de ce droit commun (Chapitre II).

Chapitre I - Le facteur institutionnel : la dynamique propre de l'Union européenne

21. L'Union européenne se définit comme une série de processus particuliers et autonomes⁸¹. Suivant une démarche pragmatique et volontariste, chère à Jean Monnet⁸², l'Europe communautaire existe à travers des réalisations concrètes. La codification à l'échelle européenne de la matière civile repose pour partie sur cette dynamique propre de l'Union européenne, aujourd'hui décriée et contestée par certains, qui fulminent l'Union européenne, « *machine folle qui court tête baissée au devant du précipice* »⁸³. Le projet de code civil européen s'inscrit dans un double contexte.

22. Tout d'abord, le projet de code civil européen se situe au cœur d'un contexte politique favorable. Au sein de l'Union européenne, la logique qui préside est avant tout une logique intégrative, les traités successifs marquant à chaque fois « *une nouvelle étape dans le processus créant une union sans cesse plus étroite* »⁸⁴. Dans un souci d'efficacité, l'intégration européenne fut d'abord économique et juridique, dans une moindre mesure politique, cette construction connaissant « *des accélérations et des retards au gré des conseils européens* »⁸⁵. Ainsi, dans un tel contexte, un code commun marquerait « *une avancée symbolique forte vers une intégration croissante* »⁸⁶ (Section I).

⁸¹ AZOULAY L., « La Constitution et l'intégration. Les deux sources de l'Union européenne en formation », RFDA 2003, page 861.

⁸² HEUZE V., « L'Europe désenchantée », JCP éd. G 2005, Doctrine, I, n°157, page 1440 : l'auteur rappelle que Jean Monnet aimait à affirmer que « *l'Europe (...) se fera par des réalisations concrètes créant d'abord une solidarité de fait* ».

⁸³ HEUZE V., « L'Europe désenchantée », JCP éd. G 2005, Doctrine, I, n°157, page 1439 et s. : de façon trop caricaturale, l'auteur attaque l'Union européenne, qui n'aurait pas tenu ses promesses de solidarité, de progrès social, de démocratie. Selon lui, elle serait « *indifférente aux mises en garde des plus convaincus comme aux limites tracées à son action, elle multiplie les initiatives dans les domaines les plus variés où, faute de conception commune, les positions qu'elle arrête sont exclusivement le reflet de son idéologie uniformisatrice, qui ne connaît d'autres contraintes que l'affrontement des intérêts égoïstes des Etats qui la composent* ».

⁸⁴ Article 1^{er} alinéa 2 du Traité Union Européenne.

⁸⁵ OST F. ET VAN DE KERCHOVE M., *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Presses universitaires de St Louis, Belgique, 2002, page 71.

⁸⁶ GROUPE D'ETUDE SUR LA JUSTICE SOCIALE EN DROIT PRIVE EUROPEEN, « Manifeste pour une justice sociale en droit européen des contrats », RTDC 2005 n°4, page 728.

23. En outre, l'ambition d'un code civil commun aux Etats membres doit être replacé dans un contexte plus particulier, marqué par la volonté des institutions communautaires, à un degré plus ou moindre, de rapprocher entièrement ou pour partie les législations civiles des Etats membres⁸⁷. De façon plus technique, le processus d'intégration se traduit en effet en diverses modalités de rapprochement des législations que les institutions communautaires utilisent pour procéder, dans un domaine particulier où elles ont compétence, à une simple coordination, une harmonisation, une uniformisation ou une unification des règles internes aux Etats membres⁸⁸. Dans un domaine tel que le droit civil, relevant traditionnellement de la compétence quasi-exclusive des Etats membres, un débat inter-institutionnel s'est engagé pour déterminer quel degré d'intégration pouvait présider à la codification européenne (Section II).

Section I- Le contexte général : le souci permanent d'intégration

24. La logique d'intégration n'est pas un phénomène propre à l'Union européenne. Cependant, cette organisation régionale en constitue depuis quelques années l'archétype⁸⁹. Ainsi, le processus d'intégration à l'échelle européenne est traditionnellement présenté comme celui « *par lequel les acteurs de différents contextes nationaux sont amenés à déplacer leurs attentes, leur loyauté ainsi que leurs activités vers un nouveau centre, lequel possède des compétences sur le territoire des Etats nationaux* ». ⁹⁰ Or, le concept d'intégration ne peut être limité à cette seule définition. Comme le souligne Mme Mireille Delmas-Marty,

⁸⁷ Cf pour le Parlement et la Commission : Résolution PE du 26 mai 1989 sur un effort de rapprochement du droit privé des Etats membres, JOCE du 26 juin 1989, C n° 158, page 400 ; Résolution du PE du 6 mai 1994 sur l'harmonisation de certains secteurs du droit privé des Etats membres, JOCE du 25 juillet 1994, C n° 205, page 518 ; Communication Commission du 11 juillet 2001, sur le droit européen des contrats, JO CE du 13 septembre 2001, C, n° 255, page 1 ; Résolution du 15 novembre 2001 sur le rapprochement du droit civil et commercial des Etats membres, COM(2001) 398 – C5-0471/2001 ; Communication Commission du 12 février 2003, Plan d'action : Pour un droit européen des contrats plus cohérent, JO CE du 15 mars 2003, C, n° 063 ; Résolution du PE, 2 septembre 2003, sur la communication de la Commission intitulée « un droit européen des contrats plus cohérent », COM(2003), 68-2003 (INI) ; Communication Commission du 11 octobre 2004 « Droit européen des contrats et révision de l'acquis : la voie à suivre », COM (2004), 651 final.

⁸⁸ Sur la terminologie des différents degrés d'intégration, sur laquelle nous reviendrons de façon approfondie, voir : ANCEL M., « Rapprochement, unification ou harmonisation des droits ? », *Mélanges offerts à GABRIEL MARTY*, 1978, page 1 ; JEAMMAUD A., « Unification, uniformisation, harmonisation, de quoi s'agit-il ? », in *Vers un code européen de la consommation*, Bruxelles, Bruylant, 1998, page 35 et s.

⁸⁹ MONACO R., « Notes sur l'intégration juridique dans les Communautés Européennes », in *Miscellanea W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH*, Tome II, page 314.

⁹⁰ ERNST B. HAAS, *The uniting of Europe. Political, social and economic forces (1950-1957)*, page 16, cité par AZOULAY L., « La Constitution et l'intégration: les deux sources de l'Union en formation », RFDA 2003, page 859.

l'intégration ne doit pas être entendue comme le seul « *processus ascendant* » de transfert de compétences opéré par un Etat au profit d'un organe supranational, mais aussi comme un « *processus descendant* » permettant « *d'insérer la norme internationale dans l'ordre juridique interne* »⁹¹.

25. Cette double définition permet ainsi de saisir le phénomène d'intégration dans son intégralité, à travers ses aspects juridiques, économiques et politiques. De ce fait, cette analyse corrobore la distinction opérée précédemment par Monsieur Ricardo Monaco entre « *intégration structurelle* » et « *intégration normative* »⁹², qui nous servira de subdivision dans la présente section. Elle nous permettra non pas de traiter du processus d'intégration dans son entier mais plutôt de mettre en lumière les points les plus importants témoignant d'une véritable dynamique propre à faciliter l'adoption d'un code civil européen.

Paragraphe I - Une intégration structurelle

26. L'expression d'« *objet politique non identifié* », empruntée à Monsieur Jacques Delors, reflète parfaitement la place à part qu'occupe l'Union européenne au sein de la catégorie des organisations internationales.⁹³ L'Europe connaît en effet une intégration beaucoup plus poussée que les organisations classiques, ce qui lui vaut d'être qualifiée de construction « *sui generis* ». Ce contexte est propice à une intégration du domaine civil, dans la lignée de l'intégration économique (A).

27. Créée au départ par six Etats et comprenant aujourd'hui vingt-sept Etats membres, l'Union européenne n'a cessé d'évoluer sur tous les plans. Sur le plan politique toutefois, elle apparaît comme une « *symphonie inachevée* »⁹⁴, ce qui ne s'analyse pas pour autant, de notre point de vue, en un obstacle à une codification du droit civil européen dans l'avenir (B).

⁹¹ DELMAS-MARTY M., *Critique de l'intégration normative – L'apport du droit comparé à l'harmonisation des droits*, PUF, 2004, page 14.

⁹² MONACO R., « Notes sur l'intégration juridique dans les Communautés Européennes », in *Miscellanae W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH*, Tome II, page 314.

⁹³ QUERMONNE JL, *Le système politique de l'Union Européenne*, Montchrétien, coll. Clefs Politique, 2005, 6^{ème} éd., pages 6-7 : « Plus qu'une confédération d'Etats, moins qu'un Etat fédéral, le système politique de l'Union se prête difficilement à l'analyse juridique ».

⁹⁴ Cette expression est empruntée à OST F. ET VAN DE KERCHOVE M., in *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Presses universitaires de St Louis, Belgique, 2002, page 71.

A) Une construction européenne *sui generis*

28. Il est difficile de rendre compte de la construction européenne en raisonnant à partir des schémas nationaux⁹⁵. Il est vrai qu'édifiées sur le modèle des structures étatiques, les structures institutionnelles communautaires dupliquent les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire internes⁹⁶. Mais les traités communautaires, modifiés à maintes reprises, ont mis sur pied un système original, qui se démarque des organisations internationales classiques. Les Etats membres ont en effet accepté d'abandonner une partie de leurs compétences au profit des institutions communautaires. Ainsi, l'intégration principalement économique dans un premier temps a permis de créer un marché européen commun où circulent librement personnes, marchandises, services et capitaux, jusqu'à une monnaie européenne unique, attribut jusque là exclusif de la souveraineté étatique⁹⁷. La Communauté est aujourd'hui compétente dans des domaines aussi importants que la politique agricole commune, la politique commerciale commune, la politique de concurrence ou la politique monétaire. La logique de construction en piliers, des traités de Maastricht à Amsterdam, a conduit de fait à ce que peu de domaines échappent à l'influence de l'Union européenne.

29. Un code civil commun pourrait aisément s'inscrire dans un tel contexte. Le problème est cependant un peu plus complexe, le rapprochement des législations civiles internes étant un domaine plus délicat que le domaine économique. La construction européenne repose certes sur une logique intégrative mais qui est loin, fort heureusement, d'être totale et absolue. Les Etats membres n'ont renoncé qu'à un certain nombre de compétences. Le système communautaire repose en effet sur les principes de subsidiarité et de proportionnalité.

⁹⁵ OST F. ET VAN DE KERCHOVE M., *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Presses universitaires de St Louis, Belgique, 2002, page 69.

⁹⁶ MONACO R., « Notes sur l'intégration juridique dans les Communautés Européennes », in *Miscellanae W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH*, Tome II, page 315.

⁹⁷ L'adoption de la monnaie unique laisse supposer d'ailleurs que lorsque une volonté politique forte existe, un projet d'une importance telle que l'Euro, imposé de façon certes progressive, peut malgré certaines réticences aboutir. Toutefois, il faut noter que seuls 13 des 27 Etats membres ont adopté la monnaie unique. Sur l'entrée récente de la Slovénie dans la zone euro : Communiqué de la Banque centrale européenne du 2 janvier 2007, disponible sur <http://www.ecb.eu.int>.

30. La subsidiarité, principe consistant à rechercher constamment un niveau de décision aussi proche que possible de l'individu⁹⁸, a été introduite de façon explicite par le Traité de Maastricht. Elle pose le principe essentiel selon lequel la Communauté agit dans la limite des compétences qui lui sont conférées par les traités. Par conséquent, si l'Union européenne n'a qu'une compétence d'attribution, les Etats membres possèdent une compétence de droit commun.⁹⁹ Ainsi, la subsidiarité apparaît comme un principe régulateur de compétences, ayant vocation à limiter les thématiques relevant de l'Union, qui n'ont cessé de croître sous l'impulsion de la jurisprudence volontariste de la Cour de Justice¹⁰⁰. Lorsque les institutions communautaires veulent exercer leur compétence dans un domaine particulier, elles doivent en effet prouver le caractère indispensable de leur intervention. L'alinéa 2 de l'article 5 CE fixe deux conditions : d'une part, les Etats membres agissant séparément ou en coopérant entre eux n'ont pas pu atteindre l'objectif assigné, et d'autre part, l'intervention communautaire serait de nature à mieux réaliser cet objectif que les Etats membres n'auraient pu le faire.¹⁰¹ Complétant la subsidiarité, le principe de proportionnalité, consacré à l'alinéa 3 de l'article 5 CE, dispose que l'intervention communautaire ne doit pas excéder ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs des traités. Dès lors, l'Union européenne doit toujours privilégier les solutions les moins lourdes et les plus respectueuses de l'identité nationale de ses Etats membres. Les principes de subsidiarité et de proportionnalité peuvent par conséquent être perçus comme des obstacles à l'adoption d'un code civil européen.

31. De la même façon que certains auteurs se sont intéressés à la question de savoir si la délimitation en vigueur entre compétences nationales et européennes, centralisées et décentralisées, se justifiait du point de vue de la science économique en matière de production juridique et en matière de justice,¹⁰² on peut soumettre l'opportunité d'un code civil européen

⁹⁸ LEURQUIN DE VISSCHER F., « Existe-t-il un principe de subsidiarité ? », in DELPEREE F. (sous la direction de), *Le principe de subsidiarité*, coll. Bibliothèque de la faculté de droit de l'Université Catholique de Louvain, Bruylant, 2002, page 22.

⁹⁹ CLERGERIE JL, *Le principe de subsidiarité*, Ellipses, coll. Le droit en questions, 1997, page 69.

¹⁰⁰ Dès les traités originaires, le principe dit de spécialité était cependant déjà interprété de façon extensive par la jurisprudence de la Cour de justice, celle-ci considérant que la compétence communautaire pouvait s'immiscer dans les souverainetés nationales là où cela était nécessaire « *pour que du fait des pouvoirs retenus par les Etats membres, l'effet utile du traité ne soit pas grandement diminué et sa finalité compromise* » : CJCE 23 février 1961, aff 30/59, *Gezamerlikje Steenkolenmijnen*, Recueil page 46. Cette théorie dite de l'effet utile ou des compétences implicites a permis à la Cour de justice d'accroître considérablement les compétences de la Communauté dans certains domaines et de consacrer par avance une subsidiarité profitant à la Communauté.

¹⁰¹ Délégation du Sénat pour l'UE, *L'application du principe de subsidiarité*, Rapport d'information du Sénat 1996/1997, n°46.

¹⁰² Par exemple, DELABRUYERE S., « Réflexions économiques sur l'Europe juridique et judiciaire », D. 2005, Point de vue, page 1652 et s. Pour cet auteur, il est possible de justifier économiquement la production

à une analyse économique du droit. Ainsi, « avec l'approfondissement de l'intégration européenne et l'affirmation du principe de libre circulation des personnes et des biens, la justification économique de l'exercice décentralisé [donc national] de certaines compétences (...) tend à se fragiliser »¹⁰³. De même, les affaires comportant une dimension transnationale, qui seraient traitées de façon exclusive au plan national, posent judiciairement de nombreuses difficultés, ce qui justifie de réfléchir à une répartition adéquate des compétences, notamment en matière civile. Un effort a certes été consenti en matière de coopération judiciaire mais peut-être n'est-il pas suffisant. L'adoption d'un code civil européen pourrait être un pas supplémentaire dans cette voie. Pour autant est-ce un pas proportionné ? Abordant le projet de code civil européen sous un angle économique, Monsieur Mackaay rappelle que pour les tenants de l'analyse économique du droit, la concurrence entre les droits favorisant le *jus* ou *forum shopping*¹⁰⁴ est la solution la plus efficiente et la meilleure façon de minimiser les coûts.¹⁰⁵ Elle serait incompatible avec l'option d'un droit unifié par un code, ce code apparaissant superflu et dont les avantages seraient nettement inférieurs à son coût. Selon Monsieur Mackaay, le leadership intellectuel dans le monde juridique étant passé aux mains des Etats-Unis, il serait temps de tirer la sonnette d'alarme. Reconnaisant que l'intégration européenne est source de renouveau en matière de droit civil, il écarte l'idée d'un code européen qui à ses yeux empêcherait le renouvellement de la pensée civiliste en ne l'exposant pas réellement à la concurrence de la *common law*.¹⁰⁶ Une telle analyse nous semble pour autant peu convaincante, s'arc-boutant sur le préjugé erroné que les systèmes de droit écrit, ayant procédé à une codification de leur droit, seraient moins performants que le modèle anglo-saxon de *common law*.¹⁰⁷ Comme l'analyse justement Monsieur Gaudreault-Desbiens, cette idée est véhiculée par les rapports *Doing Business* de la Banque mondiale, institution qui a fait sienne les théories des tenants de la « *new comparative economics* », mouvement formé

centralisée, et donc communautaire, du droit, dans les domaines dans lesquels les effets recherchés à travers les règles juridiques ou les comportements que celles-ci visent à contrôler s'étendent sur plusieurs Etats membres.

¹⁰³ DELABRUYERE S., « Réflexions économiques sur l'Europe juridique et judiciaire », D. 2005, Point de vue, page 1652.

¹⁰⁴ Les phénomènes de *jus shopping* ou *law shopping* ou *forum shopping* désignent la possibilité pour toute personne de sélectionner la loi, et par conséquent la juridiction, qui lui sera la plus favorable au regard de sa situation.

¹⁰⁵ MACKAAY E., « Faut-il un code civil européen ? Une analyse économique », Revue « Les Cahiers de droit », vol.46, n°1-2, mars/juin 2005, n°spécial Colloque de Laval (Québec) des 19, 20 et 21 sept. 2004, page 217 et s.

¹⁰⁶ MACKAAY E., « Faut-il un code civil européen ? Une analyse économique », précité : cet auteur opte plutôt pour une mise en concurrence des droits assortie du choix pour les citoyens européens d'un 28^{ème} droit uniforme.

¹⁰⁷ Comme le démontre de nombreux juristes dans deux ouvrages de l'Association Henri Capitant : *Les droits de tradition civiliste en question* (A propos des Rapports *Doing Business* de la Banque Mondiale), Vol.1 et Vol. 2, Société de législation comparée, 2006 et 2007.

d'économistes et non de juristes, qui s'éloigne de la théorie classique de l'analyse économique du droit et qui tend à dévaloriser la tradition civiliste.¹⁰⁸

Quoiqu'il en soit, les principes de subsidiarité et de proportionnalité n'ont pas freiné une intégration économique croissante, qui a fait place par la suite à un volet politique manquant à l'Union, mais qui reste inachevé.

B) Un système politique inachevé

32. L'Union politique est à l'heure actuelle incomplète. Les fondements du système politique communautaire se sont certes stabilisés.¹⁰⁹ On ne peut nier la « *constitutionnalisation* »¹¹⁰ du système communautaire, renforcée par le concept de « *Communauté de droit* » consacré par la Cour de Justice dans son arrêt *Les Verts*, affirmant que « *la Communauté européenne est une Communauté de droit en ce que ni ses Etats membres, ni ses institutions n'échappent au contrôle de la conformité de leurs actes à la charte constitutionnelle de base qu'est le traité* ». ¹¹¹ Mais l'organisation politique et constitutionnelle n'est pas pour autant clairement définie au sein d'une constitution. La raison en est peut-être que, débordant le cadre étatique, la construction européenne n'aboutit pas en réalité à un « *super-Etat* »¹¹² mais à quelque chose d'hybride.

33. La question de la nature politique et juridique de l'Union européenne reste largement ouverte à l'heure actuelle. Ce ne serait ni une fédération, ni une confédération¹¹³. D'une part, l'Union a depuis longtemps dépassé le modèle de la simple confédération. D'autre part, le rôle prépondérant des Etats semble exclure toute référence au modèle de l'Etat

¹⁰⁸ GAUDREAU-DESBIENS J.-F., *Les solitudes du bijuridisme au Canada*, éd. Thémis, 2007, spéc. pages 75 et s.

¹⁰⁹ MAGNETTE P., « Questions sur la constitution européenne », in Institut d'études européennes, *La constitution de l'Europe*, éd. De l'Université de Bruxelles, 2002, page 15.

¹¹⁰ Idée développée par SIMON D., *Le système communautaire*, PUF, coll. Droit fondamental, 3 éd., 2001, pages 33-45.

¹¹¹ CJCE 23 avril 1986, *Les Verts c/ Parlement*, aff 294/83, recueil page 1339. Voir aussi les conclusions de l'avocat général DARMON dans l'affaire Johnston, au Recueil page 1656, qui précise que parce qu'elle est « *constituée d'Etats de droit, la Communauté européenne est nécessairement une Communauté de droit. Sa création, comme son fonctionnement ... reposent sur l'égal respect par les Etats membres de l'ordre juridique communautaire* ».

¹¹² OST F. ET VAN DE KERCHOVE M., *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Presses universitaires de St Louis, Belgique, 2002, page 65.

¹¹³ J-M FAVRET, *Droit et pratique de l'Union européenne*, Gualino Manuel, 4^{ème} éd., 2003, page 57.

fédéral de type américain¹¹⁴. En effet, « *la fédération classique implique la disparition de la souveraineté internationale des Etats qui la composent. Or, dans le cas de l'UE, les Etats membres sont souverains et entendent le demeurer* »¹¹⁵. Le raisonnement par analogie avec les modèles existants se prête mal à la compréhension de la construction européenne. Au mieux la construction européenne comporterait « *des germes de fédéralisme* »¹¹⁶ et pourrait constituer, selon l'expression de Monsieur Jacques Delors, une « *fédération d'Etats-nations* », notion reprise par certains juristes et illustrant bien l'originalité de la forme politique de l'Union¹¹⁷.

34. Il faut observer que depuis le début de la création de l'Union, les Etats membres ont consenti à nombre de transferts de compétence qui, par leur ampleur, constituent de véritables exceptions au principe de l'exclusivité de la souveraineté.¹¹⁸ Or, jusqu'à ce jour, aucun équivalent à la souveraineté n'a émergé à l'échelle communautaire¹¹⁹, même si certains auteurs décèlent les prémises d'une souveraineté européenne¹²⁰. De la même manière, l'Union ne dispose pas de façon explicite de la personnalité internationale, contrairement aux Communautés¹²¹. L'incomplétude du système a trouvé un écho favorable dans la volonté d'élaborer une constitution pour l'Europe, « *question resurgissant à chaque moment clef de l'histoire de l'intégration européenne* »¹²². Adoptée lors du Conseil européen de Bruxelles en 2004, mais non ratifiée par l'ensemble des Etats membres, à savoir les Pays bas et la France, le texte propose non pas une compilation des traités existants mais une véritable refonte des textes communautaires, assortie d'innovations et de simplifications importantes concernant

¹¹⁴ CROISAT M. ET QUERMONNE JL., *L'Europe et le fédéralisme*, Montchrétien, coll. Clefs Politique, 2^{ème} éd., 1999, page 8.

¹¹⁵ BADINTER R., *Une constitution européenne*, Fayard, 2002, page 26.

¹¹⁶ GUIHÉRY L., *Economie du fédéralisme : quelle constitution pour l'Europe ?*, L'Harmattan, Questions contemporaines, 2001, page 131.

¹¹⁷ JAN P., « La constitution européenne : l'An I d'une fédération européenne d'Etats nations », RDP 2003, n°5, page 1254 : « *La fédération d'Etats nations devient palpable. Elle s'installe durablement* ».

¹¹⁸ DAILLIER P. ET PELLET A., *Droit international public*, 2000, n°305, page 470.

¹¹⁹ FITOUSSI JP, *La règle et le choix - De la souveraineté économique en Europe*, Seuil, 2002, page 7 : « *telle qu'elle s'est construite, l'Union présente un paradoxe : elle a certes nécessité de notables abandons de souveraineté de la part des Etats qui la composent, mais elle n'y a encore substitué aucun équivalent à l'échelle communautaire* ».

¹²⁰ CHALTIEL F., *La souveraineté de l'Etat et l'Union européenne. L'exemple français : recherches sur la souveraineté de l'Etat membre*, thèse, LGDJ, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 2000, page 502 : selon la thèse de FLORENCE CHALTIEL, on peut désormais déceler deux formes de souveraineté, l'une au niveau européen et l'autre au niveau étatique. Selon cet auteur, il existerait des signes perceptibles d'une souveraineté européenne, dont l'« *un des indices majeurs (...) réside dans l'observation d'un véritable Etat de droit européen* ».

¹²¹ CJCE 15 juillet 1960, Aff. 43-48/59 et 44/59, Lachmuller et Fiddelaar, Recueil CJCE 1960, page 1077 : « *les Communautés sont des personnes morales de droit public* ».

¹²² MAGNETTE P., « Questions sur la constitution européenne », in Institut d'études européennes, *La constitution de l'Europe*, éd. De l'Université de Bruxelles, page 9.

notamment l'architecture institutionnelle, la répartition des compétences, le système normatif de l'Union et les droits fondamentaux.¹²³ La constitution européenne n'apporte cependant pas de réponse claire à la question de la nature politique de l'Union, certains considérant que ce projet ne fait que consacrer, codifier et amplifier la nature juridique hybride de l'Union, confirmant par là même son irréductibilité aux modèles existants.¹²⁴

35. Quelle que soit la nature de la construction européenne, cela ne saurait remettre en cause le projet d'édicter un code civil commun aux Etats membres. On ne peut lier une telle entreprise à une certaine forme d'Etat, notamment au fédéralisme. Selon Monsieur Philippe Malinvaud, le fédéralisme n'implique nullement l'unité du droit civil et même n'existe que si les collectivités fédérées sont véritablement des Etats et disposent de certains attributs de la souveraineté.¹²⁵ Il est vrai que la question de l'unification juridique s'est posée dans différents systèmes fédéralistes et que des réponses différentes y ont été apportées, cette question restant ainsi très ouverte.¹²⁶ On ne peut cependant souscrire à la thèse selon laquelle, au même titre que la constitution, le projet de code civil européen ne serait qu'un moyen supplémentaire « *de faire progresser l'Europe fédérale* ». ¹²⁷ A l'inverse, le seul fait que l'Union européenne ne soit pas un Etat fédéral ne peut faire échec à l'adoption d'un code civil européen.

36. Comme le souligne Monsieur Christophe U. Schmid, « *c'est un contexte de développement vers un universalisme constitutionnel, dont les chances d'aboutir sont loin d'être évidentes, que s'insère le projet de code civil européen* »¹²⁸. La ratification du texte instituant une constitution pour l'Europe aurait peut-être placé le projet de code civil européen sous les meilleurs augures. En effet, pour plus de lisibilité, l'entrée en vigueur de la constitution européenne ferait disparaître la division par piliers tout comme la dualité Communauté et Union, l'Union se voyant conférer seule la personnalité juridique. Par

¹²³ MATHIEU B. ET VERPEAUX M., « Brèves remarques sur le projet de constitution européenne », D.2003, Actua, n°520, page 1909 : « *ce texte vise à restructurer le gouvernement européen, à rationaliser le système normatif communautaire, à clarifier les compétences entre l' UE et les Etats qui la composent et à solenniser l'insertion des droits fondamentaux dans l'ordre juridique commun* ».

¹²⁴ BLUMANN C., « Quelques réflexions sur le projet de constitution de l'Union européenne », RDP 2003, n°5, page 1273.

¹²⁵ MALINVAUD P., « Réponse hors délai à la Commission Européenne : à propos d'un code européen des contrats », D.2002, chron., page 2547.

¹²⁶ Comme le souligne : CHARBIT N., « L'esperanto du droit : la rencontre du droit communautaire et du droit des contrats », JCP 2002, doct, I, n°100, page 11.

¹²⁷ FAUVARQUE-COSSON B., « Faut-il un code civil européen ? », RTDC 2003, n°3, page 463.

¹²⁸ SCHMID CH. U. , « Le projet d'un code civil européen et la constitution européenne », Revue « Les Cahiers de droit », vol.46, n°1-2, mars/juin 2005, n°spécial Colloque de Laval (Québec) des 19, 20 et 21 sept. 2004, page 122.

conséquent, les mêmes instruments juridiques seraient désormais utilisés dans tout le champ de l'Union¹²⁹. En outre, le Parlement européen exercerait conjointement avec le Conseil de l'Union toutes les fonctions législatives.¹³⁰ Ce renforcement sensible des compétences du Parlement européen, conforté par l'élargissement des compétences de l'Union dans le domaine des politiques communes en matière de circulation des personnes ainsi que de sécurité et justice, aurait permis que les conditions institutionnelles les plus propices soient réunies pour que le projet de codifier le droit civil européen voit le jour.

37. La mise en suspend de la constitution européenne ne devrait pas pour autant jouer en défaveur du code civil européen. En effet, on ne doit pas craindre d'être lent, mais plutôt craindre d'être à l'arrêt¹³¹. Le processus n'est pas définitivement mis aux oubliettes. Depuis le début de l'année 2007, la relance constitutionnelle semble même au cœur du programme de la présidence allemande de l'Union européenne. Lors de la présentation de son programme au Parlement européen, la chancelière allemande Madame Angela Merkel s'est en effet engagée à poursuivre le processus constitutionnel, considérant que la période de réflexion entamée après l'échec des référendums français et néerlandais était terminée.¹³² Résolue à résoudre la crise passagère que traverse l'Union, elle émet le vœu que cet objectif soit rempli pour la fin de la législature parlementaire, c'est-à-dire d'ici 2009.¹³³ Ainsi, et pour reprendre l'affirmation de Messieurs Ost et van de Kerchove, « *L'Europe, ce sont des objectifs à atteindre, des politiques à mener, des actions communes à développer avant d'être un montage de règles et un dispositif institutionnel susceptible de les mener à terme* »¹³⁴. L'Europe n'a pas cessé de fonctionner suite à la déconvenue constitutionnelle. Par conséquent, le rejet par certains Etats membres, en position minoritaire, d'un traité établissant une constitution pour l'Europe ne jouera qu'à la marge sur l'entreprise de codification européenne.

¹²⁹ JAN P., « La constitution européenne : l'An I d'une fédération européenne d'Etats nations », RDP 2003, n° 5, page 1254.

¹³⁰ BLANQUER J-M., « Le projet de constitution européenne : entre pacte fédératif et ordre constitutionnel coopératif », RDP 2003, n°5, page 1275.

¹³¹ Comme l'a si justement remarquer M. Joël Andriantsimbazovina, lors d'une allocution orale : in *L'harmonisation du droit sur les continents africain et européen*, colloque CEDECE de Bordeaux des 20 et 21 septembre 2005, ronéo.

¹³² Communiqué de presse du Parlement européen du 17 janvier 2007, « Angela Merkel présente aux députés le programme de la présidence allemande », disponible sur <http://www.europarl.eu>.

¹³³ Pour l'intégralité du discours de la chancelière, en langue française : <http://www.bundesregierung.de/Content/FR/Artikel/2006/12/Anlagen/2006-12-19-en-programm,property=publicationFile.pdf>

¹³⁴ OST F. ET VAN DE KERCHOVE M., *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Presses universitaires de St Louis, Belgique, 2002, pages 71-72.

38. La logique d'intégration n'est pas seulement structurelle ; elle est aussi normative, ce dernier volet restant le plus important dans la menée à bien de l'entreprise de codification.

Paragraphe II - Une intégration normative

39. L'intégration normative est entendue comme le « *processus descendant* » permettant « *d'insérer la norme internationale dans l'ordre juridique interne* »¹³⁵. Au niveau communautaire, ce processus est essentiellement le résultat de la jurisprudence très volontariste développée par la Cour de Justice, en réponse aux imprécisions des textes communautaires¹³⁶. La Cour de Luxembourg a en effet joué un rôle crucial dans l'élaboration d'un ordre juridique communautaire propre, autonome bien que lié aux ordres juridiques internes¹³⁷, « *qui tout à la fois se superpose aux droits nationaux des Etats membres, les pénètre et tend à les modifier tout en les rapprochant* »¹³⁸. Par conséquent, dans un tel contexte, les dispositions du code civil européen ont certes vocation à se superposer aux législations civiles des Etats membres mais aussi, tout en les harmonisant, à les influencer et les renouveler.

40. Il faut cependant noter qu'une telle intégration normative s'inscrit dans une logique d'intégration plus vaste. En effet, à l'échelle du Conseil de l'Europe, on peut dire que le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme intègre les droits internes de l'ensemble des Etats membres, parties à cette convention. A la différence de l'Union européenne, cette intégration, seulement normative et non structurelle, se limite aux droits fondamentaux et laisse peut-être aux Etats une marge de manœuvre plus large. A l'échelle communautaire, l'intégration normative résulte tant de la primauté des règles produites que de

¹³⁵ DELMAS-MARTY M., *Critique de l'intégration normative – L'apport du droit comparé à l'harmonisation des droits*, PUF, 2004, page 14.

¹³⁶ OST F. ET VAN DE KERCHOVE M., *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Presses universitaires de St Louis, Belgique, 2002, page 71.

¹³⁷ AZOULAY L., « Autonomie et antinomie du droit communautaire : la norme communautaire à l'épreuve des intérêts et des droits nationaux », in Colloque « *Internormativité et réseaux d'autorités : l'ordre communautaire et les nouvelles formes de relation* », LPA du 5/10/2004, page 16 : l'auteur conclut que le droit communautaire, la norme communautaire « *assure sa consistance et son autonomie en puisant au sein des systèmes nationaux* ».

¹³⁸ DEMARET P., « Le juge et le jugement dans l'Europe d'aujourd'hui : la CJCE », in Jacob R. (sous dir.), *Le juge et le jugement dans les traditions juridiques européennes*, Actes de colloque, LGDJ, 1996, page 376.

leur effet direct, lequel permet aux particuliers, sujets de droit communautaire, d'accéder à certaines prérogatives, et donc, si un code commun voit le jour, aux avantages en découlant (A). En outre, loin de consacrer des droits théoriques ou illusoires, le droit communautaire assure, par le biais des juridictions nationales, l'effectivité des droits ainsi reconnus aux individus, la responsabilité de l'Etat membre pouvant même être engagée en cas de non respect des dispositions communautaires (B).

A) La primauté et l'effet direct du droit communautaire

41. D'application immédiate, la norme communautaire s'intègre automatiquement dans l'ordre juridique interne de chaque Etat membre, sans nécessiter de mécanisme spécifique de réception de celle-ci. Ce principe d'immédiateté ne doit pas se confondre avec celui de la primauté, permettant de faire prévaloir la norme communautaire sur la norme nationale, ou de l'effet direct, créant des droits et obligations au profit ou à la charge des particuliers aptes à l'invoquer à l'appui d'un recours devant les juridictions nationales. Ces deux derniers caractères du droit communautaire ne découlent pas des textes fondateurs mais ont été créés de façon prétorienne par la Cour de Justice et se sont révélés être de formidables instruments d'unification juridique.¹³⁹ Il est difficile de les dissocier, l'effet direct procédant de la primauté.¹⁴⁰

1) La primauté du droit communautaire

42. Le principe de primauté, issu du droit international classique, connaît une résonance toute particulière au sein de la construction européenne. Tout d'abord, elle n'a pas été consacrée par les traités fondateurs mais par l'interprétation « utile » de ceux-ci faite par la Cour de justice¹⁴¹. Dans son célèbre arrêt *Costa c/ ENEL* du 15 juillet 1964, la Cour affirme qu' « (...) issu d'une source autonome, le droit né du traité ne pourrait donc en raison de sa

¹³⁹ JACQUE JP., « Le rôle du droit dans l'intégration européenne », Philosophie politique, 1991, n° 1, page 119 : « L'uniformité juridique à laquelle concourent les doctrines de l'effet direct et de la primauté a été conçue comme l'instrument le plus efficace de l'unification économique sur le territoire de la Communauté »

¹⁴⁰ CHALTIEL F., « Les perspectives du principe de primauté du droit communautaire », LPA du 20/10/2005, page 8.

¹⁴¹ Expression empruntée à AZOULAY L., « La constitution et l'intégration- Les deux sources de l'Union Européenne en formation », RFDA sept.-oct. 2003, page 862

nature spécifique originale, se voir judiciairement opposer un texte interne quel qu'il soit, sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la Communauté elle-même ». ¹⁴² Par conséquent, la Cour de Luxembourg justifie cette introduction du principe de primauté par la nécessité de ne pas neutraliser les effets de l'applicabilité immédiate du droit communautaire qui resterait lettre morte si les Etats membres pouvaient s'y soustraire par un acte législatif opposable aux textes communautaires, mais également par le transfert d'attributions des Etats membres à la Communauté, ou encore par la nécessité de garantir l'unité de l'ordre juridique communautaire et l'application uniforme du droit communautaire ¹⁴³. En cela, et selon la formule du juge Pescatore, la primauté est une « *condition existentielle* » du droit communautaire. ¹⁴⁴

43. En outre, la primauté revêt à l'échelle de l'Union européenne une portée générale et absolue. D'une part, l'ensemble du droit communautaire, qu'il soit primaire, dérivé, ou jurisprudentiel, prime sur les droits nationaux, la Cour n'opérant pas de distinction au sein même du droit communautaire ¹⁴⁵. D'autre part, ce principe s'impose à toutes les normes internes y compris les normes constitutionnelles ¹⁴⁶. Aux yeux de la Cour de Justice, rien ne doit faire obstacle à la primauté de l'ordre juridique européen ¹⁴⁷. Or, il subsiste encore chez les plus hautes juridictions françaises des velléités à admettre la supériorité du droit communautaire sur la constitution française. Tant la Cour de cassation ¹⁴⁸ que le Conseil d'Etat ¹⁴⁹ fondent en effet la primauté des traités fondateurs sur le seul article 55 de la

¹⁴² CJCE, 15 juillet 1964, Costa c/ ENEL, aff. 6/64, concl. LAGRANGE, Rec. page 1141 ; RTDE 1965, page 369, note VIROLE ; et cf. RAMBAUD P., Les grandes décisions de la jurisprudence communautaire, pages 24-29

¹⁴³ La Cour affirme que « *la force exécutoire ne saurait en effet varier d'un Etat à l'autre à la faveur des législations internes ultérieures, sans mettre en péril la réalisation des buts du traité (...)* » ; Voir aussi, SIMON D., *Le système juridique communautaire*, PUF, coll. Droit fondamental, 2001, page 409.

¹⁴⁴ ISAAC G. ET BLANQUET M., *Droit communautaire général*, 8 éd., A. Colin, 2001, page 203.

¹⁴⁵ CHALTIEL F., « Les perspectives du principe de primauté du droit communautaire », LPA du 20/10/2005, page 6.

¹⁴⁶ CJCE 17 décembre 1970, Internationale Handelsgesellschaft, aff. 11/70, Rec. page 1125 : la Cour y affirme la primauté du droit communautaire sur « *les règles de droit national quelles qu'elles soient* » et que par conséquence, « *l'invocation d'atteintes portées, soit aux droits fondamentaux tels qu'ils sont formulés par la constitution d'un Etat membre, soit aux principes d'une structure constitutionnelle nationale ne saurait affecter la validité d'un acte de la Communauté ou son effet sur le territoire de cet Etat.* »

¹⁴⁷ OST F. ET VAN DE KERCHOVE M., *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Presses universitaires de St Louis, Belgique, 2002, page 66 : pour les auteurs, cette primauté vaut tant pour l'ordre communautaire que celui issu de la Convention européenne des droits de l'Homme. Pour la CJCE, les auteurs citent l'arrêt CJCE 2 juillet 1996, Commission c/ Grand Duché de Luxembourg, aff. C-473/93.

¹⁴⁸ Cour de cassation, AP, 2 juin 2000, Pauline Fraisse, D. 2000, page 865, note MATHIEU ET VERPEAUX.

¹⁴⁹ CE Ass. 30 octobre 1998, Sarran, Levacher et autres, GAJA, n° 117 ; RFDA 1998, page 1081, concl. MAUGÛE et note ALLAND D. ; RFDA 1999, page 57 et s. : « *la suprématie ainsi conférée aux engagements internationaux ne s'applique pas, dans l'ordre interne, aux dispositions de nature constitutionnelle* ». Cet arrêt a été confirmé par CE 3 décembre 2001, Syndicat national de l'industrie pharmaceutique (SNIP) : Europe avril 2002, chron. 5, note A. RIGAUX et D. SIMON ; voir aussi CHALTIEL F., « La boîte de pandore des relations entre

Constitution qui proclame la supériorité des traités internationaux sur les lois, et non sur la constitution. Le Conseil constitutionnel n'est d'ailleurs pas venu contredire la solution dégagée par les juridictions suprêmes.¹⁵⁰ Or, la Cour de Justice ne cesse de rappeler, depuis son arrêt *Internationale Handelsgesellschaft*¹⁵¹, que le droit communautaire ne peut se voir opposer des normes internes fussent-elles constitutionnelles. La condamnation de l'Allemagne par le juge communautaire¹⁵² n'a produit aucun effet sur la position des juridictions françaises, le juge administratif français ayant même affirmé ultérieurement que le principe de primauté « *ne saurait conduire dans l'ordre interne à remettre en cause la suprématie de la constitution* »¹⁵³. Par conséquent, le caractère absolu du principe de primauté est encore loin d'être pleinement accepté par nos hautes juridictions.

44. L'article I-6 de la constitution européenne, selon lequel « *la Constitution et le droit adopté par les institutions de l'Union dans l'exercice des compétences qui sont attribuées à celle-ci, priment le droit des Etats membres* », ne vient ni clarifier, ni clore une fois pour toutes le débat ; d'autant plus que le Conseil constitutionnel considère qu'il ne change rien aux rapports entre droit interne et droit communautaire¹⁵⁴. Quoiqu'il en soit, on peut affirmer avec certitude que si l'Union édicte un code civil européen, ses dispositions auront vocation à primer les législations civiles internes. Par le biais du principe d'effet direct découlant de la primauté, les particuliers pourront même, à l'occasion d'un litige, les invoquer devant leur propre juge.

la constitution française et le droit communautaire. A propos de l'arrêt SNIP du 3 décembre 2001 », RMCUE 2002, n°462, page 595 et s. Dans cet arrêt, le Conseil d'Etat, à la lumière de la jurisprudence Sarran, applique la constitution au détriment du droit communautaire, même si c'est exclusivement dans l'ordre interne.

¹⁵⁰ Voir par exemple, les décisions n°2004-496 DC du 10 juin 2004 relative à la LCEN ; la décision n° 2004-498 DC du 29 juillet 2004, relative à la révision de la loi bioéthique et la décision n°2004-505 DC du 19 novembre 2004, relative au traité établissant une constitution pour l'Europe. Dans cette dernière décision, le Conseil constitutionnel considère que l'article I-6 de la constitution européenne (qui affirme la primauté de ce texte sur les droits internes) ne change rien aux rapports entre droit interne et droit communautaire. La constitution européenne serait un traité international classique, qui demeure donc sans incidence sur l'existence de la constitution française et sa place au sommet de l'ordre juridique interne. Par conséquent, il ne nécessite aucune révision de la constitution française.

¹⁵¹ CJCE 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. C-11/70, Recueil CJCE, page 1125.

¹⁵² CJCE 11 janvier 2001, *Tanja Kreil c/ République allemande*, aff. C.285/98, Recueil I, page 69.

¹⁵³ CE 3 décembre 2001, *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique*.

¹⁵⁴ Décision n°2004-505 DC du 19 novembre 2004, relative au traité établissant une constitution pour l'Europe, précitée.

2) L'effet direct du droit communautaire

45. Tout comme la primauté, la finalité d'intégration postule l'effet direct. Ce principe a été consacré par la Cour de Luxembourg dans sa jurisprudence *Van Gend En Loos*,¹⁵⁵ affirmant que le droit communautaire, « *de même qu'il crée des charges dans le chef des particuliers, est aussi destiné à engendrer des droits qui entrent dans leur patrimoine juridique* ». ¹⁵⁶ Par cet arrêt, la Cour de justice accorde un statut de protection aux individus en leur octroyant des droits issus du droit communautaire qu'ils pourront invoquer à l'appui d'un recours devant le juge national¹⁵⁷. En effet, le droit communautaire ne saurait concerner exclusivement les Etats membres¹⁵⁸. A cet effet, la Cour rappelle que l'objectif du traité est « *d'instituer un marché commun dont le fonctionnement concerne directement les justiciables de la Communauté* » et que dès lors, le traité « *constitue (...) un accord (...) dont les sujets sont non seulement les Etats membres mais également leurs ressortissants* ». Elle en déduit donc que le droit communautaire tout entier possède virtuellement une aptitude à produire un effet direct. *A priori*, le futur code civil européen, ayant pour principaux destinataires les individus, produirait lui aussi un tel effet.

46. Ce principe d'effet direct du droit communautaire n'a pourtant pas une portée absolue, contrairement à la primauté. Outre les traités fondateurs et les règlements automatiquement pourvus d'effet direct, les autres dispositions communautaires doivent répondre à certains critères dégagés par la CJCE de clarté, de précision et d'inconditionnalité. Ainsi, elles pourront être invoquées si elles donnent naissance à des droits suffisamment précis pour que leurs bénéficiaires puissent en obtenir la protection au sein des ordres juridiques nationaux.¹⁵⁹ Tel pourra être le cas de directives, mêmes non transposées¹⁶⁰, de simples décisions¹⁶¹ ou de dispositions de droit conventionnel, c'est-à-dire de certains accords

¹⁵⁵ CJCE 5 février 1963, *Van Gend En Loos*, aff. 26/62, Rec. page 3.

¹⁵⁶ RAMBAUD P., *Les grandes décisions de la jurisprudence communautaire*, page 14.

¹⁵⁷ AZOULAY L., « La constitution et l'intégration - Les deux sources de l'Union Européenne en formation », RFDA sept.-oct. 2003, page 863.

¹⁵⁸ CHALTIEL F., « Les perspectives du principe de primauté du droit communautaire », LPA du 20/10/2005, page 5.

¹⁵⁹ CARTOU L. ET ALLII, *L'Union européenne*, Précis, Dalloz, 3 éd., 2000, page 197.

¹⁶⁰ CJCE 4 décembre 1974, *Yvonne Van Duyn c/ Home Office*, aff. 41/74, Recueil, page 1337 ; RTDE 1976, page 141, note LYON-CAEN ; Journal des tribunaux 1975, page 154, note GOFFIN : pour une directive même non transposée.

¹⁶¹ CJCE 6 octobre 1970, *Franz grad c/ Finanzamt Traustein*, aff. 9/70, Recueil page 825, conclusions ROEMER ; Cahiers de droit européen 1971, page 453, note RIPAINSEL-LANDRY.

conclus par la Communauté¹⁶². La Cour de Justice apprécie au cas par cas l'effet direct de ces textes. Ainsi, à l'inverse, elle considère que sont dépourvus d'effet direct les articles des traités se contentant de définir de façon générale les missions de la Communauté ou ses objectifs et actions en matière sociale¹⁶³, tout comme les accords du GATT et de l'OMC qui laissent une place trop importante à la négociation. Quel que soit l'instrument juridique sur lequel reposera le futur code civil européen, un effet direct lui sera vraisemblablement reconnu. Tout particulier pourra de ce fait directement s'en prévaloir devant le juge national chargé en tout premier lieu d'assurer l'effectivité des droits accordés.

B) L'effectivité des droits reconnus par le droit communautaire

47. Selon la formule consacrée par la Cour de Justice, « *par application du principe de coopération énoncé à l'article 5 du traité, c'est aux juridictions nationales qu'est confié le soin d'assurer la protection juridique découlant pour les justiciables de l'effet direct du droit communautaire* ». ¹⁶⁴ Le juge interne est en effet le juge de « droit commun » ¹⁶⁵, premier garant de l'observation des dispositions communautaires. En cas de non respect des règles, découlant du code civil européen, les juridictions nationales auront l'obligation d'assurer la garantie des droits reconnus, soit par la mise à l'écart des textes nationaux contraires, soit par l'indemnisation des dommages causés.

1) Le contrôle opéré par le juge national

48. Il appartient en effet à chaque Etat membre de régler les modalités juridictionnelles et procédurales des recours en justice destinés à assurer la protection des droits que les justiciables tirent de l'effet direct du droit communautaire. ¹⁶⁶ Cela implique que les

¹⁶² CJCE 12 décembre 1972, *International Fruit Company NV et autres c/ Produktschap Voor Groeten en Fruit*, aff. 21 à 24/72, Recueil page 1219 ; Cahiers de droit européen 1973, page 345, page 4, note RIDEAU : pour les accords internationaux, une condition supplémentaire est cependant exigée, l'intention des parties contractantes de créer des droits subjectifs n'étant jamais présumée.

¹⁶³ Les articles 136 CE et 137 CE en matière sociale n'ont aucun effet direct.

¹⁶⁴ CJCE 16 décembre 1976, *Rewe*, aff.33/76, Recueil CJCE page 1989.

¹⁶⁵ CHALTIEL F., « Les perspectives du principe de primauté du droit communautaire », LPA du 20/10/2005, page 9 : l'auteur précise que « *le juge national ne juge pas le droit communautaire, il est un juge communautarisé qui doit appliquer le droit communautaire dans le respect de la primauté* ».

¹⁶⁶ ISAAC G. ET BLANQUET M., *Droit communautaire général*, 8 éd., A. Colin, 2001, page 243.

justiciables bénéficient d'un droit au juge et ne puissent être privés, par le truchement de règles procédurales internes, des droits que leur octroie le droit communautaire.¹⁶⁷

49. L'effectivité des droits reconnus, comme ceux découlant du futur code civil européen, peut ainsi être assurée au bénéfice du particulier titulaire de ces droits, que la violation du droit communautaire résulte d'un Etat membre ou du fait d'un individu, en fonction toutefois de la disposition en cause. La plupart des dispositions, ne créant d'obligations qu'à la charge des Etats membres, ont seulement un effet direct « vertical », dit incomplet, et ne peuvent être invoquées devant le juge national qu'à l'encontre d'une autorité étatique. Tel est le cas en principe des textes fondateurs prohibant les restrictions étatiques à la libre circulation des personnes, marchandises, services ou capitaux, mais aussi des directives ou des décisions. D'autres dispositions ont un effet direct plus complet, dit « horizontal », devenant applicables devant le juge interne jusque dans les relations interindividuelles. Les règles de concurrence entre entreprises, d'égalité de rémunération entre hommes et femmes¹⁶⁸, ainsi que tout règlement communautaire s'appliquent aux litiges entre particuliers.

50. La Cour de Justice a apporté des tempéraments à l'absence d'effet direct horizontal de certaines dispositions, principalement à propos des traités fondateurs et des directives. Certains articles CE, pourtant adressés aux Etats membres, peuvent en effet être opposables aux personnes privées. D'une part, par le jeu d'une interprétation large, la Cour étend la notion d'« autorité étatique » aux organismes ou entités qui, quelle que soit leur forme juridique, sont soumis à l'autorité, au contrôle de l'Etat ou qui disposent de pouvoirs exorbitants¹⁶⁹. D'autre part, le juge communautaire considère très tôt que la prohibition de la discrimination faite aux Etats membres dans le Traité CE s'impose également aux contrats entre particuliers¹⁷⁰. Par conséquent, il reconnaît un effet direct complet, en matière de libre circulation des personnes, à l'article 48 CE interdisant les discriminations fondées sur la nationalité.¹⁷¹

¹⁶⁷ SIMON D., *Le système juridique communautaire*, PUF, coll. Droit fondamental, 3 éd., 2001, page 418.

¹⁶⁸ L'article 141 § 1 CE, consacrant le principe d'égalité des rémunérations entre travailleurs féminins et masculins pour un travail identique ou de même valeur, dispose d'un effet direct horizontal.

¹⁶⁹ CJCE 4 décembre 1997, aff. C-253/96 à C-258/96, Recueil I, page 6907 ; CJCE 5 février 2004, Riesen Internationale Transporte, aff. C-157/02.

¹⁷⁰ CJCE 8 avril 1976, Defrenne, aff. C-43/75, Recueil page 455, point n°39, confirmé par CJCE 6 juin 2000, Roman Angonese, aff. C-281/98, point n°34.

¹⁷¹ CJCE 12 décembre 1974, Walrave et Koch, aff. C-36/74, Recueil page 1405, point n°17 ; confirmé par CJCE 15 décembre 1995, Bosman, aff. C-415/93, Recueil I, page 4921, point n°83 et CJCE 6 juin 2000, Roman

51. De la même façon, les directives suffisamment claires, précises et inconditionnelles, ne peuvent en principe être opposées qu'aux Etats membres ayant l'obligation de les transposer. A plusieurs reprises, la Cour rappelle qu'admettre un effet direct horizontal pour une directive reviendrait à reconnaître à la Communauté le pouvoir d'édicter avec effet immédiat des obligations à la charge des particuliers, compétence qu'elle ne détient que dans le cadre de son pouvoir d'édicter des règlements¹⁷². Or, si la Cour de Luxembourg se refuse à conférer un effet direct complet à la directive, elle y apporte cependant un tempérament important en consacrant une obligation en direction du juge national d'interpréter, dans la mesure du possible¹⁷³, le droit interne conformément au texte et à la finalité de la directive en cause, dans le seul but d'atteindre le résultat visé par celle-ci.¹⁷⁴ Cette théorie de l'interprétation conforme oblige même le juge national à confronter son droit à la lumière de décisions-cadres prises en matière de coopération policière et judiciaire en matière pénale, pourtant privées d'effet direct par les traités eux-mêmes.¹⁷⁵

2) Les sanctions

52. L'effectivité des droits, tels ceux reconnus aux individus par un code civil commun aux Etats membres, ne serait qu'une vaine promesse si le juge interne ne pouvait pas sanctionner le non-respect de ces règles communautaires. Deux possibilités, consacrées par la CJCE, s'offrent à lui : d'une part, il peut rendre inapplicable au litige en cause une règle nationale incompatible avec le droit communautaire, et d'autre part, ordonner l'indemnisation des dommages résultant de la méconnaissance des règles européennes par l'autorité étatique.

Angonese, aff. C-281/98, point n°32 : « la Cour a jugé que l'abolition entre Etats membres des obstacles à la libre circulation serait compromise si la suppression des barrières d'origine étatique pouvait être neutralisée par des obstacles résultant de l'exercice de leur autonomie juridique par des associations ou organismes ne relevant pas du droit public ».

¹⁷² CJCE 14 juillet 1994, Faccini Dori c/ Recreb, aff. C-91/92, Recueil I, page 3325.

¹⁷³ Le principe d'interprétation conforme ne peut toutefois servir de fondement à une interprétation *contra legem* du droit national : CJCE 5 octobre 2004, Pfeiffer et autres, aff. Jointes C-397/01 à C-403/01.

¹⁷⁴ CJCE 13 novembre 1990, Marleasing SA, aff. C-106/89, Recueil I, page 4135.

¹⁷⁵ CJCE 16 juin 2005, Maria Pupino : aff. C-105/03. Dans cet arrêt, la CJCE se prononce sur la portée qu'il convient de donner à une décision-cadre relative au statut des victimes dans le cadre de procédures pénales. L'article 34 UE dispose expressément que les décisions-cadres « *lient les Etats membres quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens. Elles ne peuvent entraîner d'effet direct* ». Elle considère que le principe d'interprétation conforme s'applique aussi à celles-ci.

53. Combinant les principes d'effet direct et de primauté, la Cour de justice affirme dans son important *arrêt Simmenthal*¹⁷⁶, que les règles du droit communautaire doivent s'appliquer de manière uniforme à l'ensemble des Etats membres. Par conséquent, elle en déduit que le juge interne est dans l'obligation d'écarter l'application de toute disposition nationale qui serait contraire à des dispositions communautaires primaires ou de droit dérivé directement applicables, et ce sans attendre l'élimination préalable de la norme. Cette inapplicabilité de plein droit des dispositions internes existantes, tant dans les relations verticales qu'horizontales, assure ainsi un haut degré d'effectivité aux dispositions communautaires. Cela aura même pour autre conséquence à l'avenir de paralyser l'adoption de nouvelles règles nationales contraires.¹⁷⁷

54. Plus récemment, le juge communautaire octroie, dans ses arrêts *Francovich et Bonifaci*, un droit à réparation au particulier ayant subi un préjudice du fait d'une violation du droit communautaire imputable à l'Etat membre.¹⁷⁸ Il considère en effet que « *la pleine efficacité des normes communautaires serait mise en cause et la protection des droits qu'elles reconnaissent serait affaiblie si les particuliers n'avaient pas la possibilité d'obtenir réparation lorsque leurs droits sont lésés par une violation du droit communautaire imputable à un Etat membre* »¹⁷⁹. L'Etat peut donc voir sa responsabilité engagée si trois conditions sont réunies : la règle de droit violée doit avoir pour objet de conférer des droits aux particuliers, la violation doit être suffisamment caractérisée et un lien de causalité doit exister entre la violation de l'obligation incombant à l'Etat et le dommage subi par le particulier. La responsabilité de l'Etat peut ainsi être reconnue en cas de non transposition d'une directive préjudiciant à un particulier¹⁸⁰, ou d'application de lois contraires au droit communautaire¹⁸¹. Il a de ce fait l'obligation de réparer le préjudice subi par le justiciable, celui-ci disposant notamment d'un droit à répétition de l'indu¹⁸², pour les pertes pécuniaires inhérentes à la violation. Mais, en vertu du principe de l'autonomie institutionnelle et procédurale, la Cour de Justice laisse aux seules juridictions nationales le soin de mettre en

¹⁷⁶ CJCE 19 mars 1978, *Simmenthal*, aff. C-106/77, Recueil 1978, page 629.

¹⁷⁷ SIMON D., « Droit communautaire », in *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la dir. de ALLAND D. ET RIALS S., PUF/Lamy, 2003, page 452.

¹⁷⁸ CJCE 19 novembre 1991, *Francovich et Bonifaci*, aff. jointes C-6/90 et 9/90, Recueil I, page 5357 : « *le droit communautaire impose le principe selon lequel les Etats membres sont obligés de réparer les dommages causés aux particuliers par les violations du droit communautaire qui leurs sont imputables* ».

¹⁷⁹ CJCE 19 novembre 1991, *Francovich et Bonifaci*, aff. jointes C-6/90 et 9/90, point n°33.

¹⁸⁰ Tel était le cas dans les arrêts précités.

¹⁸¹ CJCE 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur et Factortame III*, affaires jointes, C-46/93 et 48/93, Recueil I, page 1029 ; *Revue Europe* mai 1996, page 1, note A. Rigaux.

¹⁸² D. SIMON, « Répétition de l'indu », *Répertoire Dalloz Droit communautaire*, spécialement § 12 et s.

œuvre cette responsabilité. Elle a récemment rappelé dans son arrêt *Köbler*¹⁸³ que cette responsabilité doit être organisée au niveau interne, quel que soit l'organe ayant manqué à ses obligations communautaires, y compris si la violation provient d'une décision judiciaire rendue par une juridiction statuant en dernier ressort.¹⁸⁴

55. Dès lors, le système communautaire permet aux ressortissants européens de bénéficier de droits concrets et effectifs, dont la violation est sanctionnée par le juge national, donc au plus près des citoyens. Pour autant, du fait du caractère original de la construction européenne, on ne peut déclarer que l'intégration normative ait vocation en pratique à l'entière compénétration des systèmes.¹⁸⁵ En effet, le processus d'intégration normative se décline en différents degrés, laissant entrevoir des moyens hétérogènes de rapprochement des législations, mis à la disposition des institutions communautaires.

Section II - Le contexte technique : la géométrie variable de l'intégration normative

56. En droit communautaire, il existe plusieurs degrés dans le processus d'intégration normative, généralement rassemblés sous l'expression générique de « *rapprochement des législations* »¹⁸⁶, expression découlant des traités¹⁸⁷. Cette notion n'a pas de contenu juridique précis. Certains auteurs considèrent même qu'elle « *ne mérite plus son nom* », un effet de substitution des règles communautaires au détriment des règles nationales se produisant parfois en pratique.¹⁸⁸ En effet, on recense diverses méthodes, allant de la simple coordination jusqu'à l'unification, en passant par les stades intermédiaires d'harmonisation et

¹⁸³ CJCE 30 septembre 2003, *Köbler c/ Autriche*, aff. C-224/01, Recueil I, page 10239 : Procédures novembre 2003, n° 239, note C. NOURISSAT ; Europe novembre 2003, note D. SIMON.

¹⁸⁴ CHALTIEL F., « Les perspectives du principe de primauté du droit communautaire », LPA du 20 octobre 2005, page 10.

¹⁸⁵ MONACO R., « Notes sur l'intégration juridique dans les Communautés Européennes », in *Miscellanae W.J. Ganshof van der Meersch*, Tome II, page 322.

¹⁸⁶ Nous sommes bien conscient que cette expression ne reflète pas fidèlement l'ensemble des degrés de l'intégration normative, puisque, en ce qui concerne le plus haut degré d'intégration qu'est l'unification, le terme de « rapprochement des législations » peut sembler inadéquat. A défaut d'autres solutions, nous avons opté pour la conservation de ce terme classique.

¹⁸⁷ Chapitre III du Titre IV du Traité CE.

¹⁸⁸ VIGNES D., « Le rapprochement des législations mérite-t-il encore son nom ? », Mélanges J. Boulouis, 1991, page 161 : « *Nous nous étions trompés, Jean Boulouis et moi, dans notre analyse du rapprochement des législations. (...) Ainsi, pour l'un et l'autre, il existait deux blocs séparés : le bloc du droit communautaire dérivé et le bloc des législations des Etats membres (...). Les choses ne sont jamais aussi simples. Au contraire, certains effets de substitution se produisent* ».

d'uniformisation. Soit ces termes figurent dans les traités mais n'y sont pas clairement définis¹⁸⁹, soit ils sont le fruit de la doctrine, destinés à mieux rendre compte de la variété des résultats obtenus en pratique. Quoi qu'il en soit, la codification européenne envisagée oscillera sans doute entre harmonisation et uniformisation (paragraphe I).

57. A cet égard, le futur code civil européen fait l'objet d'un débat inter-institutionnel. Le Parlement européen, à l'origine du projet, ambitionne de créer un code civil, s'imposant à l'ensemble des Etats membres. Il doit cependant composer avec la Commission européenne, détentrice du pouvoir d'engager le processus législatif, qui veut se limiter à des solutions plus minimalistes, telles l'élaboration d'un cadre commun de référence ou d'un instrument optionnel en droit européen des contrats. En pratique, le choix entre les divers modes de rapprochement des législations sera donc opéré par les institutions communautaires. Dès lors, l'intégration normative est perçue par la doctrine comme un phénomène éminemment technocratique¹⁹⁰ (paragraphe II).

Paragraphe I - Le choix du mode adéquat de rapprochement des législations civiles

58. L'intégration européenne est caractérisée par une grande richesse des modes de rapprochement des législations.¹⁹¹ Comme le souligne Monsieur Jürgen Basedow, la discussion autour du code civil européen nous conduit naturellement à débattre de la ou des méthodes à employer dans le développement futur du droit civil européen.¹⁹² Pour cela, un effort de définition des différents degrés d'intégration est nécessaire (A). Il apparaîtra que le choix entre les divers modes de rapprochement des législations en présence peut s'opérer suivant de multiples critères, en fonction du résultat qui en est attendu (B).

¹⁸⁹ Tel est le cas des notions d'harmonisation et de coordination. Elles sont cependant utilisées de façon arbitraire dans les traités, leurs auteurs les considérant comme interchangeable ou synonymes : BARAV A. et PHILIP C., *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, PUF, 1993, page 566 et s.

¹⁹⁰ ROBERT V. ET USUNIER L., « Du bon usage du droit comparé », in DELMAS-MARTY M., *Critique de l'intégration normative – L'apport du droit comparé à l'harmonisation des droits*, PUF, 2004, page 242.

¹⁹¹ JEAMMAUD A., « Unification, uniformisation, harmonisation, de quoi s'agit-il ? », in *Vers un code européen de la consommation*, Bruxelles, Bruylant, 1998, page 35 et s.

¹⁹² BASEDOW J., « Rapport de synthèse : quel droit privé pour l'Europe », in BERGE J.S. ET NIBOYET M.L. (sous la dir.), *La réception du droit communautaire en droit privé des Etats membres*, Colloque international/Session internationale d'études doctorales, Université de Paris X-Nanterre, Bruylant, 2003, page 235.

A) La diversité des modes de rapprochement

59. L'intégration normative recouvre en théorie des réalités diverses, que la doctrine a ainsi définies et hiérarchisées. Il est nécessaire de s'attarder sur cette terminologie subtile afin de définir le ou les degrés d'intégration paraissant le mieux correspondre à l'entreprise de codification européenne. Ainsi, si l'unification a pour but de réaliser le plus haut degré d'intégration, la coordination aboutira à l'opposé à une intégration faible. Entre ces deux voies, l'uniformisation et l'harmonisation constituent des stades intermédiaires. A chacune de ces stratégies d'intégration sont censés correspondre des moyens communautaires spécifiques.¹⁹³

1) Unification et uniformisation

60. Empruntées au vocabulaire comparatiste¹⁹⁴, les notions d'unification et d'uniformisation sont absentes des textes communautaires originels. Systématisées par la doctrine communautariste, elles ont pour point commun de laisser en pratique peu de marge de manœuvre aux Etats membres. Les différences entre ces deux notions sont par conséquent délicates.

61. Unifier, c'est au sens commun rassembler pour faire un tout, faire l'unité d'éléments disparates. Au sens juridique, l'unification permet d'imposer « *des règles précises auxquelles les Etats sont tenus de se conformer à l'identique* »¹⁹⁵ et conduit donc à un fort degré d'intégration, soit à un droit unique. L'unification ne laisse donc aucune place à la diversité des législations en cause, la logique unificatrice impliquant une obligation d'identité et toute différence étant jugée non conforme au droit unique.¹⁹⁶ Cette option aboutit certes à une solution efficace mais simpliste : l'élimination des dissonances entre les droits en

¹⁹³ DELMAS-MARTY M., « Le phénomène de l'harmonisation - L'expérience contemporaine », in *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, op. cit., page 29.

¹⁹⁴ ANCEL M., « Rapprochement, unification ou harmonisation des droits ? », *Mélanges offerts à GABRIEL MARTY*, 1978, page 1 ; même auteur, « Les aspects nouveaux de l'unification des droits », in *Miscellanae W.J. Ganshof van der Meersch*, Tome II, page 695.

¹⁹⁵ DELMAS-MARTY M., *Critique de l'intégration normative - L'apport du droit comparé à l'harmonisation des droits*, PUF, 2004, page 17.

¹⁹⁶ DELMAS-MARTY M., « Le phénomène de l'harmonisation - L'expérience contemporaine », in *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, op. cit., page 28.

présence. Par conséquent, elle comporte en retour des dangers certains, un risque d'arbitraire dans les règles choisies, donc de conduire à un droit hégémonique¹⁹⁷, et celui d'un appauvrissement des droits intégrés.¹⁹⁸ C'est la raison pour laquelle elle est souvent décriée.¹⁹⁹

62. A un degré moindre, uniformiser, c'est rendre uniforme. Au sens commun, c'est donc essayer de faire ressembler un droit en tous points aux autres. Contrairement à l'unification opérant une « *substitution à la pluralité des ordres juridiques d'un ordre juridique unique* »²⁰⁰, la pluralité des ordres juridiques est ici conservée, puisque « *l'uniformisation conduit à des règles identiques incorporées à des droits nationaux différents* »²⁰¹. Or, comme le souligne Monsieur Claude Witz, si le terme uniformisation se veut plus rassurant que celui d'unification, « *dans le gant de velours, se cache la main de fer* »²⁰². La frontière entre unification et uniformisation est parfois mince. De nombreux auteurs n'hésitent d'ailleurs pas à interchanger ces deux notions.²⁰³ Le critère tiré de l'unicité ou de la pluralité des ordres juridiques concernés est loin d'être suffisant.²⁰⁴ La distinction unification/uniformisation en droit communautaire rencontre en pratique des difficultés, « *car*

¹⁹⁷ DELMAS-MARTY M., « Le phénomène de l'harmonisation - L'expérience contemporaine », in *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, op. cit., page 29 ; CHARBIT N., « L'espéranto du droit : la rencontre du droit communautaire et du droit des contrats », JCP 2002, doct, I, n°100, page 12 ; MALLAURIE P., Rapport de synthèse, in de VAREILLES-SOMMIERES P. (sous la dir.), *Le droit privé européen*, Economica, 1998, pages 246-247.

¹⁹⁸ VOGEL L., « Introduction », in *Droit global-Unifier le droit : le rêve impossible ?*, éd. Panthéon-Assas, 2001, page 7-8 : l'auteur affirme qu'en réalité, l'unification se révèle contre-productive, appauvrissante, inutile, inefficace et même dangereuse.

¹⁹⁹ WERRO F., « L'unification du droit privé en Europe : une question de légitimité culturelle », in DUNAND J.-Ph. et WINIGER B., *Le code civil français dans le droit européen*, Bruylant 2005, page 287.

²⁰⁰ MIALOT C. ET DIMA EHONGO P., « De l'intégration normative à géométrie et à géographie variables », in *Critique de l'intégration normative - L'apport du droit comparé à l'harmonisation des droits*, PUF, 2004, page 28.

²⁰¹ POILLOT-PERUZZETTO S., « La diversification des méthodes de coordination des normes nationales », in Colloque « *Internormativité et réseaux d'autorités : l'ordre communautaire et les nouvelles formes de relation* », n° spécial LPA du 5 et 6 octobre 2004, page 18. Voir aussi, MIALOT C. ET DIMA EHONGO P., « De l'intégration normative à géométrie et à géographie variables », in *Critique de l'intégration normative - L'apport du droit comparé à l'harmonisation des droits*, PUF, 2004, page 28 : l'uniformisation est le stade intermédiaire entre unification et harmonisation. Elle « *n'opère pas de substitution mais insère dans chacun des ordres considérés des règles identiques* ».

²⁰² WITZ C., « Rapport de synthèse », in *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, Economica, 2001, page 162.

²⁰³ Voir l'ensemble des contributions rassemblées dans : DELMAS-MARTY M., *Critique de l'intégration normative - L'apport du droit comparé à l'harmonisation des droits*, PUF, 2004.

²⁰⁴ WITZ C., « Rapport de synthèse », in *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, page 162 : l'auteur prend l'exemple du Code civil français pour illustrer l'unification, du droit civil français en l'occurrence ; et l'exemple de la CVIM pour illustrer l'uniformisation, du droit de la vente en l'espèce.

elle postule des rapports simples entre ordres juridiques que l'on ne retrouve pas dans la réalité »²⁰⁵.

63. De portée générale et ne laissant aucune marge de manœuvre aux Etats membres, le Règlement communautaire illustre bien la difficulté à distinguer la voie de l'unification de celle de l'uniformisation. Cet instrument communautaire est traditionnellement présenté comme une norme tendant à se substituer aux règles nationales et internationales entrant dans son champ.²⁰⁶ Or, si certains règlements remplacent le droit national par des règles uniformes, d'autres conduisent à l'établissement de règles créant, parallèlement aux vingt-sept droits nationaux, un 28^{ème} modèle.²⁰⁷ C'est pourquoi Monsieur Jürgen Basedow préfère parler d'« *unification substitutive* » dans le premier cas et d'« *unification additionnelle* » dans le second cas. Cette distinction permet ainsi de se référer à un seul terme, celui d'unification, caractérisée dans les deux cas par une faible marge de manœuvre laissée aux Etats membres.

64. Ainsi entendue, la voie de l'unification se retrouve en concurrence avec celles de l'harmonisation et de la coordination, pour déterminer quel degré de rapprochement des législations civiles pourrait refléter le futur code civil européen.

2) Harmonisation et coordination

65. Les notions d'« harmonisation » et de « coordination », présentes dès l'origine dans les traités communautaires, désignent une intégration normative de moindre importance et offrent aux Etats membres un certain espace de liberté. Concernant la coordination, l'espace laissé est d'une importance telle que cette méthode ne peut conduire en pratique à la mise sur pied d'un droit commun aux différents Etats membres, que le code civil européen aura vocation à diffuser. La coordination, imposée dans de nombreux domaines où les traités

²⁰⁵ MIALOT C. ET DIMA EHONGO P., « De l'intégration normative à géométrie et à géographie variables », in *Critique de l'intégration normative – L'apport du droit comparé à l'harmonisation des droits*, PUF, 2004, page 28.

²⁰⁶ AZOULAY L., « Autonomie et antinomie du droit communautaire : la norme communautaire à l'épreuve des intérêts et des droits nationaux », in *Colloque Internormativité et réseaux d'autorités : l'ordre communautaire et les nouvelles formes de relation*, n° spécial LPA du 5 et 6 octobre 2004, page 4 ; VAN GERVEN W., « Rapport introductif », in *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, Economica, 2001, page 3.

²⁰⁷ BASEDOW J., « Rapport de synthèse : quel droit privé pour l'Europe », in BERGE J.S. ET NIBOYET M.L.,(sous la dir.), *La réception du droit communautaire en droit privé des Etats membres*, op. cit., page 234.

excluent expressément le recours à l'harmonisation²⁰⁸, aboutit à une simple reconnaissance mutuelle, entre Etats membres, de l'application des lois nationales²⁰⁹. Cette voie doit par conséquent être écartée puisqu'elle ne répond pas à l'attente escomptée.

66. Harmoniser renvoie à l'idée de mettre en concordance ou en correspondance. Contrairement à l'unification et à l'uniformisation, la logique qui préside à l'harmonisation n'est pas celle d'identité mais d'entente. Harmoniser, c'est donc se contenter d'« *un rapprochement des législations autour de principes communs* »²¹⁰, ce qui implique la possibilité laissée aux Etats, qui souscrivent à une telle stratégie, d'adopter des règles différentes²¹¹. Ce mode de rapprochement des législations est né, au plan international, des difficultés rencontrées par l'unification du droit et de ses résultats décevants.²¹² En droit communautaire, l'harmonisation représente, concernant la mise en place d'un marché commun, la voie classique de rapprochement des législations.²¹³ Ainsi, le principal critère de distinction entre les voies d'harmonisation et d'unification réside dans la différence d'instruments utilisés. Les directives sont l'outil de prédilection de l'harmonisation. Par leur biais, le droit communautaire pose des principes ou des notions essentielles, à charge pour les Etats membres de choisir les moyens appropriés de mettre en œuvre le résultat exigé.²¹⁴ Il en découle une intégration différenciée, préservant les particularités propres à chaque Etat membre, à condition qu'elles soient compatibles avec le droit communautaire. La voie de l'harmonisation apparaît dès lors plus acceptable aux yeux de ses destinataires.

²⁰⁸ AZOULAY L., « Autonomie et antinomie du droit communautaire : la norme communautaire à l'épreuve des intérêts et des droits nationaux », in *Colloque Internormativité et réseaux d'autorités : l'ordre communautaire et les nouvelles formes de relation*, n° spécial LPA du 5 et 6 octobre 2004, page 15.

²⁰⁹ POILLOT-PERUZZETTO S., « La diversification des méthodes de coordination des normes nationales », in *Colloque « Internormativité et réseaux d'autorités : l'ordre communautaire et les nouvelles formes de relation »*, n° spécial LPA du 5 et 6 octobre 2004, page 18.

²¹⁰ DELMAS-MARTY M., *Critique de l'intégration normative – L'apport du droit comparé à l'harmonisation des droits*, PUF, 2004, page 17.

²¹¹ MIALOT C. ET DIMA EHONGO P., « De l'intégration normative à géométrie et à géographie variables », in *Critique de l'intégration normative – L'apport du droit comparé à l'harmonisation des droits*, PUF, 2004, page 27 : l'harmonisation permet l'adoption de normes laissant des marges d'appréciation aux destinataires de la norme. En droit communautaire, l'harmonisation se fait par le biais des directives dont les destinataires sont les Etats membres.

²¹² MAGNIER V., *Rapprochement des droits dans l'Union européenne et viabilité d'un droit commun des sociétés*, Bibliothèque de droit privé, Tome n°317, LGDJ, 1999, page 22.

²¹³ WITZ C., « Rapport de synthèse », in *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, page 161 : « Depuis le Traité de Rome, le mot harmonisation a pris une coloration juridique particulière : il évoque d'emblée les politiques d'harmonisation et l'instrument pour les réaliser, à savoir la directive (...) ».

²¹⁴ POILLOT-PERUZZETTO S., « La diversification des méthodes de coordination des normes nationales », in *Colloque « Internormativité et réseaux d'autorités : l'ordre communautaire et les nouvelles formes de relation »*, n° spécial LPA du 5 et 6 octobre 2004, page 18.

67. En contrepartie, la voie harmonisatrice présente une efficacité moindre que les méthodes d'unification. Elle présente de multiples inconvénients puisqu'elle n'évite pas l'écueil de la fragmentation juridique²¹⁵. C'est en effet un facteur important « *de complications et de perturbations des droits nationaux* »²¹⁶. En outre, en abandonnant une marge d'appréciation étatique trop importante, les règles harmonisées s'exposent à une divergence d'interprétation des législateurs nationaux, lors de la transposition dans l'ordre interne, ainsi que des juridictions à l'occasion d'un litige. Ainsi, les spécificités nationales perdurent. Corrélativement, l'harmonisation conduit à reconnaître des pouvoirs accrus au profit du juge européen, en charge de l'interprétation du droit harmonisé.²¹⁷

68. En définitive, le rapprochement des législations civiles des Etats membres se restreint soit à une unification, soit à une harmonisation, chacune de ces options comportant des avantages et des inconvénients. Aucune ne prévoit la codification comme instrument propre à les réaliser, le code ne faisant pas partie des instruments dits communautaires.²¹⁸ On peut toutefois tenter, sur la base de certains critères, d'opérer un choix entre ces deux voies.

B) Les critères du choix

69. Plusieurs pistes peuvent être suivies. Certains auteurs ont, par exemple, établi une corrélation entre la systématisation, objectif principal de la codification, et les modes de rapprochement des législations tels que l'harmonisation et l'unification²¹⁹. Ainsi, le processus d'harmonisation s'opposerait à tout esprit de système, alors que l'unification répondrait quant à elle à une certaine volonté de systématiser le droit. Il est vrai qu'au niveau communautaire, les politiques d'harmonisation mises en œuvre par les directives sont sectorielles, fragmentaires et non coordonnées entre elles.²²⁰ Elles sont même source, selon l'expression de Monsieur Walter van Gerven, de « *dé-harmonisation* »²²¹. Pour autant, on ne peut affirmer

²¹⁵ DELMAS-MARTY M., « Le phénomène de l'harmonisation. L'expérience contemporaine », in *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, op. cit., page 30.

²¹⁶ WITZ C., « Rapport de synthèse », in *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, page 164.

²¹⁷ DELMAS-MARTY M., *précitée*, page 32-33.

²¹⁸ CORNU G., « Un code n'est pas un instrument communautaire », D. 2002, chron. page 351.

²¹⁹ MAGNIER V., *Rapprochement des droits dans l'Union européenne et viabilité d'un droit commun des sociétés*, Bibliothèque de droit privé, Tome n°317, LGDJ, 1999, page 33.

²²⁰ BASEDOW J., « Rapport de synthèse : quel droit privé pour l'Europe », in BERGE J.S. ET NIBOYET M.L. (sous la dir.), *La réception du droit communautaire en droit privé des Etats membres*, Colloque international/Session internationale d'études doctorales, Université de Paris X Nanterre, Bruylant, 2003, page 238.

²²¹ VAN GERVEN W., « Rapport introductif », in *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, page 5.

que l'harmonisation des droits civils des Etats membres ne pourrait conduire à l'édiction d'un code commun, et que seule l'unification y parviendrait.

70. D'une part, le processus de construction européenne échappe aux schémas établis. En effet, si le droit communautaire ne connaît pas le concept de code de la même façon que nous l'entendons sur le plan interne,²²² on ne peut présumer que cette technique législative nationale ne serait pas capable de répondre de manière efficace aux besoins de systématisation et d'approche globale du droit civil européen.²²³ En outre, se développent au sein de l'Union européenne de nouveaux modes de production du droit, la Charte des droits fondamentaux en constituant un exemple parmi d'autres. D'autre part, l'harmonisation ne doit pas être cantonnée aux politiques d'harmonisation, donc à une acception restrictive de cette notion. L'harmonisation en droit communautaire ne se limite pas aux directives. L'harmonisation s'est même techniquement diversifiée. On décèle en droit communautaire un accroissement de techniques telle la marge nationale d'appréciation, caractéristique du processus d'harmonisation, qui permet de mettre en place une intégration respectueuse du pluralisme.²²⁴ De plus, cette méthode peut faire œuvre de systématisation, comme nous le démontre le système de protection des droits fondamentaux découlant de la Convention européenne des droits de l'Homme, qui pourrait sans difficulté faire l'objet d'un code européen des droits de l'Homme à lui seul.²²⁵

71. Le mode adéquat de rapprochement des législations civiles peut aussi être déterminé grâce à des critères tant quantitatifs que qualitatifs. Sur le plan quantitatif, le choix de la méthode adéquate sera fonction du degré d'intégration voulue. Ainsi, de façon théorique, si une unification est décidée, soit une conformité des législations civiles européennes au droit communautaire, le règlement deviendra l'instrument propre à mettre en place un code civil européen. A contrario, si une simple harmonisation, plus respectueuse du pluralisme existant, est souhaitée, le projet de code civil européen devra s'appuyer sur la directive. Pour de multiples raisons, un tel raisonnement est insuffisant. Notamment, il est

²²² Nous renvoyons à nos développements ultérieurs sur ce point : Cf. infra, Partie 2, Titre I, Chapitre 1.

²²³ GROUPE D'ETUDE SUR LA JUSTICE SOCIALE EN DROIT PRIVE EUROPEEN, « Manifeste pour une justice sociale en droit européen des contrats », RTDC 2005 n°4, page 732.

²²⁴ DELMAS-MARTY M. ET IZORCHE M.L., « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit - Réflexion sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste », RIDC 2000, page 753 et s. ; ROBERT V. ET USUNIER L., « Du bon usage du droit comparé », in DELMAS-MARTY M., *Critique de l'intégration normative - L'apport du droit comparé à l'harmonisation des droits*, PUF, 2004, pages 242-243.

²²⁵ TEITGEN P., *Aux sources de la Cour et de la Convention européennes des droits de l'Homme*, Bordeaux, éd. Confluences, 2000, page 21.

impossible de « se fier à l'expression choisie par l'émetteur de la norme intégrée pour indiquer la modalité d'intégration choisie »²²⁶. La pratique démontre en effet que la concordance postulée entre méthode et instrument d'intégration est dépassée. Une directive peut parfaitement conduire à une unification si elle est suffisamment précise²²⁷ et, plus rarement, un règlement peut entraîner une simple harmonisation des droits²²⁸. En outre, nous avons souligné, concernant l'harmonisation, que cette voie se diversifie et ne se limite pas au seul instrument qu'est la directive. Sur un plan qualitatif, il est aussi possible d'opter pour tel ou tel mode de rapprochement des droits, garantissant le respect de la diversité. Dans cette hypothèse, on recherche l'intégration la plus acceptable. Un tel objectif est d'autant plus légitime dans le domaine des législations civiles, en partie imprégnées des spécificités nationales. Pour cela, le « droit comparé »²²⁹ est un outil précieux, comme nous le mettrons davantage en lumière ultérieurement. Il permet, par l'étude des différents droits, d'évaluer les espaces juridiques où une unification est possible et ceux où elle ne l'est pas, l'harmonisation étant dès lors concevable.²³⁰

72. Qu'on ait recours au critère quantitatif ou qualitatif, le choix du degré d'intégration voulu pour un droit civil européen relève peut-être au premier chef des institutions communautaires ayant émis le vœu d'un code commun. Le choix est donc avant tout politique. Certains auteurs fustigent à ce titre le caractère technocratique de l'intégration en général²³¹, mais aussi de l'entreprise de codification européenne en particulier.²³² Il convient dès lors de s'attarder sur la position des institutions communautaires quant au choix du meilleur mode de rapprochement des législations civiles des Etats membres.

²²⁶ ROBERT V. ET USUNIER L., « Du bon usage du droit comparé », in DELMAS-MARTY M., *Critique de l'intégration normative - L'apport du droit comparé à l'harmonisation des droits*, PUF, 2004, page 233.

²²⁷ FIN-LANGER L., « L'intégration du droit des contrat en Europe », in DELMAS-MARTY M., *Critique de l'intégration normative - L'apport du droit comparé à l'harmonisation des droits*, PUF, 2004, spéc. page 42 et s.

²²⁸ DELMAS-MARTY M., « Introduction », in *Critique de l'intégration normative - L'apport du droit comparé à l'harmonisation des droits*, PUF, 2004, page 27.

²²⁹ De façon générale, voir notamment, PONTTHOREAU M. C., « Le droit comparé en question. Entre pragmatisme et outil épistémologique », RIDC 2005, n°1, page 7 et s. ; JALUZOT B., « Méthodologie du droit comparé : bilan et prospective », RIDC 2005, n°1, page 29 et s. ; HUSA J., « Methodology of comparative law today : from paradoxes to flexibility », RIDC 2006, n°4, page 1095 et s. ; MANSOURI A., « Approche méthodologique et fonctionnelle du droit comparé », RCDIP 2006, page 173 et s.

²³⁰ Nous y reviendrons plus longuement dans le second chapitre du présent titre.

²³¹ ROBERT V. ET USUNIER L., « Du bon usage du droit comparé », in DELMAS-MARTY M., *Critique de l'intégration normative - L'apport du droit comparé à l'harmonisation des droits*, PUF, 2004, page 242 : « L'intégration est de plus en plus un phénomène technocratique ».

²³² GROUPE D'ETUDE SUR LA JUSTICE SOCIALE EN DROIT PRIVE EUROPEEN, « Manifeste pour une justice sociale en droit européen des contrats », RTDC 2005 n°4, page 715 : « ce serait une erreur d'en déduire que les questions posées par l'élaboration d'un droit européen des contrats soient purement technocratiques et qu'elles puissent être résolues par des experts de façon empirique ».

Paragraphe II - La position des institutions communautaires

73. La gouvernance de l'Union européenne est assurée par un « triangle institutionnel »²³³ composé du Conseil de l'Union, de la Commission européenne et du Parlement européen. Pour qu'un code civil européen voit le jour, il faudrait donc que ce triangle institutionnel tombe d'accord sur un tel projet. Or, dans le cas du projet d'un code civil commun à l'UE, force est de constater que les positions entre les différentes institutions divergent, oscillant entre une position maximaliste du Parlement européen sur ce projet dont il est l'initiateur (A) et la position minimaliste des autres institutions communautaires (C), dont la Commission européenne est le chef de file (B).

A) La position du Parlement Européen quant au *modus operandi*

74. A l'initiative de ce projet ambitieux, le Parlement multiplie les appels à la Commission et au Conseil, tentant de rallier ces institutions sans lesquelles un code commun de droit privé ne peut être réalisé. Dès 1989, dans sa première résolution « *sur un effort de rapprochement du droit privé des Etats membres* »²³⁴, le Parlement réclame l'élaboration d'« *un Code commun de droit privé* », destiné à unifier des pans entiers de droit privé. En 1994, il réitère son appel, regrettant que pendant plus de quatre ans, la Commission n'ait jamais entrepris les travaux préparatoires demandés.²³⁵ Dans l'espoir que celle-ci réponde de façon plus favorable à sa demande, le Parlement n'envisage plus une unification mais une harmonisation des droits civils des Etats membres, « *partielle à court terme et (...) plus générale à long terme* »²³⁶. Il a acquis la certitude de procéder au rapprochement des législations civiles des Etats membres. Il met en avant les nécessités liées à l'achèvement du marché intérieur, l'objectif d'unification poursuivi trouvant dès lors une pleine justification dans les dispositions des traités. Dans ses différentes résolutions, le Parlement part du constat

²³³ BADINTER R., *Une constitution européenne*, Fayard, 2002, page 30.

²³⁴ Résolution PE du 26 mai 1989 sur un effort de rapprochement du droit privé des Etats membres, JOCE du 26 juin 1989, C n° 158, page 400.

²³⁵ Résolution du PE du 6 mai 1994 sur l'harmonisation de certains secteurs du droit privé des Etats membres, JOCE du 25 juillet 1994, C n° 205, page 518.

²³⁶ Résolution du PE du 6 mai 1994 sur l'harmonisation de certains secteurs du droit privé des Etats membres, JOCE du 25 juillet 1994, C n° 205, page 519.

d'une inefficience certaine de l'harmonisation sectorielle et parcellaire des droits civils jusqu'ici menée par la Commission et le Conseil à coup de directives, principalement en matière de contrats de consommation.²³⁷ A cet égard, le Parlement préconise une approche plus globale. Face au développement des relations transfrontalières, il considère en effet que c'est la multiplicité des ordres juridiques qui porte atteinte au bon fonctionnement du marché intérieur. Il invite d'ailleurs la Commission à utiliser l'article 95 du Traité CE comme base juridique tout au long du processus d'harmonisation, cette dernière devant examiner l'opportunité de recourir ou non au règlement, instrument plus efficace que la directive. Ce dernier point laisse donc à penser que le Parlement européen rechercherait moins une harmonisation des droits qu'une véritable unification.

75. Pour mener à bien cette entreprise, la volonté du Parlement d'opter pour un code commun peut étonner. En effet, la notion de codification a une acception très particulière en droit communautaire. Définie par la Commission européenne, par opposition aux notions de refonte et de consolidation, comme le regroupement de plusieurs actes communautaires dans un seul texte et sans modification substantielle²³⁸, elle s'apparente en droit français à ce que l'on nomme « codification à droit constant », instrument qui, aux yeux du Parlement, apparaît insuffisant pour rapprocher les législations nationales²³⁹. Le terme de code est connu du droit communautaire mais n'est en rien défini.²⁴⁰ Il faut donc souligner que l'utilisation faite par le Parlement du terme de « Code civil » européen n'est peut être pas identique à celle que s'en font les pays de tradition romano-germanique²⁴¹. Le Parlement européen propose de dégager le plus petit dénominateur commun aux législations civiles existantes et de systématiser ces règles dans un *corpus juris* devant s'imposer à terme aux Etats membres.

²³⁷ GROUPE D'ETUDE SUR LA JUSTICE SOCIALE EN DROIT PRIVE EUROPEEN, « Manifeste pour une justice sociale en droit européen des contrats », RTDC 2005 n°4, page 719 : les auteurs soulignent que récemment différentes initiatives législatives de la Commission ont été adoptées par le Conseil, notamment en matière de commerce transfrontière.

²³⁸ DUQUENNE A., *La codification communautaire*, Thèse sous la dir. de J. MOLINIER, Université de Toulouse I, 2000, page 8.

²³⁹ Résolution du PE de 1995 sur le 11^{ème} rapport de la Commission sur le contrôle de l'application du droit communautaire.

²⁴⁰ PERRUZZETTO S., « La codification du droit communautaire », in *La codification*, colloque sous la direction de B. BEIGNIER, 1996, page 153.

²⁴¹ Comme le soulignent les auteurs du Document de travail, « The private systems in the EU : discriminations on grounds of nationality and the need for a European civil code », (juin 1999) DG du PE n° IV, JURI, 103, http://www4.europarl.eu.int/estudies/internet/workingpaper/juri/pdf/103_en.pdf : "...we do not use the term "Civil code" in this report in the same way as it is used in the civil law countries of continental Europe"

76. De ce débat inter-institutionnel engagé autour du code civil européen, on peut déduire que le principal dessein du Parlement est de s'émanciper et d'accroître ses pouvoirs face à la Commission. On remarque, en l'état actuel de l'Union, que le Parlement européen souffre d'une limitation de ses attributions. Or, paradoxalement, il est la seule institution élue démocratiquement par l'ensemble des citoyens européens et donc la mieux à même de les représenter. Le « *réel pouvoir politique* »²⁴² revient en effet à la Commission et au Conseil, institutions sans lesquelles le Parlement ne peut rien faire. On comprend mieux pourquoi l'idée de bâtir un droit civil européen par une voie différente de celle du droit communautaire a trouvé sa caution institutionnelle auprès du Parlement.²⁴³ Néanmoins, l'ambition parlementaire de créer un code civil européen est très vite freinée par la Commission qui, à l'occasion de sa communication du 11 juillet 2001, veut se limiter à une action non contraignante en droit des contrats européens, dans un souci affiché de cohérence de la matière.

77. En réponse à cette Communication, le Parlement reconnaît, dans une résolution du 15 novembre 2001, que « *le débat sur l'harmonisation à grande échelle du droit civil est une question politiquement sensible* »²⁴⁴, mais déplore que la Commission ait décidé de circonscrire son action au droit des contrats, notamment aux problèmes de la conclusion, de l'exécution et de l'annulation des contrats. Le Parlement semble battre en retraite devant la position restrictive de la Commission, tout en espérant qu'un code européen des contrats donne naissance à terme à un code civil européen. Il l'invite ainsi à aborder « *les questions liées aux conditions générales de forme, à la responsabilité extracontractuelle, au droit régissant l'enrichissement et l'indu, ainsi qu'aux droits réels* ». Le Parlement demande instamment à la Commission de décider d'un plan d'action détaillé et assorti de différentes mesures à plus ou moins long terme, suivant un calendrier établi par le Parlement, ce qui démontre bien une volonté de sa part d'œuvrer en faveur d'une action plus rapide de la Commission.²⁴⁵ Il propose notamment que soit élaborée pour la fin de l'année 2004 une banque de données en matière de droit européen des contrats afin de mieux appréhender la

²⁴² HESSELINK M., "The politics of European contract law : who has an interest in what kind of contract law for Europe ?", intervention disponible sur <http://www.secola.org>.

²⁴³ DE VITA A., « Au croisement des itinéraires des droits européens – Analyse comparative en matière de responsabilité civile : tentatives et tentations », in *Droit global – Unifier le droit : le rêve impossible ?*, sous la direction de L. VOGEL, page 73.

²⁴⁴ Résolution du 15 novembre 2001 sur le rapprochement du droit civil et commercial des Etats membres, COM(2001) 398 – C5-0471/2001.

²⁴⁵ STAUDENMAYER D., « Le plan d'action de la Commission européenne concernant le droit européen des contrats », JCP 2003, doct. I, n°127, page 710.

matière, que soient consultés les praticiens et les scientifiques sur ce sujet, ceci devant conduire à partir de 2010 à la mise en place d'une législation européenne, d'un corpus de règles sur le droit européen des contrats.

78. Par la suite, dans sa résolution du 2 septembre 2003,²⁴⁶ le Parlement désapprouve le fait que la Commission n'ait pas réussi à « *se mettre d'accord sur un catalogue de mesures concrètes qui aurait été assorti d'un calendrier détaillé pour les années à venir* ». Il regrette que ses propositions n'aient pas été accueillies favorablement, comme par exemple la mise en place d'une banque de données ou la consultation plus systématique des praticiens du droit ainsi que des principaux intéressés, à savoir, les entreprises et les consommateurs. Il propose prioritairement à la Commission d'élaborer et de procéder à la mise en place d'un instrument facultatif dans certains secteurs tels que les contrats d'assurance ou de consommation²⁴⁷, solution facultative dans un premier temps mais destinée à se révéler impérative à long terme. Le Parlement européen plie mais ne rompt pas totalement avec son idée initiale de créer à terme un code civil complet, commun à l'ensemble des Etats membres, même si cette codification doit se faire progressivement, gagnant chaque fois un peu plus de terrain.

79. Enfin, dans deux résolutions prises en 2006, le Parlement européen réitère de façon explicite son attachement au projet de code civil européen.²⁴⁸ Dans sa résolution du 23 mars 2006, la plus timorée, il se prononce sur la proposition faite par la Commission européenne d'élaborer un « *cadre commun de référence* », instrument optionnel en matière de droit des contrats.²⁴⁹ Le Parlement européen regrette une fois de plus le manque d'ambition de la Commission, un instrument contraignant devant à ses yeux être mis en place dans le domaine général du droit des contrats et non de façon circonscrite aux contrats de consommation.²⁵⁰ Il souligne la nécessité d'un engagement politique ferme des institutions communautaires en faveur de ce projet, « *étant donné que la décision même d'opter pour un code est politique et*

²⁴⁶ Résolution PE, 02/09/2003, sur la communication de la Commission au parlement européen et au conseil intitulée : « un droit européen des contrats plus cohérent » .

²⁴⁷ Résolution de 2003 précitée, point n°14.

²⁴⁸ Résolution du 23 mars 2006 « sur le droit européen des contrats et la révision de l'acquis : la voie à suivre », P6_TA (2006) 0109, commentée par MARAIS A., « Cadre commun de référence et code civil européen », RDC octobre 2006, page 1278 et s. ; et Résolution du 7 septembre 2006 sur le droit européen des contrats, P6_TA (2006) 0352, évoquée par AMRANI-MEKKI S. et FAUVARQUE-COSSON B., « Droit des contrats (octobre 2005/septembre 2006) – Panorama », D. 2006, page 2638.

²⁴⁹ Cf infra, la position de la Commission.

²⁵⁰ Ce point est d'ailleurs rappelé par Madame FAUVARQUE-COSSON B., « Droit européen et international des contrats : l'apport des codifications doctrinales », D. 2007, Chronique, page 100, spéc. note 46.

que son contenu, bien que juridique, est inséparable d'objectifs sociaux et politiques ». ²⁵¹ Comme le souligne Madame Astrid Marais, « *oui, il se prépare bien un code européen des obligations, voire un code civil européen. Même si la Commission nie que tel est son objectif, c'est dans cet esprit que travaillent les chercheurs impliqués dans l'élaboration du cadre commun de référence : le Parlement européen, qui dresse ce constat dans sa résolution du 23 mars 2006, sur le droit européen des contrats et la révision de l'acquis, lève ainsi les masques* » ²⁵². Dans sa résolution du 7 septembre 2006, il réaffirme en outre sa conviction « *qu'un marché uniforme ne peut être pleinement opérationnel sans de nouveaux efforts d'harmonisation du droit civil* » et rappelle que l'initiative concernant le droit européen des contrats « *est la plus importante qui soit en cours dans le domaine du droit civil* ». ²⁵³ Par conséquent, le Parlement semble résolu à ne pas abandonner le projet de code civil européen, l'instrument contraignant en droit européen des contrats qu'il appelle de ses vœux n'étant qu'une première étape vers un code plus complet.

80. Instigateur du projet de code civil européen, le Parlement européen a pris conscience au fil des années des réticences en provenance tant des acteurs nationaux que des autres institutions européennes. Il semble donc opter pour une stratégie d'élaboration progressive de ce code commun, d'abord limité au droit des contrats, puis étendu à l'avenir à l'ensemble de la matière civile.

B) La position de la Commission européenne

81. En réaction aux multiples résolutions parlementaires, les Communications de 2001 ²⁵⁴, 2003 ²⁵⁵ et 2004 ²⁵⁶ établissent la position de la Commission européenne. Elle se situe

²⁵¹ MARAIS A., « Cadre commun de référence et code civil européen », RDC octobre 2006, page 1278.

²⁵² MARAIS A., précit., page 1277.

²⁵³ Résolution du 7 septembre 2006 sur le droit européen des contrats, P6_TA (2006) 0352, points n° 1 et 2.

²⁵⁴ Communication Commission du 11 juillet 2001, sur le « droit européen des contrats », JO CE du 13 septembre 2001, C, n° 255, page 1.

²⁵⁵ Communication Commission du 12 février 2003, « Plan d'action : Pour un droit européen des contrats plus cohérent », JO CE du 15 mars 2003, C, n° 063. Pour des commentaires : LPA du 4 septembre 2003, page 3 et s., note REMY-CORLAY P. ; D. 2003, page 1171 et s., note FAUVARQUE-COSSON B. Voir aussi, STAUDENMAYER D., « Le plan d'action de la Commission européenne concernant le droit européen des contrats », JCP 2003, doctr. I, n°127, page 709 et s.

²⁵⁶ Communication Commission du 11 octobre 2004, « Droit européen des contrats et révision de l'acquis : la voie à suivre », COM (2004) 651 final : pour un commentaire, MARAIS A., « Cadre commun de référence et code civil », RDC octobre 2005, n°4, page 1204 et s.

en retrait des exigences formulées par le Parlement. Au mieux, elle propose de créer un véritable instrument optionnel limité au seul droit des contrats.

1) Une action limitée au seul droit des contrats

82. La Commission est la seule institution européenne possédant le pouvoir d'engager le processus législatif et de mettre en œuvre des programmes pour l'avenir.²⁵⁷ Malgré les appels répétés du Parlement européen, elle fait preuve dans un premier temps d'une certaine inertie. Ce n'est que dans sa Communication du 11 juillet 2001 sur le droit européen des contrats²⁵⁸ qu'elle se prononce ouvertement en faveur d'une action communautaire. Néanmoins, elle adopte une position très en retrait, désirant que cette intervention se limite au seul droit des contrats. La Commission européenne légitime cette incursion communautaire dans le droit des obligations parce qu'il représente le fondement de l'activité économique, activité au cœur de la construction communautaire²⁵⁹. Elle se fonde donc sur les conditions relatives au marché intérieur pour asseoir à titre principal l'intervention communautaire. Ce choix d'angle d'attaque peut s'expliquer par le rôle important dévolu à la Commission européenne, depuis de nombreuses années, dans la réalisation du marché intérieur.²⁶⁰ Cependant, de nombreux auteurs le dénigrent, considérant que pour construire un droit européen du contrat, le marché n'est pas l'intérêt essentiel, des valeurs telles que l'équité, la solidarité ou l'égalité devant entrer en ligne de compte.²⁶¹ Il semble que, tout comme le Parlement, la Commission n'ait eu d'autre choix que d'invoquer le « marché » afin de pouvoir légiférer dans un domaine tel que le droit des contrats. La compétence des institutions communautaires ne va toutefois pas de soi, et fera l'objet plus loin d'un examen plus approfondi.²⁶²

²⁵⁷ GROUPE D'ETUDE SUR LA JUSTICE SOCIALE EN DROIT PRIVE EUROPEEN, « Manifeste pour une justice sociale en droit européen des contrats », RTDC 2005 n°4, page 718.

²⁵⁸ Communication Commission du 11 juillet 2001, sur le droit européen des contrats, JO CE du 13 septembre 2001, C, n° 255, page 1.

²⁵⁹ CHARBIT N., « L'espéranto du droit : la rencontre du droit communautaire et du droit des contrats », JCP 2002, doct, I, n°100, page 11 : « *dans une communauté économique, ambition immédiate de la construction européenne, les obligations entre entreprises et autres consommateurs se concrétisent par le contrat (...) technique de base de la libre circulation* ».

²⁶⁰ GROUPE D'ETUDE SUR LA JUSTICE SOCIALE EN DROIT PRIVE EUROPEEN, « Manifeste pour une justice sociale en droit européen des contrats », RTDC 2005 n°4, page 720.

²⁶¹ GROUPE D'ETUDE SUR LA JUSTICE SOCIALE EN DROIT PRIVE EUROPEEN, « Manifeste pour une justice sociale en droit européen des contrats », RTDC 2005 n°4, page 722.

²⁶² Voir dans la présente partie, Titre II- Des obstacles à surmonter, Chapitre II- Les obstacles intrinsèques, Section I plus particulièrement.

83. A l'occasion de sa communication de 2001, la Commission européenne envisage plusieurs solutions, non exhaustives. D'un côté, elle propose des options minimalistes telles que l'absence d'intervention communautaire fondée sur la libre action du marché (Option I), ainsi que l'amélioration de la législation communautaire en vigueur (Option III), à laquelle on reproche son caractère opaque. De l'autre, des options telles que la mise au point de principes communs non contraignants (Option II), ainsi que l'adoption d'un nouvel instrument communautaire (Option IV), sorte de législation complète, dont le caractère plus ou moins contraignant n'est pas véritablement déterminé, solution se rapprochant le plus de celle soutenue par le Parlement européen. Ces différentes options ont ainsi été soumises à l'ensemble de la communauté juridique européenne. Les délais impartis pour répondre à cette consultation étant relativement brefs, les réponses françaises ont été rares²⁶³, et sont donc principalement intervenues *a posteriori*²⁶⁴. A l'inverse, les juristes étrangers, plus particulièrement allemands et anglais, ont manifesté un vif intérêt, multipliant les réponses à l'appel lancé par la Commission.²⁶⁵ Il ressort de ces différentes réponses que les options minimalistes n'ont rencontré aucune critique particulière, l'absence d'intervention n'étant pas selon les contributeurs une solution, et l'utilité d'améliorer la législation communautaire en vigueur étant même particulièrement bienvenue.²⁶⁶ Ce sont donc les options II et IV qui ont suscité un plus vif débat, opposant ainsi les partisans de principes non contraignants, tels que

²⁶³ MALINVAUD P., « Réponse hors délai à la Commission européenne : à propos d'un code européen des contrats », D.2002, chron, page 2542 : les réponses françaises étaient au nombre de 7 et émanaient du gouvernement, des entreprises (MEDEF et Chambre des métiers de Paris), des associations de consommateurs (UFC) d'un juriste et de deux universitaires.

²⁶⁴ La communication a fait l'objet de nombreux commentaires : voir notamment, CHARBIT N., « L'espéranto du droit ? La rencontre du droit communautaire et du droit des contrats », JCP 2002, doct I, n° 100, page 9 ; MALINVAUD P., « Réponse hors délai à la Commission européenne : à propos d'un code européen des contrats », D.2002, chron, page 2542 et s. ; SONNENBERGER HJ, « L'harmonisation ou l'uniformisation européenne du droit des contrats sont-elles nécessaires ? Quels problèmes suscitent-elles ?- Réflexions sur la Communication de la Commission du 11 juillet 2001 et la résolution du PE du 15 novembre 2001 », RCDIP 2002, page 405 et s. ; HEUZE V., « A propos d'une initiative européenne en matière de droit des contrats », JCP 2002, doct, I, n°152, page 1341 et s.

²⁶⁵ La Commission a publié le 25 mars 2002 les réactions à la Communication de 2001 : elle note que le plus grand nombre de contributions provient d'Allemagne et du Royaume Uni, déplorant que pour certains Etats membres les contributions aient été peu nombreuses voir inexistantes.

²⁶⁶ SONNENBERGER HJ, « L'harmonisation ou l'uniformisation européenne du droit des contrats sont-elles nécessaires ? Quels problèmes suscitent-elles ?- Réflexions sur la Communication de la Commission du 11 juillet 2001 et la résolution du PE du 15 novembre 2001 », RCDIP 2002, spéc. page 418 : « *Il est toujours louable qu'un législateur soit conscient des faiblesses de son œuvre et se propose de l'améliorer. Qui veut nier une telle intention ?* ».

ceux déjà élaborés par la Commission Lando²⁶⁷, à ceux, plus minoritaires, favorables à un instrument complet, tel un code européen des contrats.

2) Une action limitée à un instrument optionnel

84. Dans son plan d'action²⁶⁸ du 11 février 2003, la Commission européenne ne propose plus que trois options, à savoir l'amélioration de l'acquis communautaire par la mise en place d'un cadre commun de référence²⁶⁹, la promotion de clauses contractuelles types, soit deux approches sectorielles, et enfin, la création d'un instrument optionnel, approche plus globale.

85. Selon les contributions françaises reçues par la Commission, la première solution est accueillie de façon plutôt favorable, qualifiée même d'opportune²⁷⁰. Dans sa communication²⁷¹ de 2004, la Commission apporte des précisions sur cette idée, ayant germé lors de son plan d'action de 2003, de cadre commun de référence (CCR), dont « l'acquis communautaire »²⁷² représente une source d'inspiration majeure. D'un côté, il aura vocation à servir de « *boite à outils* » lors de l'amélioration et de la simplification des instruments, singulièrement les directives, existants et à venir en droit des contrats. Il s'inscrit donc dans le vaste programme de simplification de la législation communautaire.²⁷³ Cet instrument a vocation à être certes utilisé par la Commission, mais aussi par le Parlement ou le Conseil, toutes les institutions européennes s'étant engagées à « *instiller simplicité, clarté et cohérence dans ladite législation* ». ²⁷⁴ De l'autre, il permettra de dégager des principes et une

²⁶⁷ COMMISSION POUR LE DROIT EUROPEEN DU CONTRAT, *Les principes du droit européen du contrat*, version française préparée par ROUHETTE G., DE LAMBERTERIE I., TALON D. ET WITZ C., Société de Législation comparée, 2003.

²⁶⁸ Communication Commission du 12 février 2003, « Plan d'action : Pour un droit européen des contrats plus cohérent », JO CE du 15 mars 2003, C, n° 063 ; STAUDENMAYER D., « Le plan d'action de la Commission européenne concernant le droit européen des contrats », JCP 2003, doctr. I, n°127, page 709 et s.

²⁶⁹ Communication Commission du 12 février 2003, « Plan d'action : Pour un droit européen des contrats plus cohérent », JO CE du 15 mars 2003, C, n° 063 : voir § 59.

²⁷⁰ Contribution de REMY-CORLAY P., FENOUILLET D. ET REMY P. en réponse au plan d'action de 2003, disponible sur le site http://europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/index_fr.htm.

²⁷¹ Communication Commission du 11 octobre 2004, « Droit européen des contrats et révision de l'acquis : la voie à suivre », COM (2004) 651 final, précitée, § 2.1.2, page 6.

²⁷² Nous rappelons que de façon générale l'expression « acquis communautaire » se définit comme « le socle commun de droits et obligations liant l'ensemble des Etats membres au titre de l'Union européenne » : POILLOT E., « Le droit comparé au service de la compréhension de l'acquis communautaire en droit privé », RIDC 2005, n°4, page 1017. Ici, la Commission vise plus particulièrement le socle commun dégagé en droit des contrats.

²⁷³ Communication de la Commission du 11 février 2003, « Mettre à jour et simplifier l'acquis communautaire » COM (2003), 71 final.

²⁷⁴ Communication Commission du 11 octobre 2004, précitée, § 2.1.1, page 5.

terminologie communs dans le domaine du droit européen des contrats.²⁷⁵ La Commission garantit qu'il assurera la détermination de dénominateurs communs ainsi que la définition des meilleures solutions contenues dans l'ordre juridique interne des Etats membres.²⁷⁶ Elle envisage la teneur du CCR en trois parties, composées respectivement de lignes directrices et principes fondamentaux communs de droit des contrats, de définitions de concepts-clés, et enfin de règles modèles, formant le corps même de cet instrument.²⁷⁷ D'autres utilisations pourront en être faites, les législateurs nationaux pouvant notamment s'y référer pour transposer les directives relevant du droit des contrats ou la Cour de Justice pouvant le prendre en considération dans son interprétation de l'acquis sur le droit des contrats.²⁷⁸ Dans cette optique, l'approche suivie par la Commission se veut résolument communautariste, limitée à l'acquis communautaire, qui ne saurait toutefois à lui seul être représentatif du droit européen des contrats.

86. La seconde option proposée par la Commission réside dans la possibilité d'inciter le secteur privé à mettre au point des clauses contractuelles types ayant vocation à être utilisées sur tout le territoire européen. La doctrine la juge peu satisfaisante, voire vouée à une certaine inefficacité.²⁷⁹ Les réponses des parties prenantes au plan d'action laissent entrevoir un certain scepticisme quant au rôle de la Commission concernant cette option.²⁸⁰ De la même manière, la possible mise en place d'un instrument optionnel fait l'objet de nombreuses critiques liées au trop grand nombre de problèmes qu'il soulève, problèmes non abordés ou non résolus par la Commission dans son plan d'action, et qui concernent son contenu²⁸¹, son

²⁷⁵ Communication Commission du 12 février 2003, précitée, § 59. Certains chercheurs se sont intéressés à cette délicate question de la terminologie juridique pour élaborer un droit européen des contrats : cf. par exemple, AJANI G. et EBERS M. (dir.), *Uniform terminology for European Contract Law*, éd. Nomos, Baden-Baden, 2005.

²⁷⁶ Communication Commission du 11 octobre 2004, précitée, § 2.1.1, page 3. Pour Monsieur GRYNBAUM, cet ouvrage répond à l'appel lancé par la Commission, ces travaux s'inscrivant « dans la recherche d'une langue du droit européen dans laquelle les termes juridiques employés ne renvoient qu'à une seule signification possible » : in « Ouvrage : une avancée pour le droit européen des contrats », RDC octobre 2006, page 1312.

²⁷⁷ Communication Commission 11 octobre 2004, précitée, Annexe I, Structures envisageables pour le CCR, pages 15-17.

²⁷⁸ Communication Commission 11 octobre 2004, précitée, § 2.1.2, pages 5-6.

²⁷⁹ Contribution de REMY-CORLAY P., FENOUILLET D. ET REMY P. en réponse au plan d'action de 2003, précitée : les auteurs parlent de solution en pratique ineffective; de même, Contribution de PRIETO C. en réponse au plan d'action de 2003, disponible sur le site http://europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/index_fr.htm : l'auteur qualifie la solution d'intéressante, mais comme n'étant pas une avancée sensible pour le droit européen des contrats.

²⁸⁰ Communication Commission du 11 octobre 2004, précitée, § 2.2.2, page 7.

²⁸¹ Il reste à savoir si la Commission entend traiter de tous les contrats ou seulement de certains tels que le contrat de vente ou d'assurance, par exemple. STAUDENMAYER D., « Le plan d'action de la Commission européenne concernant le droit européen des contrats », JCP 2003, doctr., n°127, spéc. page 715. De même, il subsiste des incertitudes quant au champ d'application de cet instrument optionnel, applicable soit aux situations

caractère facultatif ou non²⁸², ainsi que son support juridique²⁸³. Loin de rassurer la doctrine, cette dernière proposition est décryptée comme un moyen déguisé de mettre en place à terme un véritable code commun ayant vocation à remplacer les droits nationaux. C'est pourquoi, à l'occasion de sa communication « *Droit européen des contrats et révision de l'acquis : la voie à suivre* », la Commission s'en défend, s'employant à minimiser son éventuelle intervention. Elle affirme qu'elle n'envisage en aucun cas « *de proposer un code civil européen qui harmoniserait le droit des contrats des Etats membres* »²⁸⁴. Pour certains, la Commission européenne se veut rassurante mais ne convainc pas totalement.²⁸⁵ La Commission ne semble pas renoncer à un instrument complet en droit des contrats mais, à la différence du Parlement, elle souhaite élaborer un instrument optionnel et non contraignant, sorte de 26^{ème} régime qui viendrait se surajouter aux vingt-sept réglementations nationales, fonction de la volonté des parties au contrat.²⁸⁶ On peut donc en conclure que cet instrument, prenant vraisemblablement la forme d'un règlement²⁸⁷, a vocation à uniformiser plus qu'unifier, ou à opérer une « *unification additionnelle* » et non « *substitutive* », selon la distinction employée par Jürgen Basedow²⁸⁸. S'agissant de sa teneur, la Commission fait valoir que de nombreux contributeurs se prononcent en faveur de dispositions générales sur le droit des contrats mais aussi de dispositions plus spécifiques se rapportant à certains contrats spéciaux.²⁸⁹ Quoiqu'il en soit, la Commission se laisse encore le temps de la réflexion. Elle estime nécessaire de

purement internes, soit intra-communautaires, soit aux situations internationales, problème soulevé par la contribution de REMY-CORLAY P., FENOUILLET D. ET REMY P., précitée.

²⁸² Il faut savoir si la commission opte pour un système d'opt-in ou d'opt-out. La doctrine est plutôt favorable à la solution de l'opt-in : Réponse au plan d'action de 2003 de la Cour de cassation française, Groupe de travail sous la direction de CANIVET G., disponible sur le site http://europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/index_fr.htm.; PRIETO C., « Pour l'expérimentation d'un droit commun des contrats transfrontaliers sous l'égide d'un Institut du droit européen », in *Regards croisés sur les principes du droit européen du contrat et sur le droit français*, PUAM, 2003, page 81 spéc.

²⁸³ La Commission a proposé de choisir entre un Règlement et une Recommandation, l'outil en découlant restant optionnel.

²⁸⁴ Communication Commission du 11 octobre 2004, précitée, § 2.3, page 9.

²⁸⁵ MARAIS A., « Cadre commun de référence et code civil », RDC octobre 2005, page 1205.

²⁸⁶ A l'occasion de son Livre vert sur la politique des services financiers, la Commission a pris note du débat autour de l'utilité d'un tel instrument optionnel en droit des contrats. Elle accepte d'examiner un peu plus près un 26^{ème} régime de cette nature en lançant une étude sur la possibilité de l'appliquer notamment à des produits simples d'assurance et d'épargnes.

²⁸⁷ Communication du 11 octobre 2004, Annexe II - Paramètres relatifs à un instrument optionnel –Pour la poursuite du débat sur l'utilité d'un tel instrument, précitée, § 3, pages 20-21.

²⁸⁸ BASEDOW J., « Rapport de synthèse : quel droit privé pour l'Europe », in BERGE J.S. ET NIBOYET M.L.,(sous la dir.), *La réception du droit communautaire en droit privé des Etats membres*, op. cit., page 234.

²⁸⁹ Communication du 11 octobre 2004, Annexe II - Paramètres relatifs à un instrument optionnel –Pour la poursuite du débat sur l'utilité d'un tel instrument, précitée, § 4, page 21.

poursuivre les travaux sur cette question, tout comme sur l'épineux problème de la base juridique à donner à cette intervention communautaire.²⁹⁰

87. Enfin, le premier rapport annuel de la Commission sur l'état d'avancement du droit européen des contrats et de la révision de l'acquis, publié en septembre 2005,²⁹¹ insiste plus spécialement « *sur la nécessité d'accroître la cohérence de l'acquis communautaire dans le domaine du droit des contrats et d'élaborer des clauses de contrat standard à l'échelle de l'Union (...) tout en laissant à une période future l'appréciation relative à l'adoption de solutions qui ne seront pas spécifiquement sectorielles, telles que, par exemple, un instrument optionnel* »²⁹². De l'ensemble des communications produites par la Commission, confortées par le premier rapport annuel précité, se déduit la détermination de cette institution d'intervenir de façon beaucoup plus limitée en droit européen des contrats que le Parlement ne le désire. Pour Monsieur Christophe Jamin, l'orientation suivie par la Commission en faveur d'un instrument optionnel et de la révision de l'acquis communautaire en droit des contrats démontre sa volonté de « désarmer la critique » liée à un éventuel code civil européen, sa détermination à « vaincre les réticences exprimées par de très nombreux acteurs à l'égard d'un futur droit unifié des contrats en Europe » sans toutefois renoncer de façon définitive à ce projet.²⁹³ La Commission confirme sa position dans le Deuxième rapport sur l'état d'avancement du CCR du 25 juillet 2007.²⁹⁴ Elle y réitère que la priorité sera accordée aux sujets liés au droit des contrats dans le domaine du droit de la consommation. Elle prend acte des résolutions du Parlement européen rendues en 2006 mais rappelle qu'elle ne voit dans le CCR qu'un instrument propice à une réglementation améliorée, celui-ci n'étant aucunement « *destiné à assurer une harmonisation à grande échelle du droit privé ou à se transformer en code civil européen* »²⁹⁵. Une telle vision semble être partagée par d'autres institutions communautaires, notamment le Conseil de l'Union.

²⁹⁰ Communication du 11 octobre 2004, Annexe II - Paramètres relatifs à un instrument optionnel –Pour la poursuite du débat sur l'utilité d'un tel instrument, précitée, § 6, page 23.

²⁹¹ Commission européenne, Premier rapport annuel sur l'état d'avancement du droit européen des contrats et de la révision de l'acquis du 23 septembre 2005, COM (2005) 456 final.

²⁹² JAMIN C., « Vers un droit européen des contrats ? (réflexions sur une double stratégie) », RJCom 2006, pages 98-99.

²⁹³ JAMIN C., *ibidem*, page 100.

²⁹⁴ Commission européenne, Deuxième rapport sur l'état d'avancement du cadre commun de référence du 25 juillet 2007, COM (2007) 447 final.

²⁹⁵ Rapport précité.

C) La position des autres institutions communautaires

88. Si la Commission possède un pouvoir d'initiative, le Parlement européen et le Conseil doivent entériner ses propositions au final. La position du Conseil, essentielle, mais aussi celle de moindre importance du Comité économique et social européen, organe consultatif auquel la Commission peut demander des avis, méritent d'être soulignés.²⁹⁶ Ils adoptent une position suiviste vis-à-vis de la Commission européenne.

1) La position du Conseil de l'Union

89. Le Conseil de l'Union, représentant et défenseur des intérêts des gouvernements des Etats membres, a affirmé dès le Sommet de Tampere la nécessité de faire de l'Union un espace de liberté, de sécurité et de justice en exploitant les possibilités offertes par Amsterdam. Il y soulignait déjà que l'acquis communautaire concernant le droit privé et en particulier le droit des contrats devenait considérable, déplorant cependant une politique « au coup par coup », sans structure ni cohérence en la matière.²⁹⁷ A ses yeux, ce serait dès lors ce caractère fragmentaire de l'harmonisation européenne qui serait à la base de la volonté de certains, dont la Commission, de franchir une étape supplémentaire en forgeant un droit commun des obligations.

90. Le Conseil exprime à nouveau son point de vue sur cette question dans son Rapport sur la nécessité de rapprocher les législations des Etats membres en matière civile du 16 novembre 2001.²⁹⁸ Il part du même constat d'insuffisance d'une harmonisation par le biais des directives mais aussi par des instruments tels que le droit international privé ou le droit uniforme. Favorable à une approche plus horizontale de l'harmonisation, il n'écarte pas la possibilité de créer un noyau commun européen en matière de droit privé, si la nécessité se faisait sentir. A la suite de la communication de la Commission de 2001, il confirme tout de même le rôle pionnier du droit des contrats dans une éventuelle politique législative de la Communauté dans le domaine du droit privé. En 2003, le Conseil adopte une résolution,

²⁹⁶ Ce que considère aussi STAUDENMAYER D., Le plan d'action de la Commission européenne concernant le droit européen des contrats, JCP 2003, doct. N°127, spéc. Page 711.

²⁹⁷ § 28 des conclusions du Conseil de Tampere des 15 et 16 octobre 1999.

²⁹⁸ Rapport du Conseil de l'Union du 16 novembre 2001, sur la nécessité de rapprocher les législations des Etats membres en matière civile, doc. 13017, Justciv 129, cité in STAUDENMAYER D., Le plan d'action de la Commission européenne concernant le droit européen des contrats, JCP 2003, doct. N°127, page 710.

accueillant favorablement le plan d'action intitulé « pour un droit européen des contrats plus cohérent » présenté par la Commission un peu plus tôt.²⁹⁹ Il se rallie à l'idée d'élaborer un cadre commun de référence tel que proposé par la Commission, cet instrument ne devant en aucun cas être juridiquement contraignant. Cependant, il lui apparaît aussi particulièrement utile, à côté de ce cadre commun de référence et pour parvenir à une transparence, une cohérence et une simplification accrues du droit des contrats, de continuer à améliorer, à consolider et à « codifier » la législation communautaire dans ce domaine. Plus récemment, lors du sommet « Compétitivité » des 28 et 29 novembre 2005, le Conseil s'est une fois de plus rallié à la position et à la démarche de la Commission européenne, reliant le projet de droit européen des contrats à la révision de l'acquis communautaire, plus particulièrement en matière de protection des consommateurs.³⁰⁰ A cette occasion, il a également salué « *les assurances répétées de la Commission selon lesquelles elle n'envisage pas de proposer un code civil européen* ». ³⁰¹

2) La position du Comité économique et social

91. Le Comité économique et social européen, issu des Traités de Rome, assure la représentation institutionnelle de la société civile³⁰², tout comme le Comité économique et social français. Qu'il soit obligatoirement consulté par le Conseil sur les propositions de la Commission dans un certain nombre de cas, ou bien soit qu'il le soit à sa demande ou sur celle d'une institution, les avis qu'il rend sont purement consultatifs. Lors de son avis rendu le 17 juillet 2002 sur le droit européen des contrats,³⁰³ le Comité se polarise sur la nécessité d'harmoniser cette matière, en raison d'une part de l'existence du marché unique et, d'autre part, d'une monnaie unique, « *l'espace économique communautaire constituant un terrain favorable pour la création d'un droit uniforme des contrats* ». ³⁰⁴ Il part en effet du constat selon lequel préexistent des éléments d'un droit européen des contrats, ainsi qu'en atteste

²⁹⁹ Résolution du Conseil du 14 octobre 2003, relative à un droit européen des contrats plus cohérent, JOCE 2003, C n°246, page 1.

³⁰⁰ Conclusions du Conseil de l'Union européenne des 28 et 29 novembre 2005 sur le projet de droit européen des contrats et la révision de l'acquis en matière de protection des consommateurs, texte disponible en anglais sur http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/index_fr.htm.

³⁰¹ Commission européenne, Deuxième rapport sur l'état d'avancement du cadre commun de référence du 25 juillet 2007, COM (2007) 447 final, § 5.2.1 *spéc.*

³⁰² FAVRET JM., *Droit et pratique de l'Union européenne*, Gualino Manuel, 2003, page 121.

³⁰³ Avis Comité économique et social sur la communication de la Commission concernant le droit européen des contrats, 17 juillet 2002, JO CE du 7 octobre 2002, C n° 241, page 1

³⁰⁴ Avis Comité, précité, § 2-1-4

l'existence d'un acquis communautaire déjà important dans le domaine du droit privé. Il justifie la nécessité de se limiter au seul droit des contrats transfrontaliers en ce que d'une part, le droit de la famille et le droit du travail doivent être exclus car trop « *liés aux traditions juridiques, à l'histoire et à la structure sociale de la société de chacun des Etats membres* »³⁰⁵, et en ce que d'autre part, la Communauté est compétente de façon indubitable pour la réalisation du marché unique.³⁰⁶ Le Comité considère qu'un droit européen des contrats sous la forme d'un règlement serait la meilleure solution et propose, à moyen terme, que les parties à un contrat puissent choisir ce droit européen comme applicable à leur contrat (solution d'opt-in), et à long terme, que le modèle européen soit applicable par défaut, les parties pouvant toujours opter pour le droit national comme droit applicable à leur contrat (solution d'opt-out).³⁰⁷ Dans son plan d'action de 2003, la Commission relève l'idée avancée par le Comité, tout en n'opérant aucun choix pour l'avenir de l'instrument optionnel. A l'occasion de sa communication de 2004 « Droit européen des contrats et révision de l'acquis : la voie à suivre », la Commission se prononce en faveur de l'option d'acceptation, se ralliant à la majorité des avis reçus, considérant que cette solution a pour principal avantage d'accorder aux parties une liberté contractuelle maximale.³⁰⁸

92. En conclusion, à l'exception du Parlement européen, la position des institutions communautaires tend vers l'élaboration d'un instrument optionnel en droit européen du contrat, notamment dans le domaine du droit de la consommation. Cela s'appuierait sur l'amélioration faite en aval de l'acquis communautaire existant et futur, regroupé au sein d'un outil appelé « cadre commun de référence ». Pourtant, même si elle s'en défend, il semble qu'à terme, ce CCR sera, par commodité pour la Commission, transformé en instrument optionnel sans grande modification. Par conséquent, la voie principalement suivie est plutôt celle de l'uniformisation, le CCR ayant vocation à définir « *avec précision les termes juridiques* ». ³⁰⁹ L'hypothèse d'un code civil européen n'est toutefois pas dépassée, comme en témoigne l'entêtement du Parlement européen qui aspire à une harmonisation plus globale du droit civil.

³⁰⁵ Avis § 3-1-2

³⁰⁶ Avis § 2-2

³⁰⁷ STAUDENMAYER D., « Le plan d'action de la Commission européenne concernant le droit européen des contrats », JCP 2003, doct. N°127, spéc. Page 711.

³⁰⁸ Communication du 11 octobre 2004, Annexe II - Paramètres relatifs à un instrument optionnel –Pour la poursuite du débat sur l'utilité d'un tel instrument, précitée, § 2, page 19.

³⁰⁹ Communication Commission du 11 octobre 2004, « Droit européen des contrats et révision de l'acquis : la voie à suivre », COM (2004) 651 final, § 2.1.1, page 3.

Conclusion du Chapitre I :

93. La logique d'intégration européenne, tournée vers une union toujours plus poussée des peuples, des cultures et des valeurs, constitue un terreau favorable à l'éclosion d'un code commun à l'ensemble des Etats membres. La non adoption d'une constitution européenne ne change rien à la donne. Le choix d'une harmonisation ou d'une uniformisation des législations civiles européennes repose de façon technocratique entre les mains d'un triangle institutionnel. Il ressort des différentes résolutions et communications échangées entre les institutions communautaires que l'on s'achemine vers un instrument limité au droit européen des contrats, première étape à longue échéance vers un code civil européen, que le Parlement appelle de ses vœux. Il peut sembler en effet sage de vouloir commencer par concevoir un code européen des contrats, qui servira en quelque sorte de « prototype », et que l'on pourra prendre par la suite comme modèle pour organiser les autres secteurs si cela s'avère être une réussite.

94. Toutefois, la manière dont les institutions communautaires se sont emparées de la question n'est pas exempte de critiques. Il faut d'ores et déjà dénoncer la vision étriquée des institutions quant au fondement de leur intervention. Le Parlement européen, qui veut aboutir grâce à un code civil européen à une approche plus globale et plus systémique de la matière civile, légitime son action sur la seule réalisation du marché intérieur, à l'identique de ce que fait la Commission, alors qu'il est bien évident que « *de plus vastes questions sont en jeu* ». ³¹⁰ En outre, le débat autour du code civil européen a suscité de vives réticences, qu'il est nécessaire de prendre en considération. Dès lors, l'orientation institutionnelle prise doit être revue entièrement si l'on aspire à ce qu'un code civil européen se réalise enfin. Le choix d'harmoniser ou d'uniformiser les législations civiles des Etats membres ne doit pas être purement technocratique, « *l'élaboration d'un droit privé européen ne [devant] pas se passer des processus démocratiques* » ³¹¹. Il doit pour cela s'appuyer largement sur la comparaison des droits en présence, l'expertise des Parlements nationaux en la matière étant capitale. A nos yeux, un code civil européen, loin d'être une utopie, est concevable puisque émerge sans conteste un droit civil européen qui ne demande qu'à être systématisé.

³¹⁰ GROUPE D'ETUDE SUR LA JUSTICE SOCIALE EN DROIT PRIVE EUROPEEN, « Manifeste pour une justice sociale en droit européen des contrats », RTDC 2005 n°4, page 715.

³¹¹ GROUPE D'ETUDE SUR LA JUSTICE SOCIALE EN DROIT PRIVE EUROPEEN, « Manifeste pour une justice sociale en droit européen des contrats », RTDC 2005 n°4, page 724.

Chapitre II - Le facteur matériel : l'émergence d'un droit civil européen

95. De façon traditionnelle, l'approche du droit communautaire par la doctrine et les universitaires s'est focalisée davantage sur son aspect institutionnel que matériel. Or, l'aspect matériel doit pré-exister pour que le projet de code civil européen aboutisse. Cette entreprise ne pourrait voir le jour si elle ne reposait que sur le seul facteur institutionnel qu'est la dynamique d'intégration propre à l'Union européenne. La difficulté est alors de déterminer en quoi va consister ce droit matériel, qui ne peut se limiter aux seules règles applicables aux activités régies par le droit communautaire. Le droit communautaire matériel a en effet connu ces dernières années un prodigieux développement en raison d'une extension importante de son champ d'application³¹². Ce droit substantiel s'est profondément modifié, cessant d'être un droit exclusivement économique pour s'intéresser à la personne, bénéficiaire de droits et libertés fondamentaux. *A priori* conçu pour permettre l'avènement d'un marché européen, le droit de l'Union européenne ne devrait avoir d'influence, dans le domaine civil, que sur le droit des biens ou des obligations, et non sur des matières telles que le droit des personnes ou le droit de la famille. Ses destinataires étant les individus, un lien s'établit nécessairement entre droit communautaire et droit des personnes et de la famille.³¹³

96. La doctrine³¹⁴ a ainsi décelé peu à peu l'émergence d'un droit privé européen et, plus particulièrement, d'un droit civil européen. En effet, les droits civils nationaux sont très fortement influencés et, par conséquent, harmonisés à la fois par le droit issu de l'Union européenne et par le droit issu de la Convention européenne des Droits de l'Homme. Si cette influence s'explique pour le droit communautaire par sa supranationalité et sa primauté sur les

³¹² DUBOUIS L. ET BLUMANN C., *Droit matériel de l'Union européenne*, Montchrétien, éd. 2004, page 9.

³¹³ RAMET S., *Le droit communautaire et la famille*, thèse, page 1 : « En s'adressant à la personne, le droit communautaire établit nécessairement un rapport avec la famille ».

³¹⁴ Voir notamment les deux colloques : DE VAREILLES-SOMMIERES P. (sous la direction de), *Le droit privé européen*, Economica, 1998, ainsi que WERRO F. (sous la direction de), *L'européanisation du droit privé : vers un code civil européen ?*, Fribourg, 1998.

droits internes des Etats membres, l'influence de la Convention européenne des Droits de l'Homme tient plutôt à l'existence d'un mécanisme efficace de protection des droits garantis par ladite convention. De cette influence conjuguée du droit communautaire et du droit européen des Droits de l'Homme sur les droits internes des Etats membres, éclot un droit civil « européen » au sens large, commun aux pays membres de l'Union, qu'il ne reste plus qu'à codifier.

97. Le projet de code civil européen entend, comme son nom l'indique, se limiter au domaine du droit civil. Or, cette notion de droit civil est particulièrement évanescence au sein de l'Union, qui ne connaît d'ailleurs pas la *summa divisio* faite en droit français entre droit privé et droit public.³¹⁵ De plus, la définition de la matière civile peut diverger, les droits internes n'en recevant pas la même acception. La difficulté résidera dès lors dans la délimitation du domaine de ce droit civil européen encore en construction (Section II).

98. Cependant, un code civil européen ne pourra voir le jour sans un travail doctrinal préalable de longue haleine, s'inscrivant dans la durée, destiné à redécouvrir un droit commun européen apte à être codifié. Si les obstacles propres à cette découverte surgissent, ils pourront cependant être surmontés. Il restera dès lors à déterminer l'approche méthodologique qui devra être privilégiée à l'occasion du projet de codification. En effet, on ne peut concevoir un code civil européen viable et possible sans une base méthodologique suffisante³¹⁶ (Section I).

Section I - La redécouverte d'un droit commun européen

99. La volonté de découvrir un droit commun européen n'est en effet pas nouvelle. Avant l'apparition des grandes codifications étatiques du XIX^{ème} siècle, les principaux éléments du droit en Europe appartenaient à un patrimoine juridique commun, le droit pénal

³¹⁵ FAIRGRIEVE D. et MUIR-WATT H., *Common law et tradition civiliste : convergence ou concurrence ?*, PUF, coll. droit et justice, 2006, spéc. pp 39-40. Les auteurs rappellent l'étanchéité des sphères publiques et privées dans la tradition civiliste et « *qu'en s'affichant constitution de la société civile, le code se présente en espace clos, privé et apolitique, dans lequel les relations interindividuelles évoluent à l'abri de la politique* », puisque concernant le Code Napoléon, « *l'institution du droit civil était faite sinon pour dépolitiser, du moins pour dépubliciser la vie des Français* ».

³¹⁶ BERGER K.-P., «Harmonisation of European contract law : the influence of comparative law», ICLQ 2001, vol. 50, issue 4, page 878: "*In the context of the harmonisation and unification of the law, the discussion on the methodology to be applied to the harmonisation and unification process must necessarily play a dominant role. There is no viable and workable uniform private law without a sufficient methodical basis*".

et le droit privé étant essentiellement européens. En effet, dès le XVI^{ème} siècle, le droit privé des peuples d'Europe continentale reposait sur un même substrat romano-germanique, le *jus commune*. Malgré le développement des particularismes locaux et des codifications internes, les droits devenus étatiques ont conservé une certaine trace de cet héritage commun.

100. Le projet de code civil européen lancé par le Parlement pourrait donc se lire comme une volonté de remettre au goût du jour ce *jus commune* médiéval. Il semble évident que, face à une évolution convergente croissante des différents droits civils internes, la recherche de principes communs à l'ensemble des Etats membres sera un préalable obligé au projet d'un code commun. Divers obstacles se dressent néanmoins contre l'existence d'un droit commun européen. Une fois ces obstacles surmontés, la méthode employée pour découvrir ce droit commun aura une importance particulière. En cela, l'expérience du *jus commune*, mais aussi comme nous le verrons la méthode plus contemporaine issue du droit comparé, pourront servir de modèles en tant qu'instruments propres à découvrir un droit européen réinventé, renouvelé, commun à l'ensemble des Etats membres de l'Union.

Paragraphe I - La levée des obstacles à la renaissance d'un droit commun européen

101. L'Union européenne étant composée de vingt-sept Etats membres, il faut donc assurer la conciliation de la multiplicité des droits internes, issus de cultures différentes, pour qu'un code commun puisse voir le jour. Au delà de ce pluralisme juridique, la division essentielle à surmonter est moins celle entre les droits nationaux que celle existant entre les familles juridiques qui se partagent le continent européen.³¹⁷ Dès lors, l'antinomie opposant de façon schématique le système de *common law* à celui de *civil law*, doit être résolue sous peine de rendre l'élaboration d'un code civil européen, commun aux deux systèmes, inconcevable.

³¹⁷ DESCHEEMAEKER E., « Faut-il codifier le droit privé européen des contrats ? », Revue de droit Mac Gill 2002, vol. 47, spéc. page 804.

A) La conciliation des spécificités culturelles

102. Chaque Etat membre de l'Union a son propre mode de penser et de concevoir les normes, de définir un concept en fonction de ses spécificités culturelles. En effet, le droit et la culture sont étroitement liés, la notion de culture devant ici être comprise dans son acception la plus large, c'est-à-dire comme l'ensemble des structures sociales et des manifestations religieuses, intellectuelles, philosophiques qui définissent une société par rapport à une autre.³¹⁸ Le droit est partiellement le fruit de données historiques, sociales, religieuses, économiques et réflexives³¹⁹ et le philosophe Herder considère même, qu'en tant que produit de la culture nationale, il n'est pas sans risque de le déraciner de son terreau natal.³²⁰ Cependant, si on ne peut nier que le droit évolue au gré des changements de société, droit et culture ne se reflètent pas forcément et aucune relation de cause à effet entre le droit et la culture n'a été définitivement prouvée.³²¹

103. Historiquement, on observe au XIXème siècle un repli identitaire des Etats en Europe dû à différents facteurs tels que la montée en puissance des nationalismes, la recherche au sein de chaque nation d'une certaine unité interne et l'affirmation sans conteste de la souveraineté étatique.³²² Sous cette ère dite des nationalismes, l'Europe a ainsi connu un foisonnement de cultures juridiques dont aucune n'est parvenue à s'imposer, enfermant dès lors les Etats dans leurs particularismes et conduisant à un « *pullulement* » des droits nationaux à l'intérieur de l'Europe.³²³ Pour autant, les droits des futurs Etats membres de l'Union, enfermés dans leurs codifications nationales, reposaient tous à l'époque sur un même substrat culturel européen, Savigny n'hésitant pas à parler de l'existence d'une « communauté de droit » en Europe, au sens de communauté culturelle entre les peuples européens.³²⁴ Force

³¹⁸ Nous avons choisi la définition qu'en donne le Larousse. Nous avons conscience que la définition choisie est empreinte de subjectivisme et tend à faire aboutir au résultat recherché. Voir ainsi : SEFTON-GREEN R., « Compare et contrast : monstre à deux têtes », RIDC 2002, n°1, spécialement pages 87-90. L'auteur part de la définition de la culture donnée par PIERRE LEGRAND et qu'elle juge trop restrictive. Elle identifie quatre significations de la culture et assimile la définition de LEGRAND à la notion de culture-historique ou culture-identité. Pour sa part, elle pense que « *la description de la culture en tant que connaissance et en tant que processus est peut-être plus utile, plus parlante* » (page 88).

³¹⁹ GRIDEL JP., « Déclin des spécificités françaises et éventuel retour d'un droit commun européen », D. 1999, chronique, page 144.

³²⁰ CARBONNIER J., « Réflexions marginales », in ACADEMIE DES PRIVATISTES EUROPEENS, Avant-projet de code européen des contrats, page 13 : l'auteur citant Herder.

³²¹ SEFTON-GREEN R., « Compare et contrast : monstre à deux têtes », RIDC 2002, n°1, spécialement pages 87-90.

³²² ARNAUD A-J., *Pour une pensée juridique européenne*, page 147.

³²³ ARNAUD A-J., « Ces âpres particularismes », *Droits* 1991, n° 14, page 20.

³²⁴ HALPERIN J-L., « L'approche historique et la problématique du jus commune », in *Pensée juridique française et harmonisation européenne du droit*, page 35 : Savigny soulignait que pour les pays restés fidèles au droit

est de constater que, au sein de l'Union européenne, l'on est en présence d'un pluralisme de droits mais aussi d'ordres juridiques.³²⁵ Si le droit s'internationalise, il tend à se sectoriser à l'intérieur de chaque droit interne, « *les différentes disciplines autrefois conçues comme un tout [tendant] à leur tour à se constituer comme des totalités autonomes, qui fonctionnent elles aussi sous le régime de l'autarcie* »³²⁶. Le Doyen Carbonnier nous mettait d'ailleurs en garde contre ce phénomène qu'il appelait de « *pulvérisation* » du droit.³²⁷ En effet, le droit de l'Union semble exprimer un positivisme juridique à outrance.³²⁸ Dès lors, il en découle un certain paradoxe. En raison de ce risque de pullulement des normes, il apparaît clairement que l'existence de droits multiples ne peut que nuire à la nécessité d'une certaine unité au sein de l'Union européenne³²⁹. Pourtant, la volonté affichée par les institutions européennes d'une uniformisation, par le biais d'une codification des droits civils des Etats membres, fait l'objet de critiques acerbes de la part de la doctrine, qui y voit une tentative de destruction de la richesse culturelle européenne³³⁰. Pour ces auteurs, alors que l'Union se doit de respecter la diversité culturelle des Etats membres³³¹, il est regrettable que ce soit la logique économique de la construction européenne qui l'emporte sur la logique de défense culturelle.

104. Or, face à ce désordre normatif, il apparaît plus que nécessaire de dégager un droit commun, c'est-à-dire, d'une part, un droit commun à tous les pays de l'Union « *dans la perspective d'une harmonisation qui ne leur imposerait pas de renoncer à leur identité*

romain et ceux dotés d'un code civil, « l'état du droit est au fond le même ». Pour Savigny, ce substrat culturel européen résidait essentiellement dans le christianisme, ce qui n'est plus le cas aujourd'hui. Aujourd'hui, les bases d'une culture européenne commune repose avant tout sur un ensemble de valeurs démocratiques partagées.

³²⁵ ARNAUD AJ, *Pour une pensée juridique européenne*, PUF, coll. Les voies du droit, 1991, page 203. En effet, le pluralisme réside dans la pluralité des ordres juridiques internes auquel vient s'ajouter un ordre juridique supranational que constitue le droit communautaire ou de l'Union, ce dernier ne se substituant pas au droit matériel de chaque Etat membre. D'où la complexité de la situation.

³²⁶ RENOUX-ZAGAME MF, « La méthode du droit commun : réflexions sur la logique des droits non codifiés », *Revue Histoire des facultés de droit et de la science juridique* 1990, n° 10/11, page 133 et s.

³²⁷ Ce que rappelle MIREILLE DELMAS MARTY, in RANCE P., « Le rôle du droit comparé dans l'émergence d'un droit commun, Interview de M. Delmas Marty », *D.* 2001, page 1326-1328.

³²⁸ Le Professeur OPPETIT ne dénonçait-il pas à juste titre « *ce mouvement de sectorisation, de parcellisation, d'éclatement des disciplines, qui débouche sur la formation de normes qui ne sont plus conçues comme des parties d'un tout, mais comme des ensembles (ou des sous-ensembles) sans lien les uns avec les autres* » : OPPETIT B., « Droit commun et droit européen », *Mélanges Loussouarn Y.*, page 314.

³²⁹ ARNAUD AJ, « Ces âpres particularismes », *Droits* 1991, n° 14, page 21 : pour cet auteur, cela semble être plus qu'une évidence.

³³⁰ Voir par exemple, CORNU G., « Un code civil n'est pas un instrument communautaire », *D.* 2002, chron. page 351 : « *l'unitarisme serait une entreprise réductrice, récessive et pour tout dire totalitaire, l'obsession fusionniste une aberration culturelle* ».

³³¹ Article 22 de la Charte des droits fondamentaux : « *L'Union respecte la diversité culturelle, linguistique et religieuse* ».

culturelle et juridique »³³², et d'autre part, un droit commun servant de socle, de modèle à tous les autres droits, sorte de droit général par opposition aux multiples droits spéciaux, qui innoverait différents secteurs du droit pour assurer la cohérence de chaque système malgré la spécialisation croissante des règles³³³. Seul le droit civil, entendu de façon suffisamment large pour constituer une sorte de « tronc commun » à l'ensemble des disciplines juridiques de droit privé³³⁴, peut remplir cette fonction de droit général, par opposition aux droits spéciaux, dont la spécificité commande l'autonomie.³³⁵

105. Cependant, la résistance des Etats risque d'être grande dans un domaine renfermant des matières aussi sensibles que le droit des personnes et le droit de la famille, culturellement très marquées³³⁶. D'où la nécessité avancée par certains de bâtir une culture juridique européenne commune qui pourrait davantage asseoir le projet de code européen.³³⁷ Cela passe avant tout par la conciliation des divergences entre les différentes traditions juridiques européennes.

B) La conciliation des traditions juridiques

106. Les Etats membres de l'Union possèdent des systèmes juridiques différents. Les travaux de comparatistes, tels que René David ou Messieurs Zeigert et Kötz, regroupent cependant ces différents droits soit en « familles de droit »³³⁸, soit en « districts ou régions de

³³² DELMAS MARTY M., *Pour un droit commun*, Seuil, coll. Librairie du XXème siècle, 1994, page 000.

³³³ DELMAS MARTY M., *Pour un droit commun*, Seuil, coll. Librairie du XXème siècle, 1994, page 000.

³³⁴ GOUBEAUX G., « Il était une fois ... la doctrine », RTDC 2004, page 242 : où l'auteur parle de doctrine civiliste, « entendue de façon suffisamment large pour constituer le tronc commun des disciplines juridiques, à la façon du domaine de l'actuelle première leçon du concours d'agrégation de droit privé ».

³³⁵ SERIAUX A., « Droit civil », in *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la dir. de RIALS S. ET ALLAND D., page 435 : En droit français, la notion de droit civil s'est historiquement appauvrie et ce de façon quasi continue. Après avoir été amputé du droit public et du droit pénal, certaines matières ont acquis leur autonomie soit en raison de leur caractère transnational comme pour le droit commercial, soit en raison de la spécificité de leur enjeu, comme pour le droit du travail ou plus récemment, le droit de la consommation.

³³⁶ Contra, SACCO R., « L'idée de droit commun par circulation des modèles », in DELMAS-MARTY M. (sous dir.), *Variations autour d'un droit commun*, page 197 : « Dans le monde occidental, le droit de la famille est pratiquement uniforme. (...) Sans contrainte, toutes les nations ont préféré des modèles parfois sans histoire aux solutions sanctifiées par la culture nationale et la tradition. »

³³⁷ TALLON D., « Les travaux de la Commission Lando », in *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, page 125.

³³⁸ RENE DAVID dénombre quatre grandes familles de droit que sont la famille romano-germanique, les pays de Common law, les droits socialistes et les droits religieux ou traditionnels.

droit »³³⁹. Ces familles ou régions de droit ne constituent pas des blocs sans faille et ne sont pas imperméables les uns aux autres.³⁴⁰ Ainsi, de façon schématique, l'Union européenne élargie serait divisée entre deux grandes traditions juridiques que sont la tradition romano-germanique ou de *civil law* et la tradition anglo-saxonne ou de *common law*, la plupart des Etats membres appartenant à la première catégorie³⁴¹.

107. Chacune de ces traditions juridiques possède une manière bien caractéristique de penser le droit et la connaissance du droit.³⁴² Il est habituel de penser qu'elles sont séparées par de nombreuses et profondes différences. Or, nous allons démontrer, sans aller cependant jusqu'à conclure à la négation de toute différence, que les écarts entre ces deux traditions juridiques tendent progressivement à s'estomper, préfigurant ainsi une possible conciliation, préalable à tout projet de code civil commun.

1) Des traditions juridiques *a priori* opposées

108. Bien que les deux systèmes aient une racine commune dans le droit romain³⁴³, une grande distance sépare *common law* et *civil law*, certains parlant de « gouffre »³⁴⁴, de

³³⁹ MM. ZEIGERT ET KÖTZ distinguent selon des critères prédéterminés huit « régions de droit » : les droits romanistes, les droits allemands, les droits nordiques, le groupe de Common law, les droits socialistes, les droits d'Extrême Orient, les droits islamiques et le droit hindou.

³⁴⁰ AGOSTINI E., *Droit comparé*, PUF, coll. Droit fondamental-Droit politique et théorique, 1988, page 25.

³⁴¹ Seules l'Angleterre et l'Irlande appartiennent à la Common Law au sein de l'Union européenne. La catégorie des droits de Civil law englobe trois systèmes : ceux ayant largement puisé dans l'héritage juridique romain et ayant opté pour une codification systématique de leurs droits (ex : la France, l'Allemagne, l'Italie, l'Espagne, le Portugal, les pays du Bénélux, l'Autriche, la Hongrie) ; ceux qui sans avoir recouru à la technique de codification ont retenu à un degré suffisant des éléments de construction juridiques romaines (ex : les pays scandinaves) ; enfin, ceux qui faisaient partie de la famille des droits socialistes et qui semblent aujourd'hui réintégrer la famille romaniste, à laquelle ils appartenaient jadis, bien qu'un siècle de socialisme a laissé des traces dans leurs droits (ex : les pays baltes, tels que l'Estonie, la Lettonie, la Lituanie ou la Slovénie, et de l'Europe de l'Est, tels que la Slovaquie, la République Tchèque ou la Pologne). Voir pour plus de précisions, HUSA J., « Classification of legal families today: Is it time for a memorial hymn ? », RIDC 2004, n° 1, pages 11-38 : l'auteur examine de façon critique les classifications existantes et en ébauche de nouvelles. Il englobe au sein de la famille de culture juridique occidentale (« western legal culture ») les pays romano-germaniques et de common law, ainsi que les anciens pays socialistes.

³⁴² LEGRAND P., « Sens et non sens d'un code civil européen », RIDC 1996, n°4, page 779.

³⁴³ DAVID R. ET JAUFFRET-SPINOSI C., *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, 11 éd., 2002, page 18 : « Dans la formation et le développement de la *common law*, la science des romanistes, fondée sur le droit civil n'a joué qu'un rôle très restreint ». Voir aussi, FAIRGRIEVE D. et MUIR-WATT H., *Common law et tradition civiliste : convergence ou concurrence ?*, PUF, coll. droit et justice, 2006, page 47 : la common law comporterait toutefois de nombreux emprunts au droit romain.

³⁴⁴ MERCADAL B., « Des différences entre la Common law et la Civil law ? », RJ Com 2000, chronique, page 145.

« ligne de fracture »³⁴⁵, voire de « fossé épistémologique »³⁴⁶.

109. Il faut tout d'abord souligner la difficulté à transcrire le concept de *common law* en français. Cette expression est traduite par certains par « droit commun »³⁴⁷ alors que d'autres par « loi commune »³⁴⁸, ce qui explique que les premiers parlent « du » *common law*, alors que les seconds parlent de « la » *common law*. En raison d'un risque de confusion avec l'expression de droit commun au sens de *ius commune*, nous emploierons le féminin pour désigner le système anglo-saxon. La *common law* se définit comme un système où le droit est élaboré par les juges qui appliquent non un code mais des précédents judiciaires, lesquels s'imposent à eux selon le principe du *stare decisis*³⁴⁹. Ce principe, selon lequel les juges anglais ont l'obligation d'appliquer la même solution que celle déjà donnée aux cas identiques ou similaires antérieurement jugés³⁵⁰, confère donc toute sa spécificité à ce système fondé sur le cas particulier, sur le juge et sur un savoir-faire pratique³⁵¹. Le système de *common law*, minoritaire au sein de l'Union européenne, est incarné par le seul système britannique, c'est-à-dire anglais et irlandais.³⁵² Il s'avère totalement étranger à toute idée de systématisation du droit et donc plutôt hermétique en théorie à l'idée de codification³⁵³. A l'inverse, le système de *civil law*, que l'on ne traduira pas par « droit civil » mais plutôt par « droit romain » c'est-à-dire de droit codifié, repose sur la norme, sur la loi, le juge étant cantonné à un rôle d'exécutant de la règle ou d'interprète de celle-ci.³⁵⁴ C'est davantage un droit fortement ordonné, théorique, académique, de juristes et d'universitaires que de praticiens. Il repose donc en grande partie sur la doctrine qui joue ici un rôle important. Au sein de l'Union, il s'incarne dans les législations continentales, ce système étant donc

³⁴⁵ DESCHEEMAËKER E., « Faut-il codifier le droit privé européen des contrats ? », *Revue de droit Mac Gill* 2002, vol. 47, spéc. page 805.

³⁴⁶ LEGRAND P., « Sens et non sens d'un code civil européen », *RIDC* 1996, n°4, page 779.

³⁴⁷ Par exemple, FAIRGRIEVE D. et MUIR-WATT H., *Common law et tradition civiliste : convergence ou concurrence ?*, PUF, coll. droit et justice, 2006, page 7. Les auteurs s'appuient sur la formulation masculine retenue par Pierre Legrand, pour qui il ne faut pas assimiler le mot « law » au mot « loi » mais au mot « droit ».

³⁴⁸ SEROUSSI R., *Introduction au droit comparé*, Dunod, 2^{ème} éd., 2003, page 29 : Historiquement, la « law » était qualifiée de « common » dans le sens où elle possédait une capacité à dépasser et à gommer les coutumes et droits locaux seigneuriaux, et à se répandre dans tout le Commonwealth.

³⁴⁹ PICARD E., « Common law », in *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., page 239.

³⁵⁰ PICARD E., « Common law », in *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., page 243.

³⁵¹ DAVID R. ET JAUFFRET-SPINOSI C., *Grands systèmes de droit contemporains*, page 262 : « le droit anglais n'est pas un droit d'universités ni un droit de principes ; c'est un droit de procéduriers et de praticiens. »

³⁵² DESCHEEMAËKER E., « Faut-il codifier le droit privé européen des contrats ? », *Revue de droit Mac Gill* 2002, vol. 47, page 806

³⁵³ BEALE H., « La Commission Lando : le point de vue d'un « common law lawyer » », in *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, page 135 : « la common law rejette toute systématisation sur lesquels sont fondés les codes civils ».

³⁵⁴ ZENATI F., « L'évolution des sources du droit dans les pays de droit civil », *D.2002*, chronique, page 15.

dominant par le nombre de ses adeptes.³⁵⁵

110. Peut-on pour autant en conclure que les différences entre ces deux systèmes rendent incompatibles tout rapprochement, toute coexistence ? La doctrine s'oppose sur le point de savoir s'il est possible « *d'amalgamer des traditions juridiques, soit des manières différentes d'appréhender le droit* ». ³⁵⁶ Lambert, au début du XX^e siècle, retenait que les différences entre le droit anglais et les législations d'Europe continentale excluaient un rapprochement de ces deux cultures juridiques.³⁵⁷ Aujourd'hui, l'un des plus farouches opposants à tout rapprochement entre *civil law* et *common law*, Monsieur Pierre Legrand, voit dans la tentative d'harmonisation communautaire qu'est le projet de code civil européen une « *forme de terrorisme intellectuel* ». ³⁵⁸ Selon lui, l'Union ayant lancé un processus d'élimination du multiple, il craint ainsi une codification dite *versus common law*³⁵⁹, visant à éradiquer la *common law* au profit du système romaniste en majorité au sein de l'Union.³⁶⁰ Il met en exergue les différences profondes de mentalités existant entre les juristes de *civil* et *common law* et en déduit qu'un code européen est en quelque sorte un projet perdu d'avance.³⁶¹

111. En France, une partie de la doctrine souligne elle aussi, de façon quelque peu excessive, l'aberration d'une uniformité culturelle et dénonce la volonté d'hégémonie du système romaniste sur la *common law*,³⁶² alors que quelques années auparavant, la *common*

³⁵⁵ Font partie sans conteste de la tradition romano-germanique la France, l'Allemagne, l'Autriche, l'Espagne, le Portugal, l'Italie, les pays du Bénélux (Belgique, Hollande et Luxembourg), la Grèce. Les droits scandinaves (Danemark, Suède, Norvège), bien que droits hybrides, ont dans la plus large mesure été influencés par le droit allemand et sont donc rattachables à la tradition romano-germanique.

³⁵⁶ Comme le souligne : DESCHEEMAEKER E., « Faut-il codifier le droit privé européen des contrats ? », Revue de droit Mac Gill 2002, vol. 47, page 809. Voir aussi ZENATI F., « L'évolution des sources du droit dans les pays de droit civil », D.2002, chron., page 15 : au contraire de ce que nous allons soutenir, l'auteur affirme que c'est un lieu commun que de croire que les contrastes entre les deux systèmes se sont atténués. Selon lui, la perspective d'un rapprochement entre les deux familles se heurte à des obstacles majeurs, leurs structures étant profondément incompatibles.

³⁵⁷ JAMIN C., « Le rêve de Saleilles et de Lambert revisité », RIDC 2000, page 749.

³⁵⁸ LEGRAND P., « Le primat de la culture », in de VAREILLES-SOMMIERES B., *Le droit privé européen*, Economica, 1998, page 46.

³⁵⁹ BEALE H., « La Commission Lando : le point de vue d'un « common-law lawyer » », in *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, op. cit., pages 132/133.

³⁶⁰ LEGRAND P., « Sens et non sens d'un code civil européen », RIDC 1996, n°4, page 779.

³⁶¹ BEALE H., « La Commission Lando : le point de vue d'un « common law lawyer » », in *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, op. cit., page 135.

³⁶² LEQUETTE Y., « Vers un code civil européen », Revue Pouvoir 2003, n°107, page 112 : « *Quant au Royaume-Uni, la mutation qu'on lui demande d'accomplir est encore plus extraordinaire. Alors qu'il constitue le cœur d'un des principales familles de droit qui se partagent la planète, il lui faudrait renoncer à cette position.* »

law était auréolée de supériorité sur une *civil law* jugée trop rigide.³⁶³ Loin de savoir qui va remporter le match³⁶⁴, si combat il y a entre ces deux systèmes,³⁶⁵ ne peut-on pas tout simplement reprocher à ces prises de position partisans de présupposer, postuler que les cultures et les systèmes juridiques sont figés et renfermés sur eux-mêmes, ce qui semble plus que contestable³⁶⁶ ? De façon objective, les deux facteurs qui pourraient rendre complexe, en pratique, le rapprochement de ces deux familles de droit, sont facilement réversibles. D'une part, la dichotomie classique droit privé/droit public³⁶⁷, si ancrée dans les pays de tradition romaniste, est absente du système de *common law*³⁶⁸, ce qui rendrait tout rapprochement difficile³⁶⁹. Pour autant, cette *summa divisio* est aujourd'hui largement mise à mal, certaines branches de notre droit étant arbitrairement placées dans cette classification soit comme du droit privé soit comme du droit public, et certains droits dits de la troisième génération y étant totalement perméables³⁷⁰. Cette distinction n'existe pas non plus, faut-il le souligner, au sein du droit communautaire. D'autre part, la tradition de *civil law* est composée de sous-familles juridiques, chacune pétrie de spécificités, ce qui aurait conduit à constater une extrême diversité au sein des systèmes de *civil law* eux-mêmes³⁷¹. Ainsi, les droits scandinaves, faisant partie intégrante de la tradition romaniste, possèdent quelques codes mais ne connaissent pas de réelle tradition codificatrice.³⁷² Pour autant, l'extrême mixité des droits faisant partie de la *civil law* n'est-elle pas le gage du respect d'une certaine diversité au sein

³⁶³ MERCADAL B., « Des différences entre la *common law* et la *civil law* ? », RJCom 2000, chronique, page 146 : « C'était une rumeur, qui parcourait les conversations des juristes parisiens, de façon très intense il y a deux ou trois ans, que d'affirmer que la *common law* (...) était en train d'engloutir la *civil law* ou, en d'autres termes, le droit romano-germanique continental, et tout spécialement le droit français ».

³⁶⁴ Contra : DESCHEEMAER E., « Faut-il codifier le droit privé européen des contrats ? », Revue de droit Mac Gill 2002, vol. 47, page 826 : pour cet auteur, « 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 soit à gagner à prétendre les mélanger. La réponse est clairement non » ou page 833 : « ... on ne mélange pas deux systèmes fussent-ils géniaux et surtout s'ils le sont ».

³⁶⁵ PROBST T., « *Civil law* et *common law* : code contre case ? », in DUNAND J.-Ph. et WINIGER B., *Le code civil français dans le droit européen*, Bruylant 2005, page 217.

³⁶⁶ THUNIS X., « L'empire de la comparaison », in *L'utilisation de la méthode comparative en droit européen*, vol n°25, Presses universitaires de Namur, 2003, page 9.

³⁶⁷ TESTU F.-X., « La distinction du droit public et du droit privé est-elle idéologique ? », D. 1998, chron. page 345 : pour l'auteur, cette distinction, conséquence de la tradition romaniste, a pour principale fonction de refléter une conception idéologique.

³⁶⁸ OLIVIER D., « Pourquoi n'y a-t-il pas vraiment de distinction entre droit public et droit privé en Angleterre ? », RIDC 2001, n°2, page 327.

³⁶⁹ A l'inverse, il faut souligner que la distinction entre *common law* et *equity*, pilier du système de *common law*, n'existe pas non plus en *civil law*, ni en droit communautaire.

³⁷⁰ DESMONS E., « Droit privé/droit public », in RIALS S. ET ALLAND D. (sous dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, page 520.

³⁷¹ DAVID R. ET JAUFFRET-SPINOSI C., *Les grands systèmes de droit contemporains*, op. cit., page 26 : « ...difficile de voir l'élément d'unité qui relie des droits très divers, apparaissant à première vue comme autant de droits nationaux entièrement distincts les uns des autres ».

³⁷² DESCHEEMAER E., « Faut-il codifier le droit privé européen des contrats ? », Revue de droit Mac Gill 2002, vol. 47, page 808.

de l'unité de la famille romano-germanique ?

112. Les deux facteurs pouvant faire obstacle à un éventuel rapprochement ne sont donc pas sans faille. C'est pourquoi il semble nécessaire de réexaminer cette incompatibilité, l'évolution récente des systèmes, qui tendent à converger, laissant transparaître une véritable possibilité de dégager et de codifier un droit commun.

2) Des traditions juridiques en réalité convergentes

113. La description de la *common law* faite par une partie de la doctrine est aujourd'hui largement remise en cause.³⁷³ Elle méconnaîtrait l'évolution des systèmes juridiques³⁷⁴, les sources du droit s'étant déplacées en sens inverse en Angleterre et en France³⁷⁵ puisque, de façon certes très schématique, le droit anglais tend à se codifier et le droit français tend à se jurisprudentialiser.³⁷⁶

114. Le système de *common law* a en effet connu des mutations importantes. D'une part, sans affirmer de façon catégorique que la *common law* est codifiable, certains domaines du droit anglais ont été systématisés et clarifiés en faisant appel à des techniques apparentées aux méthodes continentales.³⁷⁷ Il est en effet « *tout à fait possible d'énoncer les solutions positives du common law sous forme de propositions abstraites* »³⁷⁸. Ainsi, l'Angleterre connaît depuis peu un *contract code*, dit code Mac Gregor³⁷⁹, œuvre purement doctrinale sans valeur contraignante, visant à rassembler l'ensemble des principes applicables aux contrats.³⁸⁰ De la même façon, des pans entiers du droit anglais sont désormais exposés sous forme de

³⁷³ Cf notamment, CHAMBOREDON Anthony qui critique la vision de Pierre LEGRAND « *fondée sur des stéréotypes pétrifiés par une certaine méthode comparatiste pour qui rien ne devrait changer* », in « La texture ouverte d'un code européen des contrats », JDI 2001, 1, page 5 et s. ; de même, BEALE H., « Le point de vue d'un common-law lawyer », in L'harmonisation du droit des contrats en Europe, op. cit., page 128 : cet auteur pense que Pierre Legrand dresse un tableau un peu dépassé des différences entre common law et civil law.

³⁷⁴ ZENATI F., « L'évolution des sources du droit dans les pays de droit civil », D.2002, chronique, page 15.

³⁷⁵ JESTAZ P., RTDC 1996, spéc. page 308 : « *il y a deux siècles, le droit anglais était exclusivement jurisprudentiel, aujourd'hui il n'est que principalement jurisprudentiel et accessoirement légal. Le droit français était exclusivement légal ; aujourd'hui il n'est que principalement légal et accessoirement jurisprudentiel* ».

³⁷⁶ CHAMBOREDON A., « La texture ouverte d'un code européen des contrats », JDI 2001, n°1, page 5 et s.

³⁷⁷ STEINER E., « Adoption en Angleterre du style législatif en vigueur sur le continent : espoirs déçus et perspectives d'avenir », RIDC 2006, n°3, page 813.

³⁷⁸ FAIRGRIEVE D. et MUIR-WATT H., *Common law et tradition civiliste : convergence ou concurrence ?*, PUF, coll. droit et justice, 2006, page 30.

³⁷⁹ MAC GREGOR H., *Contract code drawn up on behalf of the English Law Commission*, Milan, Giuffré, 1993.

³⁸⁰ BEALE H., « Le point de vue d'un common-law lawyer », in *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, op.cit., page 128.

droit législatif, soit de *statutes law*. Bien que ces *statutes* ne fassent que systématiser des principes développés par la jurisprudence, « *leur existence modifie radicalement la nature du raisonnement juridique et le rapproche du modèle continental* ». ³⁸¹ Un rapprochement peut aussi être constaté sur le terrain des concepts du droit substantiel et ceci à travers de nombreux exemples. ³⁸² D'autre part, un changement est intervenu de manière plus générale dans le maniement des lois par les juges anglais. ³⁸³ D'ailleurs, l'évolution la plus remarquable est sans doute l'introduction, dans le système anglais, de droits subjectifs sous l'impulsion des droits de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe. ³⁸⁴ Ce droit européen a favorisé une harmonisation des méthodes d'interprétation entre les deux traditions juridiques. Il a conduit le législateur anglais à un effort de rationalisation et de clarté dans la rédaction des *statutes*. ³⁸⁵ De son côté, le système de *civil law* a aussi beaucoup évolué. En ayant de plus en plus recours à la jurisprudence, il s'assouplit de façon topique, répondant ainsi à une des principales critiques faites à son encontre, en comparaison à la *common law*, à savoir sa rigidité.

115. Les deux systèmes trouvent de nombreux points de contact. Le fait est que l'on assiste à une convergence croissante des méthodes entre les deux systèmes. ³⁸⁶ L'importance grandissante du droit communautaire et du droit de la Convention européenne des droits de l'homme tend à rapprocher les méthodes employées entre les deux familles de droit, soit que la *common law* légifère chaque jour davantage pour introduire les règles européennes par le biais du droit écrit, ³⁸⁷ soit que, sur le fond, des solutions très proches soient données à des questions juridiques similaires. ³⁸⁸ Ainsi, « les ingrédients » ³⁸⁹ du droit continental

³⁸¹ DESCHEEMAEKER E., « Faut-il codifier le droit privé européen des contrats ? », *Revue de droit Mac Gill* 2002, vol. 47, page 814.

³⁸² MERCADAL B., « Des différences entre la common law et la civil law ? », *RJCom.* 2000, chronique, spécialement page 149.

³⁸³ STEINER E., « Adoption en Angleterre du style législatif en vigueur sur le continent : espoirs déçus et perspectives d'avenir », *RIDC* 2006, n°3, page 813.

³⁸⁴ DESCHEEMAEKER E., « Faut-il codifier le droit privé européen des contrats ? », *Revue de droit Mac Gill* 2002, vol. 47, page 814.

³⁸⁵ Voir la démonstration de STEINER E., « Adoption en Angleterre du style législatif en vigueur sur le continent : espoirs déçus et perspectives d'avenir », *RIDC* 2006, n°3, spéc. page 825 et s.

³⁸⁶ BERGER K. P., « Harmonisation of European contract law : the influence of comparative law », *ICLQ* 2001, vol. 50, issue 4, page 884: « *The justification for developing such a system lies in the growing convergence of the effects and nature of precedents in civil and common law* ». Voir aussi, BEALE H., « La Commission Lando : le point de vue d'un common law lawyer », in *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, op. cit., page 136 : « *Aujourd'hui, la méthodologie de la common law est moins éloignée de celle des pays de civil law* ».

³⁸⁷ ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Les droits de tradition civiliste en question (A propos des Rapports Doing Business de la Banque Mondiale)*, Vol.2, Société de législation comparée, 2007, page 7.

³⁸⁸ DAVID R. ET JAUFFRET-SPINOSI C., *Les grands systèmes de droit contemporains*, op. cit., 11^{ème} édition, page 19.

s'introduisent dans la *common law* et inversement. Les systèmes juridiques ne sont de toute façon pas imperméables. Innombrables sont les emprunts par lesquels tel ou tel ordre juridique s'est inspiré d'exemples de règles étrangères. Ce phénomène naturel, que les comparatistes appellent « migration des systèmes juridiques »³⁹⁰ ou « transferts de droit »³⁹¹ ou encore « circulation des modèles »³⁹², renforce la conviction selon laquelle les systèmes juridiques qui composent l'Union européenne ne sont pas si éloignés les uns des autres. En effet, certains concepts propres à un système juridique migrent par le biais de la doctrine vers un ou plusieurs autres systèmes³⁹³, ce phénomène favorisant une harmonisation naturelle des droits et une certaine ouverture sur les droits existants en Europe.³⁹⁴ Ce raisonnement est aussi la réponse à l'obstacle culturel si souvent avancé par une doctrine qui présuppose à tort que chaque culture se développe seule. Or, « *une culture se construit justement en grande partie par la digestion et l'importation des concepts d'ailleurs. Sinon, la culture se fige, elle s'enferme, elle se "ghettoise"* ». ³⁹⁵ De même, les différences les plus ostensibles entre les deux traditions, tendant à focaliser l'attention sur la figure du juge, s'amenuisent. L'opposition faite entre le pouvoir judiciaire caractérisant la *common law* et l'autorité judiciaire des systèmes civilistes est à nuancer en raison notamment de l'abandon progressif, à l'exemple du droit français, de la « *défiance traditionnelle à l'égard du pouvoir créateur du juge judiciaire, au point d'envisager aujourd'hui la mise en place de principes de gestion dans le temps des revirements de jurisprudence - ce qui postule précisément que les décisions des juges sont bien source de droit* »³⁹⁶. On ne peut nier que les systèmes juridiques européens s'ouvrent et évoluent du simple fait de leur côtoiement au sein de l'Union, tout en

³⁸⁹ Selon l'expression empruntée au Professeur STEIN, « Compte rendu du livre de Zimmermann R. », in *Roman Law, contemporary law, European law : the civilian tradition today*, The Legal History Review 2002, n°3-4, page 394-395.

³⁹⁰ AGOSTINI E., *Droit comparé*, coll. Droit fondamental – Droit politique et théorique, 1988, page 243 et s.

³⁹¹ Selon l'expression employée par : JAMIN C., « Un droit européen des contrats ? », in *Le droit privé européen*, sous la dir. de DE VAREILLES-SOMMIERES, page 40-60.

³⁹² Selon la théorie chère à Rodolfo SACCO pour qui « *le droit n'est pas statique. Ses solutions circulent, se diffusent, produisent des imitations* » : SACCO R., « La circulation du modèle juridique français - Rapport de synthèse », Journées Henri Capitant, 1994. SACCO R., « L'idée de droit commun par circulation de modèles et par stratification », in *Variations autour d'un droit commun*, op. cit., page 195.

³⁹³ Pour des exemples, le droit français, notamment de droit des obligations, recèle de concepts ou constructions jurisprudentielles empruntés à des systèmes étrangers. Ainsi, la distinction obligation de moyen et obligation de résultat introduite par Demogue était d'inspiration italienne. De même, la Cour de cassation s'est inspirée des jurisprudences belges et allemandes en matière d'indétermination du prix : Cass AP 1^{er} décembre 1995, D.1996, page 13, note AYNES.

³⁹⁴ En témoigne les emprunts faits à la *common law* de la class action, devenue action de groupe, ou du plaider coupable : FAIRGRIEVE D. et MUIR-WATT H., *Common law et tradition civiliste : convergence ou concurrence ?*, PUF, coll. droit et justice, 2006, page 47.

³⁹⁵ SEFTON-GREEN R., « Compare et contrast : monstre à deux têtes », RIDC 2002, n°1, page 92.

³⁹⁶ FAIRGRIEVE D. et MUIR-WATT H., *Common law et tradition civiliste : convergence ou concurrence ?*, PUF, coll. droit et justice, 2006, page 17.

préservant certaines de leurs spécificités.

116. Pour finir, l'exemple du Québec et de son « bijuridisme »³⁹⁷ ne peut qu'achever de convaincre le juriste sur la possibilité de faire coexister au sein d'un seul droit deux traditions juridiques différentes. En effet, à l'intérieur de cette province du Canada, coexistent le système de droit civil et celui de *common law*. Notamment, sous l'impulsion du gouvernement canadien et québécois, est né en 1997 un programme d'adaptation de la loi fédérale canadienne aux notions et aux institutions du système de droit civil québécois tout en respectant la terminologie propre à la *common law*³⁹⁸. Ainsi, « *le bijuridisme se caractérise avant tout par une relation que l'on pourrait qualifier de bilatérale, en l'occurrence celle mettant aux prises le droit fédéral dans ses rapports avec le droit privé du Québec* »³⁹⁹, ce phénomène étant géographiquement localisé à la région québécoise en pratique. Contrairement à ce que l'on aurait pu craindre, le métissage entre systèmes opposés n'a pas conduit à évincer le système de droit civil au bénéfice de la *common law* dominante au Canada, ce pays étant principalement anglophone. Toutefois, Monsieur Gaudreault-Desbiens souligne, dans son étude récente consacrée à la matérialité de ce phénomène, le problème de préjugés et de socialisation des juristes les menant à s'identifier exclusivement à une tradition juridique définie comme parfaitement autosuffisante, ce qui contribuerait au Canada à élargir l'écart entre juristes québécois et juristes des autres provinces.⁴⁰⁰ Toutefois, le Québec reste à nos yeux le parfait exemple de la possibilité de réunir, de faire coexister deux systèmes juridiques qu'*a priori* tout oppose. On peut même affirmer que la dynamique québécoise est parfaitement reproductible au sein de l'Union européenne et ce dans des conditions encore plus favorables. Comme l'affirme le même auteur, à la différence du Canada, la situation européenne présente un équilibre relatif entre les deux traditions juridiques, très propice à la réalisation d'un projet juridique tel qu'un code civil européen.⁴⁰¹

117. L'idée d'un code commun ne semble dès lors plus impensable. Il ne reste plus qu'à définir et à redécouvrir le visage de ce droit commun européen.

³⁹⁷ POPOVICI A., « Droit comparé et enseignement du droit », Revue juridique Thémis de Montréal, 2002, volume 36, n° 3, page 808 spécialement.

³⁹⁸ Il a fallu ainsi harmoniser la civil law et la common law écrites en français avec la civil law et la common law écrites en anglais. Voir sur le site du Parlement canadien : Projet de loi C-50, Loi d'harmonisation n°1 du droit fédéral avec le droit civil, <http://www.parl.gc.ca/36/1/parlbus/chambus/house/bills/summaries/c50-f.htm>.

³⁹⁹ GAUDREAU-DESBIENS J.-F., *Les solitudes du bijuridisme au Canada*, éd. Thémis, 2007, page 10.

⁴⁰⁰ GAUDREAU-DESBIENS J.-F., *ibid.*, spéc. page 34 et s.

⁴⁰¹ GAUDREAU-DESBIENS J.-F., *ibid.*, pages 38-39.

Paragraphe II - Les méthodes de rétablissement d'un droit commun européen

118. La volonté de faire émerger un droit commun européen, dont on ne peut nier qu'il surgit déjà, n'est pas une idée nouvelle mais s'analyse plutôt en une réminiscence du passé.⁴⁰² A l'époque médiévale, aurait existé un système juridique unifié appelé *jus commune*, droit commun à une grande partie des peuples européens. L'histoire étant un perpétuel recommencement, la doctrine contemporaine a cherché « *dans les conditions de l'émergence et de la mise en œuvre de cette catégorie de normes les moyens pour réinventer un instrument comparable* »⁴⁰³, préalable à l'idée d'une codification des droits civils des Etats membres.

119. Au delà de cette approche historique de la notion de droit commun, une approche plus moderne se dégage des travaux de la doctrine, le plus souvent de comparatistes, tels que Lambert et Saleilles, ce dernier ayant lancé en 1900, lors du Congrès international de droit comparé à Paris, l'idée d'un « *droit commun de l'humanité civilisée* » que le droit comparé devait contribuer à élaborer au delà des diversités juridiques particulières.⁴⁰⁴ Ces deux méthodes peuvent légitimement concourir à dégager un nouveau droit commun européen qui servirait de point de départ au projet de codification européenne. Elles confèrent toutes deux un rôle important à la doctrine⁴⁰⁵, ce qui laisse à penser qu'une Communauté européenne de juristes aura un rôle moteur à jouer dans l'élaboration future d'un code civil européen⁴⁰⁶.

A) L'approche historique de la notion de droit commun européen

120. A compter du XVI^{ème} siècle, les historiens ont pu constater que le droit privé des pays d'Europe continentale, à l'exclusion donc des pays de *common law*, reposait sur un

⁴⁰² GRIDEL JP., « Déclin des spécificités françaises et éventuel retour d'un droit commun européen », D. 1999, chronique, page 144.

⁴⁰³ RENOUX-ZAGAME MF, « Le droit commun européen entre histoire et raison », Revue Droits 1991, n° 14, page 27.

⁴⁰⁴ RANCE P., « Le rôle du droit comparé dans l'émergence d'un droit commun », Interview de M. DELMAS MARTY, D.2001, page 1326.

⁴⁰⁵ JESTAZ P. ET JAMIN C., *La doctrine*, Dalloz, Coll. Méthodes du droit, 2004.

⁴⁰⁶ La communauté des juristes en Europe devra se fédérer et montrer un plus grande cohésion pour que le projet d'un code civil européen puisse aboutir. Ce sera un des obstacles à surmonter, comme nous le verrons dans le second titre de la présente partie.

même substrat romano-germanique, le *jus commune*, ayant uni les systèmes européens de civil law dans le respect de leur diversité.⁴⁰⁷ Alors qu'aujourd'hui on aspire à plus d'intégration européenne, il semble intéressant d'en étudier les principales caractéristiques. S'il est irréaliste de penser qu'un tel droit puisse resurgir à notre époque, en raison de contextes juridiques et politiques fondamentalement différents, le *jus commune* peut tout au moins constituer une référence en tant qu'instrument de découverte d'un droit commun européen nouveau⁴⁰⁸.

1) La définition du *jus commune*

121. Du XII^{ème} au XV^{ème} siècle, l'Europe a connu aux côtés des droit romain et droit canonique une multiplicité de droits particuliers, tels que des lois royales et princières, des statuts municipaux, des coutumes territoriales, aussi regroupés sous l'appellation de *jus singulare*⁴⁰⁹. Face à ce foisonnement de normes, un élément de cohésion a été recherché puis incarné par le *jus commune* au XVI^{ème} siècle. Cette notion de *jus commune* peut s'identifier, selon la doctrine, tantôt au droit romano-canonique, tantôt au droit romain. Ainsi, le *jus commune* serait né de la compénétration de ces deux droits, ayant connu un essor considérable au XII^{ème} siècle⁴¹⁰. D'une part, le droit romain, issu des compilations de Justinien, a été redécouvert vers 1100, puis enseigné dans les facultés de droit à travers l'Europe. D'autre part, le droit canonique a été synthétisé vers 1140 et diffusé par le biais du fameux décret de Gratien⁴¹¹. Plus précisément, pour la doctrine, le *jus commune* représenterait « moins mais davantage que le droit romain »⁴¹², en ce qu'il ne reprend l'intégralité des solutions romaines, notamment celles jugées inutiles ou obsolètes, et qu'il intègre le droit canonique et certaines règles des droits locaux en conformité avec le droit romain, permettant d'en éclairer le sens et

⁴⁰⁷ DAVID R. ET JAUFFRET-SPINOSI C., *Les grands systèmes de droit contemporains*, voir spécialement § 34 et 35.

⁴⁰⁸ RENOUX-ZAGAME M.F., « La méthode du droit commun : réflexions sur la logique des droits non codifiés », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique* 1990, n°10-11, page 134 : elle souligne l'intérêt porté au jus commune, en tant que modèle, en raison du rôle important qu'il a joué dans l'histoire juridique européenne.

⁴⁰⁹ Voir en ce sens : THIREAU JL., « Droit commun », in *Dictionnaire de la culture juridique*, page 446 ; BEAUD O., « L'Europe entre droit commun et droit communautaire », *Droits* 1991, n°14, page 4.

⁴¹⁰ GRIDEL JP., « Déclin des spécificités françaises et éventuel retour d'un droit commun européen », *D.* 1999, chronique, page 144 ; PRIETO C., « Un code civil européen : de l'utopie à la prospective juridique », *PA* n° spécial 7/05/2004, page 23 : selon cet auteur, le jus commune serait né de la reconstitution du droit romain entremêlé des principes moraux de l'Eglise.

⁴¹¹ Sur ce point précis voir : STEIN P., *Le droit romain et l'Europe – Essai d'interprétation historique*, Bruylant, coll. Genevoise, 2003, page 59.

⁴¹² THIREAU JL., « Droit commun », in *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., page 447.

d'en faciliter l'application.⁴¹³ La doctrine semble s'accorder sur le fait que ce *jus commune* aurait ainsi eu pour principale conséquence d'établir et de maintenir entre les pays européens une forme d'unité juridique remarquable,⁴¹⁴ sorte de clé grâce à laquelle des droits hétérogènes ont été fédérés tout en respectant leurs spécificités.⁴¹⁵ Ce *jus commune* incarnait donc le droit commun de l'Europe par opposition au *jus proprium*, droit local propre à chaque ordre juridique⁴¹⁶. Il n'a pas eu pour conséquence de conduire à l'éviction des droits locaux, régionaux ou nationaux. Tout au contraire, il semble les avoir stimulés.⁴¹⁷ Le droit commun européen nouveau sera lui aussi destiné à allier les différents droits en présence, que ceux-ci soient supranationaux, internationaux, régionaux ou nationaux, sans annihiler ces derniers.

122. Ce droit présentait deux caractéristiques importantes, à savoir sa supplétivité et son caractère doctrinal. Concernant sa première caractéristique, une controverse d'historiens est née sur le point de savoir si le *jus commune* médiéval était un droit supplétif ou non.⁴¹⁸ Loin de savoir dans quel sens trancher la controverse, le *jus commune* n'aurait eu d'effet qu'en tant que droit subsidiaire auquel on peut recourir lorsque aucune coutume ou droit local, particulier ne peut s'appliquer.⁴¹⁹ C'était donc une sorte de droit général applicable en tous lieux en l'absence de dispositions spéciales⁴²⁰. Autre caractéristique, le *jus commune* était purement doctrinal, dégagé grâce à l'interprétation faite du droit par les juristes, par les universitaires de l'époque.⁴²¹ Bien qu'élaboré en dehors de toute intervention d'autorité

⁴¹³ THIREAU JL., « Droit commun », in Dictionnaire de la culture juridique, op. cit., page 447.

⁴¹⁴ HALPERIN JL., « L'approche historique et la problématique du jus commune », RIDC 2000, page 717 et s. : qui fait un panorama de la doctrine italienne (Calasso, Cavanna et Bellomo) et allemande (Coing et Zimmermann) qui toutes deux y voient un système unitaire ; RENOUX-ZAGAME MF, La méthode du droit commun : réflexions sur la logique des droits non codifiés, Revue histoire des facultés de droit et de la science juridique 1990, n° 10/11, page 135 : « malgré des nuances importantes, il est à l'époque médiévale vraiment commun pour l'essentiel à une grande partie des peuples européens. Il maintient entre eux une **forme d'unité juridique véritable** et donc justifie pleinement son appellation » ; THIREAU JL., « Droit commun », in Dictionnaire de la culture juridique, op. cit., page 448 : pour qui ce droit commun « faisait bien partie des réalités et remplissait une fonction unificatrice qu'il serait anachronique de nier ».

⁴¹⁵ RENOUX-ZAGAME MF, « Le droit commun européen entre histoire et raison », Revue Droits 1991, n° 14, page 28.

⁴¹⁶ DUNAND JP ET KELLER A., « L'Europe, la Suisse et l'expérience du droit romain », Préface, in STEIN P., *Le droit romain et l'Europe. Essai d'interprétation historique*, op. cit., page XIV.

⁴¹⁷ SCHULZE R., « La renaissance de l'idée de jus commune », in *Variations autour d'un droit commun*, op. cit., page 182.

⁴¹⁸ HALPERIN JL, « L'approche historique et la problématique du jus commune », RIDC 2000, n°3, page 000 : sur l'opposition entre Cavanna et Bellomo.

⁴¹⁹ BEAUD O., « L'Europe entre droit commun et droit communautaire », Droits 1991, n°14, page 5.

⁴²⁰ DUNAND JP ET KELLER A., « L'Europe, la Suisse et l'expérience du droit romain », Préface, in STEIN P., *Le droit romain et l'Europe. Essai d'interprétation historique*, op. cit., page XIV : « Etant commun à tous, [le jus commune] pouvait s'appliquer chaque fois que le droit local ne contenait pas de solution pour un cas déterminé ».

⁴²¹ BEAUD O., « L'Europe entre droit commun et droit communautaire », Droits 1991, n°14, page 5 ; DUNAND JP ET KELLER A., « L'Europe, la Suisse et l'expérience du droit romain », Préface, in STEIN P., *Le droit romain et*

publique, il n'en était pas moins dépourvu d'autorité et de force. On a coutume de dire qu'il faisait autorité « *non en raison d'un ordre impérial mais par ordre de la raison* »⁴²². Ce sont peut-être des caractéristiques du *jus commune* ancien que l'on retrouvera dans le *jus commune* nouveau. Bien qu'ayant réalisé une certaine « unité dans la diversité », il semble irréaliste de penser qu'un tel droit puisse resurgir sous cette forme à l'heure actuelle en raison de paramètres différents. Cependant, il est intéressant de s'attarder sur la méthode qu'il offre pour savoir si elle peut servir de modèle pour redécouvrir un droit commun européen.

2) La méthode du *jus commune*

123. La principale force du *jus commune* médiéval a été « *de fournir un cadre de pensée et d'interprétation, de telle sorte à pouvoir dominer l'enchevêtrement des normes* »⁴²³. La méthode du *jus commune* reposait de façon prépondérante sur l'idée de hiérarchisation des normes pourtant issues de sources très diverses. De cette hiérarchisation découlaient des solutions de conflit de normes et des principes généraux d'interprétation.⁴²⁴ Pourtant, cette hiérarchie des normes n'était pas préétablie et ne se dégagait que par le travail doctrinal.⁴²⁵ Le *jus commune* n'a donc été que ce que voulait bien en faire la doctrine européenne, à qui il a laissé une grande liberté, « *n'ayant jamais constitué (...) un carcan mais un cadre souple, un instrument malléable* ». ⁴²⁶ Il faut surtout souligner que le *jus commune* ne se composait pas d'un ensemble de règles prédéterminées et d'un contenu intangible.⁴²⁷ Il était davantage le résultat d'un processus dynamique d'interprétation du droit qu'un ensemble statique de règles.⁴²⁸ D'où le rôle primordial joué par la doctrine.

124. Le *jus commune* apparaît comme un instrument propre à découvrir un droit commun européen puisqu'il confronte « *les règles romaines et les règles particulières afin de*

l'Europe. Essai d'interprétation historique, page X : « *Dans un tel système, le principal moteur du droit n'était pas le législateur mais les jurisconsultes* ».

⁴²² Selon la traduction de l'adage latin « *non ratione imperii, sed imperio rationis* » : DUNAND JP ET KELLER A., « L'Europe, la Suisse et l'expérience du droit romain », Préface, in STEIN P., *Le droit romain et l'Europe. Essai d'interprétation historique*, page XVI.

⁴²³ PRIETO C., « Un code civil européen : de l'utopie à la prospective juridique », PA n° spécial 7/05/2004, page 23.

⁴²⁴ THIREAU JL., « Droit commun », in Dictionnaire de la culture juridique, op.cit., page 446.

⁴²⁵ OPPETIT B., « Droit commun et droit européen », *Mélanges Loussouarn Y.*, page 313.

⁴²⁶ THIREAU JL., « Droit commun », in *Dictionnaire de la culture juridique*, page 448.

⁴²⁷ OPPETIT B., « Droit commun et droit européen », *Mélanges Y. Loussouarn*, page 313.

⁴²⁸ BEAUD O., « L'Europe entre droit commun et droit communautaire », *Droits* 1991, n°14, page 4.

déterminer ce qui, entre elles, est consonant c'est-à-dire, ces principes communs que l'un et l'autre mettent quoique inégalement en œuvre ». ⁴²⁹ Ainsi, plus qu'à opposer et à éliminer, la méthode du jus commune vise à comparer et à ajouter des règles qui se complètent ou se confortent mutuellement. ⁴³⁰ Loin de se positionner dans un processus d'élimination du multiple, le *jus commune* n'imposait pas l'éviction des autres droits mais cherchait à les allier au mieux. C'est aussi dans ce sens que doit se construire un droit commun européen moderne, qui cherchera à unir les différents droits sans nier leur diversité, ni le « droit à la différence » ⁴³¹ des Etats membres. Le *jus commune* a donc offert à l'Europe médiévale une méthode européenne commune. En raison de paramètres trop différents, l'approche historique ne permet pas toutefois, dans son contenu, de fournir un modèle susceptible d'être appliqué de nos jours. ⁴³² Cependant, « la démarche historique, en relevant les points communs dans le développement des droits des différents pays européens, peut encourager les juristes à innover dans la recherche d'un nouveau droit commun ». ⁴³³ En cela, elle tend à se rapprocher de l'approche contemporaine de la notion de droit commun telle que dégagée par les comparatistes.

B) L'approche contemporaine de la notion de droit commun européen

125. De façon plus contemporaine, renaît l'idée d'un droit commun en Europe. ⁴³⁴ Elle ne correspond plus à l'idée spécifique d'un droit romain et canonique tel que les juristes du Moyen Age le connaissaient, en raison de la transformation du droit moderne. Aujourd'hui, la recherche d'un droit commun semble avant tout, d'une part, la volonté de « *ressusciter le jus*

⁴²⁹ RENOUX-ZAGAME MF, « Le droit commun européen entre histoire et raison », *Revue Droits* 1991, n° 14, page 33.

⁴³⁰ THIREAU JL., « Droit commun », in *Dictionnaire de la culture juridique*, page 446.

⁴³¹ Selon l'expression de MIREILLE DELMAS-MARTY, in RANCE P., « Le rôle du droit comparé dans l'émergence d'un droit commun, Interview de M. DELMAS-MARTY », D. 2001, page 1327 : le Professeur DELMAS-MARTY met en exergue la nécessité de mécanismes permettant aux Etats de sauvegarder leurs spécificités. Elle souligne la possibilité de juger, par le biais des « *marges d'appréciation* », des pratiques différentes comme compatibles.

⁴³² SCHULZE R., « La renaissance de l'idée de jus commune », in *Variations autour d'un droit commun*, page 188 : l'existence entre les deux jus commune (l'historique et le contemporain) d'une certaine continuité, voire d'une identité serait une illusion selon cet auteur. Cet avis est partagé majoritairement par la doctrine : THIREAU J-L., « Droit commun », in *Dictionnaire de la culture juridique*, page 448 in fine ; MOCCIA L., « Les bases culturelles du juriste européen : un point de vue continental », RIDC 1997, n°4, page 807 : cet auteur parle d'une renaissance anachronique et impossible du modèle de jus commune ; DELMAS-MARTY M., « Le phénomène de l'harmonisation - L'expérience contemporaine », in *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, page 27.

⁴³³ DELMAS-MARTY M., « Le phénomène de l'harmonisation... », précité, page 27.

⁴³⁴ SCHULZE R., « La renaissance de l'idée de jus commune », in *Variations autour d'un droit commun*, page 181 et s., ainsi que, du même auteur, « L'histoire du droit européen – un nouveau domaine de recherche en Allemagne », *Revue hist. de droit fr. et étranger* 1992, page 29 et s.

commune comme base d'une critique du positivisme et des codes nationaux »⁴³⁵ et, d'autre part, l'expression de défis économiques et politiques au sein du processus d'intégration européenne.⁴³⁶ Il a d'ailleurs été mis en relief un lien étroit existant entre intégration européenne et droit comparé.⁴³⁷ Ce qui laisse à penser que la recherche d'une unification juridique, d'une harmonisation des droits ou d'un simple rapprochement étant une des fonctions principales et traditionnelles reconnue par la doctrine au droit comparé⁴³⁸, l'analyse comparative pourrait ainsi permettre de détecter dans quel domaine, dans quelle mesure et entre quels ordres juridiques il existe des ressemblances mais aussi des dissemblances⁴³⁹, afin d'en dégager un droit commun à l'ensemble des Etats membres.

1) La définition contemporaine

126. La conception d'un droit commun a évolué durant ce dernier siècle. Le « *droit commun de l'humanité civilisée* » tel qu'inventé par Saleilles et Lambert⁴⁴⁰ au début du XXème siècle n'est pas dans un premier temps précisément défini. Saleilles y identifie le droit comparé en tant que droit subsidiaire destiné à servir d'instrument d'amélioration du droit national à la fois pour le législateur et le juge.⁴⁴¹ Lambert, quant à lui, se démarque de Saleilles et parle plus volontiers de « *droit commun législatif* », sorte de « fonds commun » des principes juridiques obtenus par la comparaison des droits de peuples unis par une étroite

⁴³⁵ PRIETO C., « Un code civil européen : de l'utopie à la prospective juridique », PA N° spécial 7/05/2004, page 23.

⁴³⁶ SCHULZE R., « La renaissance de l'idée de jus commune », in *Variations autour d'un droit commun*, page 185.

⁴³⁷ Berger K.-P., « Harmonisation of European contract law : the influence of comparative law », ICLQ 2001, vol.50, issue 4, page 877 : « *It is generally acknowledged today that comparative law plays a decisive role in the harmonisation of European private law, in particular of European contract law. Dölle has emphasised this strong link between comparative and European integration as early as 1950...* ». Voir aussi les diverses contributions figurant dans l'ouvrage de DELMAS-MARTY M., *Critique de l'intégration normative – L'apport du droit comparé à l'harmonisation des droits*, PUF, 2004.

⁴³⁸ PFERMANN O., « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », in *Variations autour d'un droit commun, Travaux préparatoires*, page 122 : « *c'est une science qui permet d'unifier des droits différents ou d'anticiper l'unification (ou à défaut l'homogénéisation) inhérente à l'évolution des systèmes juridiques globalement considérés* ».

⁴³⁹ CONSTANTINESCO J. L., *Traité de droit comparé, Tome II : la méthode comparative*, LGDJ/Economica, 1974, page 377.

⁴⁴⁰ JAMIN C., « Le vieux rêve de Saleilles et Lambert revisité, A propos du centenaire du congrès international de droit comparé de Paris », RIDC 2000, page 733 et s.

⁴⁴¹ CONSTANTINESCO J. L., *Traité de droit comparé, Tome II : la méthode comparative*, LGDJ/Economica, 1974, page 299 : « *soucieux d'aider les tribunaux français dans leur travail d'interprétation et d'amélioration du droit français, Saleilles pensait que, par la comparaison, des ordres juridiques, on pourrait dégager des principes fortement semblables formant une sorte de droit commun international.* »

parenté et par une similitude de structures sociales et économiques⁴⁴², dégagé à l'aide du droit comparé, instrument destiné à « réduire le nombre des divergences juridiques consécutives à des incidences historiques ou à des circonstances temporaires ou contingentes »⁴⁴³. Mais ces comparatistes étaient animés à l'époque par l'objectif de trouver les moyens d'établir une unité juridique à l'échelle internationale et d'établir un droit global, mondial, ce que la doctrine considère aujourd'hui, à juste titre, comme une utopie, un mythe, un « rêve impossible ».⁴⁴⁴ L'Union européenne n'existant pas encore, ces juristes ne pouvaient soupçonner la découverte future d'un droit commun européen.

127. C'est donc la création et la mise en place du système communautaire supranational qui redonne vie à la notion de droit commun européen⁴⁴⁵. Si une partie de la doctrine affirme et justifie l'émergence d'un droit commun européen par la survivance, au sein des droits des Etats membres, de la tradition du *jus commune*⁴⁴⁶, la plupart des auteurs, s'interrogeant sur le point de savoir si le droit communautaire peut tenir le rôle de nouveau droit commun européen, concluent que ce droit se révèle être véritablement « aux antipodes »⁴⁴⁷ du *jus commune*. Il semble en effet difficile d'assimiler le *jus commune* historique au droit communautaire.⁴⁴⁸ Bien que confrontés tous deux au pluralisme juridique, le droit communautaire, tout en poursuivant un but d'harmonisation et de rapprochement des législations internes, a conduit à un mouvement important de parcellisation et de sectorisation du droit. En cela, ce droit n'a rien d'un *jus commune* européen moderne. S'il est vrai que, par la force des choses, le droit communautaire est « commun » à tous les Etats membres de l'Union européenne dans lesquels il est directement applicable, on ne peut nier qu'il a été

⁴⁴² CONSTANTINESCO J. L., *Traité de droit comparé, Tome II : la méthode comparative*, op. cit., page 299.

⁴⁴³ GERKENS JF ET NGUYHEN DINH A., *Leçons de droit privé comparé*, Faculté de Droit de Liège, 2003/2004, non publié.

⁴⁴⁴ VOGEL L. (sous dir.), *Droit global-Global Law. Unifier le droit : le rêve impossible ?*, « Introduction », page 7 : l'auteur considère que l'unification des droits pour constituer un droit global « n'est pas la panacée » et qu'elle est même contre-productive.

⁴⁴⁵ SCHULZE R., « La renaissance de l'idée de jus commune », in *Variations autour d'un droit commun*, page 183.

⁴⁴⁶ C'est surtout la doctrine allemande, avec des auteurs tels que COING H., ZIMMERMANN R. ET SCHULZE R., qui s'est d'abord appuyer sur le jus commune : HALPERIN J.-L., « L'approche historique et la problématique du jus commune », in *Pensée juridique française et harmonisation européenne du droit*, Société de législation comparée, 2003, page 29. En France, ce sont des historiens tels que RENOUX-ZAGAME M.-F. qui s'y sont intéressés.

⁴⁴⁷ Selon l'expression employée par J.-B. RACINE, « Pourquoi unifier le droit des contrats en Europe ? », *Revue du droit de l'UE* 2003, n°2, page 394.

⁴⁴⁸ Voir la démonstration du Professeur OPPETIT, « Retour à un droit commun européen », in *Pensée juridique française et harmonisation européenne du droit*, (ss dir. de DELMAS-MARTY M.), 2003, page 15-23. De même, HALPERIN J.-L., « L'approche historique et la problématique du jus commune », in *Pensée juridique française et harmonisation européenne du droit*, op. cit., page 34 in fine: il souligne lui aussi « le contraste saisissant » qui existe entre droit communautaire et jus commune.

élaboré de manière artificielle, sans réelle recherche de « fonds commun » à l'Europe. Pour certains, le droit communautaire constitue un ordre juridique « *ni complet, ni homogène, ni toujours très clair* ». ⁴⁴⁹

128. Il est donc plus que nécessaire de découvrir et de dessiner les contours d'un droit commun qui ne soit pas seulement de source communautaire ⁴⁵⁰ et qui ne soit pas constitué de la seule somme des droits des Etats membres ⁴⁵¹. Car les « *ferments d'un droit commun* » ⁴⁵² surgissent non seulement du droit de l'Union européenne mais aussi du droit européen des droits de l'Homme et des droits fondamentaux. Voilà pourquoi certains ont proposé de réinventer le droit commun européen à partir des droits de l'Homme, facteur d'unité européenne ⁴⁵³. Mais, il semblerait réducteur de vouloir limiter la matière civile, que les institutions européennes veulent codifier, aux seuls droits fondamentaux en raison du haut degré d'abstraction de ces droits et de la nécessité de règles concrètes pour construire un droit civil européen commun. Peut-on clairement définir en quoi consisterait le droit commun européen contemporain ? On peut déjà dire, que construit de manière progressive et par la doctrine, au sens large ⁴⁵⁴, ce droit se formera « par dessus », au sens où il s'ajoutera sans doute au droit matériel des Etats membres, et « *au delà des diversités juridiques particulières* » ⁴⁵⁵ sans pour autant les réduire à néant ⁴⁵⁶. Il serait donc « commun » aux Etats membres, « commun » face à la multiplicité des droits particuliers, « commun » car cadre de référence pour l'ensemble des matières juridiques.

129. Tout comme le préconisaient Saleilles et Lambert, seul le recours à la méthode

⁴⁴⁹ CONSTANTINESCO L.J., *Traité de droit comparé, Tome II : La méthode comparative*, page 354.

⁴⁵⁰ MOCCIA L., « Les bases culturelles du juriste européen : un point de vue continental », RIDC 1997, n°4, page 801 ; R. SCHULZE, « Le droit privé commun européen », RIDC 1995, n° 1, page 7 : l'auteur parle d'un droit privé commun européen constitué non seulement par le droit communautaire et les conventions internationales mais aussi par les concordances et ressemblances existant entre les principes des différents droits internes.

⁴⁵¹ VERWILGHEM M., « Le droit comparé et l'élaboration de la norme européenne », in *L'utilisation de la méthode comparative*, op. cit., page 22.

⁴⁵² DELMAS-MARTY M., « Le phénomène d'harmonisation : l'expérience contemporaine », in *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, op. cit., page 24.

⁴⁵³ ARNAUD A.-J., « Ces âpres particularismes... », *Droits* 1991, n° 14, page 25 spécialement ; DELMAS-MARTY M., *Raisonnement la raison d'Etat : vers une Europe des Droits de l'Homme*, 1988 ; même auteur, *Pour un droit commun*, 1994.

⁴⁵⁴ C'est-à-dire par la Communauté de juristes qu'ils soient universitaires, praticiens, experts, etc.

⁴⁵⁵ CANIVET G., « Introduction générale », in *Variations autour d'un droit commun*, page 15 : reprenant les propos de Saleilles qui parlait de « *construction progressive et doctrinale d'un droit unitaire se formant par dessus et au delà des diversités juridiques particulières* ».

⁴⁵⁶ DELMAS-MARTY M., *Pour un droit commun*, Seuil, coll. Librairie du XXème siècle, 1994, page 000: le Professeur DELMAS-MARTY parle « *d'un droit commun à différents Etats dans la perspective d'une harmonisation qui ne leur imposerait pas de renoncer à leur identité culturelle* ».

comparative, n'ayant pour le moment qu'une influence limitée en droit communautaire⁴⁵⁷, permettra d'une part, la détermination un véritable droit commun européen⁴⁵⁸ et d'autre part, l'enracinement de ce droit commun dans la réalité des différents systèmes.⁴⁵⁹

2) Le recours à la science comparée : la méthode comparative

130. Le recours à la méthode comparative devrait s'imposer en raison du caractère international de l'Union européenne et de son projet de codification. Comme le souligne Madame Catherine Prieto, si « *le moule communautariste rend la convergence évidente, par ses différents mécanismes de rapprochement imposés* »⁴⁶⁰, les résultats sont plutôt décevants et le recours à une approche résolument comparative s'impose. Plusieurs acteurs nationaux et européens, tels que les législateurs, les juges, mais aussi et surtout la communauté des juristes, universitaires et praticiens, y ont déjà recours.⁴⁶¹ Ainsi, sous la pression de l'intégration européenne, on constate l'adoption par les législateurs internes d'une approche quasi-comparative dans l'application des normes communautaires et la transposition des directives.⁴⁶² De même, l'approche comparative prend une place de plus en plus importante, d'une part, dans l'activité des institutions européennes qui élaborent des normes ayant vocation à s'appliquer au sein des droits des Etats membres, et d'autre part, et surtout, dans l'activité des juridictions européennes telles que la CJCE⁴⁶³ et la CEDH⁴⁶⁴, et ce pour

⁴⁵⁷ CONSTANTINESO L.J., *Traité de droit comparé, Tome II : La méthode comparative*, page 353 : l'auteur expliquait que le droit communautaire, droit instrumental à caractère économique, « *cherche moins à établir un fonds commun qu'à satisfaire les intérêts des Etats* » et à atteindre les objectifs communautaires ; BEAUD O., « L'Europe entre droit commun et droit communautaire », *Droits* 1991, n° 14, page 10.

⁴⁵⁸ THUNIS X. ET VAN DER MENSBRUGGHE F., « Codification et décodification: le droit comparé à contribution », *Annales de droit de Louvain* 2001, page 72 : « *(le droit comparé) est indispensable au niveau européen pour permettre l'harmonisation des différents droits nationaux* ».

⁴⁵⁹ MOCCIA L., « Les bases culturelles du juriste européen : un point de vue continental », *RIDC* 1997, n°4, page 807.

⁴⁶⁰ PRIETO C., « Un code civil européen : de l'utopie à la prospective juridique », *LPA* n° spécial 7 mai 2004, page 24.

⁴⁶¹ Voir les travaux très intéressants de la Faculté de droit de Namur : VAN DER MENSBRUGGHE F. (sous dir.), *L'utilisation de la méthode comparative en droit européen*, vol n°25, Presses universitaires de Namur, 2003. Dans les conclusions générales de ces travaux, M. VAN DER MENSBRUGGHE déduit de l'ensemble des contributions que l'utilisation de la méthode comparative en droit européen est « *au stade de l'enfance* », que « *c'est un chantier en construction* ». (page 205)

⁴⁶² Par exemple, le législateur hollandais qui aurait été largement influencé par la comparaison des législations modernes de droit privé lors de l'élaboration du *Burgelijk Wetboek*, code civil considéré à l'heure actuel comme l'un des plus modernes en Europe.

⁴⁶³ PESCATORE P., « Le recours dans la jurisprudence de la CJCE à des normes déduites de la comparaison des droits des Etats membres », *RIDC* 1980, page 352 ; GALMOT Y., « Réflexion sur le recours au droit comparé par la CJCE », *RFDA* 1990, page 261 ; MERTENS DE WILMARS J., « Le droit comparé dans la jurisprudence de la

plusieurs raisons, liées aux multiples nationalités des membres qui les composent, du multilinguisme des textes et des notions à interpréter et au fait que chaque espèce intervient dans un contexte national précis.⁴⁶⁵

131. Cependant, il faut déplorer qu'au sein de l'Union européenne, l'emploi de la méthode comparative soit freinée par la volonté des institutions et des juridictions communautaires de trouver, à travers l'examen des ordres juridiques, la solution la plus acceptable par les différents ordres juridiques⁴⁶⁶ et non de dégager un véritable droit commun à l'ensemble des Etats membres. Une telle remarque peut aussi être faite à la jurisprudence de la CEDH (cette institution ayant à comparer beaucoup plus que vingt-sept législations) qui utilise parfois les concepts de « marge d'appréciation » des Etats ou d'absence de « consensus européen » pour dégager la solution la moins ambitieuse et la plus acceptable pour les Etats. Si la méthode comparative est utilisée quelque peu à la marge par les législateurs et les juges, européens ou internes, elle est au contraire l'instrument par excellence, l'outil le plus utilisé par une doctrine européenne en quête de découverte d'un droit commun européen nouveau. En un mot, une méthode comparative « *commence à émerger dans les tentatives pour donner au droit privé un caractère authentiquement européen* »⁴⁶⁷.

132. En quoi consiste de manière concrète cette méthode comparative ? Ne devant être réduite à une simple opération de comparaison des droits à comparer⁴⁶⁸, la méthode

CJCE », journal des tribunaux 1991, page 37 ; LENAERTS K., « Le droit comparé dans le travail du juge communautaire », RTDE 2001, n°3, page 487 et s.

⁴⁶⁴ VAN DER MENSBRUGGHE F. (sous dir.), *L'utilisation de la méthode comparative en droit européen*, vol n°25, Presses universitaires de Namur, 2003.

⁴⁶⁵ LENAERTS K., « Interlocking legal orders in the European Union and comparative law », ICLQ 2003, vol.52, page 874-875 spécialement ; voir aussi, THUNIS X. ET VAN DER MENSBRUGGHE F., « Codification et décodification : le droit comparé à contribution », *Annales de droit de Louvain* 2001, vol.61, n°1, page 72 et 73 : les auteurs expliquent que l'approche comparative dans l'élaboration des normes communautaires aboutit le plus souvent à « *un texte mi-figue mi-raisin* » et en concluent que c'est « *le tribut payé par le législateur européen aux spécificités juridiques nationales* ».

⁴⁶⁶ LENAERTS K., « Interlocking legal orders in the European Union and comparative law », ICLQ 2003, vol.52, page 879: l'auteur met en lumière que l'utilisation de la méthode comparative en droit communautaire constitue à servir de label d'acceptabilité de la norme communautaire par les Etats membres : « *It also aims at conferring upon the Community legal order a label of acceptability to the national legal orders* ».

⁴⁶⁷ VAN DER MENSBRUGGHE F., « Préface », in *L'utilisation de la méthode comparative en droit européen*, op. cit., page 2.

⁴⁶⁸ CONSTANTINESCO J. L., *Traité de droit comparé, Tome II : la méthode comparative*, page 23. Voir aussi VAN DER MENSBRUGGHE F., « Conclusions générales : l'enfance de la méthode comparative », in *L'utilisation de la méthode comparative en droit européen*, page 215 : « *il ne s'agit pas de juxtaposer des droits ou de s'en tenir à des propos désincarnés* ».

comparative est une opération complexe⁴⁶⁹. C'est la raison pour laquelle peu de juristes se sont aventurés à décrire de manière très précise la marche à suivre⁴⁷⁰. La méthode comparative en droit peut cependant être définie comme « *la juxtaposition et la mise en relation entre des ordres juridiques, la mise en valeur de ressemblances et de divergences, et l'évaluation de solutions fournies* »⁴⁷¹. De façon générale, le travail du comparatiste réside dans la recherche d'un point de comparaison entre les différents droits. Il peut se fonder sur la distinction droit privé/droit public, mais celle-ci n'est pas véritablement reconnue par les systèmes de *common law*, ni même, il faut l'avouer, par l'Union européenne. Il peut alors opérer une comparaison matière par matière, c'est-à-dire par exemple sur l'ensemble du droit civil mais force est de constater, comme nous le verrons dans la seconde section du présent chapitre, que la matière civile ne reçoit pas la même acception dans tous les pays et recouvre des réalités bien différentes. Il peut en effet se fonder sur les grandes classifications juridiques⁴⁷², ou à défaut de retrouver celles-ci dans tous les droits concernés, travailler sur des micro-comparaisons, à partir de notions juridiques fondamentales⁴⁷³, de concepts juridiques abstraits⁴⁷⁴. L'examen des points communs et des divergences permettra ainsi de dégager une solution sur un point de droit bien précis⁴⁷⁵. En cela, on peut envisager la méthode comparative comme un instrument de découverte et de développement du droit matériel européen à venir. Ici, le droit comparé n'est pas seulement envisagé comme « *un*

⁴⁶⁹ Tout d'abord, la comparabilité des termes à comparer doit exister. A priori, il serait en effet vain de vouloir comparer des systèmes juridiques trop différents. Comme nous l'avons déjà souligné, les droits des Etats membres font partie des systèmes de civil law et de common law, considérés comme comparables. C'est pourquoi Savigny recommandait de sélectionner les ordres juridiques et de limiter la comparaison aux droits romano-germaniques et anglo-saxons : CONSTANTINESCO J. L., *Traité de droit comparé, Tome II : la méthode comparative*, op. cit., page 39.

⁴⁷⁰ On peut citer : CONSTANTINESCO J.L., *Traité de droit comparé, Tome II : la méthode comparative*, op. cit., page 23 : qui décrit les conditions et les étapes de la méthode comparative. Plus récemment : IZORCHE M-L., « Propositions méthodologiques pour la comparaison », RIDC 2001, n° 2, page 289 et s.

⁴⁷¹ WAINWRIGHT R., « Use of the comparative law method in european law », in *L'utilisation de la méthode comparative en droit européen*, op. cit., page 99 : « *The comparative law method may be defined as the juxtaposition and relating of legal systems, the delineation of similarities and differences, the evaluation of the solutions provided* ».

⁴⁷² Il peut se fonder sur la distinction droit privé/droit public, mais celle-ci n'est pas véritablement reconnue par les systèmes de Common law, ni même, il faut l'avouer, par l'Union européenne. Il peut alors opérer une comparaison matière par matière, c'est-à-dire par exemple sur l'ensemble du droit civil mais force est de constater, comme nous le verrons dans la seconde section du présent chapitre, que la matière civile ne reçoit pas la même acception dans tous les pays et recouvre des réalités bien différentes.

⁴⁷³ Par exemple, en matière civile, sur des institutions juridiques telles que le contrat, le mariage, la filiation, etc.

⁴⁷⁴ Par exemple, les concepts tels que la bonne foi, l'équité, l'intérêt supérieur de l'enfant, etc. Se pose un problème d'importance, lié à la distinction entre civil et common law : « *les catégories et concepts anglais sont totalement différents des catégories et concepts romanistes* » comme le soulignent RENE DAVID et CAMILLE JAUFFRET-SPINOSI, in *Les grands systèmes de droit contemporains*, op. cit., page 250.

⁴⁷⁵ Dans l'hypothèse d'une convergence de toutes les solutions nationales, le problème est vite résolu. En cas de divergence, le comparatiste peut décider de faire prévaloir le plus petit dénominateur commun entre les droits. Il peut aussi décider d'adopter une des solutions nationales lorsque celle-ci répond le mieux au besoin commun ou de créer de toute pièce une règle nouvelle.

outil de réflexion mais de production du droit », devenant « *un mode d'élaboration de la norme commune à part entière. La norme commune qui en résulte peut s'avérer particulièrement riche* »⁴⁷⁶.

133. Dans l'optique générale d'une unification, d'une plus grande harmonisation des droits privés européens, et dans celle plus particulière, de l'élaboration du code civil européen, des travaux doctrinaux transnationaux, de plus ou moins grande importance, ont fleuri ces dernières années⁴⁷⁷. La méthode comparative est au cœur de ces travaux, chaque groupe de juristes ayant cependant une approche différente⁴⁷⁸. Certains groupes vont tenter de puiser dans tous les systèmes. Ainsi, pour mener à bien ses travaux et afin que les « Principes du droit européen du contrat »⁴⁷⁹ voient le jour, la Commission Lando affirme s'être inspirée des systèmes juridiques de tous les Etats membres, sans pour autant que chaque système ait eu une influence égale sur les différentes questions étudiées et tout en évitant l'écueil de choisir un seul système comme point de départ.⁴⁸⁰ Elle s'est aussi appuyée sur des expériences étrangères telle le Restatement of the law of contracts américain, ainsi que sur des conventions internationales contraignantes, telle la Convention des Nations Unies sur la vente internationale de marchandises.

134. De la même façon, les travaux de l'Université de Trente en Italie ont cherché à établir un état des lieux, une cartographie des différences et convergences entre les systèmes

⁴⁷⁶ ROBERT V. ET USUNIER L., « Du bon usage du droit comparé », in DELMAS-MARTY M., *Critique de l'intégration normative – L'apport du droit comparé à l'harmonisation des droits*, PUF, 2004, page 246.

⁴⁷⁷ COMMISSION POUR LE DROIT EUROPEEN DU CONTRAT, *Les principes du droit européen du contrat*, version française préparée par ROUHETTE G., DE LAMBERTERIE I., TALLON D. ET WITZ C., Société de législation comparée, 2003 ; ACADEMIE DES PRIVATISTES EUROPEENS, Avant-projet d'un code européen des contrats, 2001 ; mais aussi des projets tels que le common core, les Casebooks, ou encore ceux du study group ou de l'acquis group.

⁴⁷⁸ PRIETO C., « Un code civil européen : de l'utopie à la prospective juridique », LPA n° spécial 7/05/2004, page 26 : « *Les groupes transnationaux ont investi le droit comparé dans des approches différentes, à la fois sur les objectifs poursuivis et sur la méthode* ».

⁴⁷⁹ COMMISSION POUR LE DROIT EUROPEEN DU CONTRAT, *Les principes du droit européen du contrat*, version fr. prép. par ROUHETTE G., DE LAMBERTERIE I., TALLON D. ET WITZ C., 2003. Ces principes ont dans un premier temps reçu un faible écho de la part de la doctrine française, comme le soulignait : MAZEAUD D., « La commission Lando : le point de vue d'un juriste français », in *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, page 141. Pour des études récentes : FENOUILLET D. ET REMY-CORLAY P., *Les concepts contractuels français à l'épreuve des Principes du droit européen du contrat*, Dalloz, 2003 ; C. PRIETO, *Regards croisés sur les principes du droit européen du contrat et sur le droit français*, PUAM, 2003 ; voir aussi, TALLON D., « Les principes pour le droit européen du contrat : quelles perspectives pour la pratique ? », *Deffrénois* 2000, art. n°37182 ; FAGES B., « Quelques évolutions du droit français des contrats à la lumière des principes de la Commission Lando », D.2003, chron. Page 2396 et s. ; LEMAIRE H. ET MAURIN A., « Droit français et principes européens du contrat », n° spécial LPA 07/05/2004, « Code civil : les défis d'un siècle nouveau », page 38 et s.

⁴⁸⁰ COMMISSION POUR LE DROIT EUROPEEN DU CONTRAT, *Les principes du droit européen du contrat*, version fr. prép. par ROUHETTE G., DE LAMBERTERIE I., TALLON D. ET WITZ C., 2003, page 24.

européens, afin d'en dégager un « common core » ou fonds commun⁴⁸¹. Ce groupe, lancé en 1995 par Messieurs Bussani et Mattéi, se revendique de l'expérimentation de Robert Schlesinger dans les études de Cornell et de la méthode dite « des formants juridiques » développée par un autre juriste italien, Monsieur Rodolfo Sacco. Enfin, l'Académie des privatistes européens de Pavie, à l'origine d'un avant projet de code européen des contrats⁴⁸², s'est elle aussi inspirée des systèmes des Etats membres mais a opté, *a contrario*, pour un modèle servant de schéma directeur, à savoir le code civil italien. Les auteurs de cet avant-projet admettent avoir tenté de faire en quelque sorte une moyenne de toutes les règles existantes mais « ont préféré quelquefois une règle adoptée dans un pays mais rejetée dans l'autre » ou une règle nouvelle face à la difficulté de trouver une solution commune.⁴⁸³

135. La diversité des approches, si elle semble refléter un manque de cohésion entre juristes européens, est loin d'être un handicap pour mener à bien le projet de codification européenne. Au contraire, la concurrence des projets permet de stimuler la recherche d'un droit commun européen nouveau. Cela conduit de même à mobiliser les juristes européens, leurs homologues français faisant figure en la matière de « derniers de la classe »⁴⁸⁴. Pour conclure, les deux approches de la notion de droit commun font preuve de complémentarité plus que d'opposition. Face au défi de découverte d'un droit commun européen nouveau, l'approche du juriste ne devra pas se limiter à l'une ou l'autre, la méthode se devant d'être en quelque sorte « *historico-comparative* »⁴⁸⁵ pour déterminer la consistance du droit commun européen et partant, le champ d'application *rationae materiae* du futur code civil européen.

⁴⁸¹ BUSSANI M. ET MATTEI H., « Le fonds commun du droit privé européen », RIDC 2000, n°1, page 29 et s. ; KASIRER N., « The Common core of European private law in boxes and bundles », ERPL 2002, n°3, page 417 et s.

⁴⁸² ACADEMIE DES PRIVATISTES EUROPEENS, *Code européen des contrats - Avant-projet*, Milan, Giuffrè, 2001. Sur ce projet : M-L. RUFFINI-GANDOLFI, « Problèmes d'unification du droit en Europe et le code européen des contrats », RIDC 2002, page 1075 ; GRIDEL J-P., « Sur l'hypothèse d'un droit européen des contrats : les propositions de l'Académie des privatistes européens », GP des 21 et 22/02/2003, page 3 ; DEBET A., « Le code européen des contrats – Avant projet », RDC octobre 2003, page 217.

⁴⁸³ DUFWA B. W., « Observations préliminaires », in *Avant-projet de code européen des contrats*, op.cit., page 37. L'auteur met en lumière la volonté du groupe de travail de donner naissance à des solutions nuancées, les règles rigides ayant été évitées : « *ce qui est raisonnable devient le modèle préféré* ».

⁴⁸⁴ PRIETO C., « Un code civil européen : de l'utopie à la prospective juridique », LPA n° spécial 7/05/2004, page 25 : « *le droit comparé n'est pas partie intégrante de la culture juridique de base des civilistes (français)* », « *la France est quelque peu en situation de décalage dans le temps* ».

⁴⁸⁵ Dans le même sens, voir l'ouvrage de AJANI G. et EBERS M. (dir.), *Uniform terminology for European Contract Law*, éd. Nomos, Baden-Baden, 2005, dans lequel un des contributeurs propose « *une démarche qui vise à mettre en place une "grammaire profonde" du langage juridique européen qui permettrait une approche commune du droit privé, une sorte de retour aux temps du jus commune. Pour y parvenir, il faudrait examiner les strates profondes qui se sont formées dans les différentes traditions juridiques* », comme le rapporte Monsieur Luc GRYNBAUM : « *Ouvrage : une avancée pour le droit européen des contrats* », RDC octobre 2006, page 1312.

Section II - L'étendue du droit commun européen

136. A la recherche d'une certaine unité, les instances communautaires et plus particulièrement le Parlement européen ont appelé de leurs vœux l'élaboration d'un code civil européen, reflet d'un droit commun européen émergent. Le domaine qui a donc été assigné au code réside dans la branche du droit civil, et ce en raison d'une part, de sa fonction matricielle, comme tronc commun général, et d'autre part, de l'eupéanisation croissante des droits civils des Etats membres (Paragraphe I).

137. Cependant le critère matériel retenu pour le champ d'application du futur code civil européen n'est pas sans poser maints problèmes. Comme le souligne Monsieur Rémy Cabrillac, choisir le contenu d'un code, c'est déterminer son domaine mais aussi ses frontières, chose d'autant plus délicate lorsque le critère matériel retenu se retrouve parfois en décalage avec la réalité.⁴⁸⁶ La réalité européenne est difficilement adaptée à la vision française du droit civil et partant, à la vision des autres Etats membres. D'où la nécessité de définir ce que l'on va entendre par droit civil dans le cadre du projet de codification (Paragraphe II).

Paragraphe I - Un cantonnement à la matière civile : l'eupéanisation croissante des droits civils des Etats membres

138. On assiste à un phénomène d'« eupéanisation » croissante des droits civils des Etats membres.⁴⁸⁷ Pendant de longues années, l'Union européenne ne s'était point préoccupée d'une incursion communautaire dans les législations civiles internes, laissant le soin aux seuls Etats d'intervenir en matière civile⁴⁸⁸. Plus le marché intérieur a progressé, plus le besoin s'est fait sentir d'une intervention, d'où une extension progressive des compétences

⁴⁸⁶ CABRILLAC R., *Les codifications*, PUF, coll. Droit, éthique et société, 2002, page 271.

⁴⁸⁷ Selon l'expression empruntée au titre du colloque suisse consacré à *L'eupéanisation du droit privé : vers un code civil européen ?*, sous la direction de WERRO F., Fribourg, 1998.

⁴⁸⁸ DE VAREILLES-SOMMIERES P., « Avant-propos », in *Le droit privé européen*, colloque, 1998, page V.

communautaires dans le domaine civil⁴⁸⁹. Certains auteurs, pour souligner ce phénomène de dépossession des Etats membres de leurs droits civils, préfèrent parler de « dénationalisation » du droit civil plutôt que d'eupéanisation.⁴⁹⁰

139. Cette eupéanisation des droits civils des Etats membres n'est cependant pas le seul fruit du droit communautaire. Elle résulte aussi pour une large part de l'action du Conseil de l'Europe et du bon fonctionnement du mécanisme de protection régionale des droits de l'Homme tel qu'il découle de la Convention européenne des droits de l'Homme. Si cette convention et la jurisprudence de la Cour européenne ont largement contribué à harmoniser le droit des personnes et de la famille en Europe, elle influence aussi d'autres branches du droit civil, plus économiques, telles que le droit des biens ou le droit des contrats. Bien que l'Union européenne n'ait pas adhéré à la ConvEDH, elle aura pour obligation de placer les droits civils sous l'autorité des droits fondamentaux garantis tant par la ConvEDH que par sa propre Charte des droits fondamentaux.

A) La communautarisation des droits civils des Etats membres

140. L'Union européenne ne dispose pas textuellement d'une compétence concernant le droit civil des Etats membres. Or, elle a investi les droits privés internes, et notamment, de façon plus inattendue, les droits civils des Etats membres. C'est d'une part, grâce à sa compétence incontestable en matière de coopération judiciaire civile et d'autre part, par le jeu de ses compétences traditionnelles en matière de marché intérieur, de droit de la concurrence ou de protection des consommateurs⁴⁹¹, que le rapprochement des législations internes dans ce domaine a eu lieu. Comment s'est opérée ce qu'il est convenu d'appeler une

⁴⁸⁹ WERRO F., « La dénationalisation du droit privé dans l'Union européenne », in *L'eupéanisation du droit privé : vers un code civil européen ?*, page 4 : l'auteur fait remarquer qu' « un véritable droit communautaire privé est en train de voir le jour ».

⁴⁹⁰ WERRO F., « La dénationalisation du droit privé dans l'Union européenne », in *L'eupéanisation du droit privé : vers un code civil européen ?*, page 4 : l'auteur souligne que même si ces deux termes désignent une même réalité, ils offrent deux perspectives différentes. L'eupéanisation veut dire que le droit privé (et donc le droit civil) tend à devenir de plus en plus l'affaire des instances européennes, alors que la dénationalisation sous-entend que le droit privé est de moins en moins l'affaire des Etats nations européens.

⁴⁹¹ Surtout si les questions soulevées présentent un caractère transfrontalier, comme le souligne KREUZER K., « La communautarisation du droit international privé : les acquis et les perspectives », in *Droit Global : Unifier le droit. Un rêve impossible ?*, sous la dir. de VOGEL L., pages 96 et s.

« communautarisation »⁴⁹²? Comme le souligne Madame Laurence Idot⁴⁹³, la communautarisation des droits civils des Etats membres s'est produite soit de manière directe, soit le plus fréquemment de manière indirecte.

1) La communautarisation directe

141. On parle de communautarisation directe « *chaque fois qu'un texte de droit dérivé est adopté dans un domaine particulier* ». ⁴⁹⁴ Il faut constater à ce sujet que le droit communautaire dérivé n'a eu de cesse ces trente dernières années d'envahir les droits civils des Etats membres⁴⁹⁵. Si cette communautarisation directe a pour but de rapprocher les législations internes en les visant de façon directe, elle a conduit à des degrés différents de rapprochement, tantôt les unifiant, tantôt n'opérant qu'une simple harmonisation.

a) La communautarisation directe conduisant à l'unification

142. La communautarisation directe par unification des droits civils internes se révèle particulièrement faible, en raison notamment de la marge étroite de manœuvre de l'Union⁴⁹⁶. Elle existe essentiellement en matière de droit international privé, donc de règles de conflits, *a priori* non matérielles. A cet effet, deux conventions importantes avaient très tôt été conclues, telle la Convention de Bruxelles⁴⁹⁷ du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, et la Convention de Rome⁴⁹⁸ du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, texte primordial ayant remplacé en tant que loi uniforme les règles de rattachement générales des Etats membres en

⁴⁹² La communautarisation peut se définir comme l'intégration juridique dans et par les institutions communautaires. Voir KREUZER K., « La communautarisation du droit international privé : les acquis et les perspectives », in *Droit Global : Unifier le droit. Un rêve impossible ?*, sous la dir. de L VOGEL, page 96.

⁴⁹³ IDOT L., « Rapport introductif », in BERGE J.S. ET NIBOYET M.L., *La réception du droit communautaire en droit privé des Etats membres*, op. cit., pages 17 et s.

⁴⁹⁴ IDOT L., « Rapport introductif », in *La réception du droit communautaire en droit privé des Etats membres*, op. cit., page 21.

⁴⁹⁵ BASEDOW J., « Rapport de synthèse : quel droit privé pour l'Europe ? », in *La réception du droit communautaire en droit privé des Etats membres*, page 239.

⁴⁹⁶ KREUZER K., « La communautarisation du droit international privé : les acquis et les perspectives », in *Droit Global : Unifier le droit. Un rêve impossible ?*, op. cit., page 100 : « pour des raisons diverses mais qui tiennent notamment au manque de compétence législative de la Communauté, le droit privé matériel intégré se limite dans la Communauté à des secteurs spécifiques restreints ».

⁴⁹⁷ Sur cette convention : GAUDEMET-TALLON H., *Les conventions de Bruxelles et de Lugano*, 2^{ème} édition, 1996.

⁴⁹⁸ JO CE 9 octobre 1980, n° L 266, page 1.

matière d'obligations contractuelles seulement. Suite au Conseil de Tampere de 1999, il a été décidé de communautariser les textes existants en les transformant en règlements, ce qui garantit ainsi leur applicabilité immédiate et leur interprétation uniforme sur l'ensemble du territoire de l'Union, et d'en adopter à terme de nouveaux. Ainsi, la Convention de Bruxelles a été transformée en règlement dit « Bruxelles I »⁴⁹⁹ du 22 décembre 2000 sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, règlement entré en vigueur au 1^{er} mars 2002. La Commission a proposé de faire de même avec la Convention de Rome, sa transformation en instrument communautaire « Rome I » étant aussi un prétexte pour la moderniser⁵⁰⁰, et d'élaborer à terme « Rome II » portant sur la loi applicable aux obligations non contractuelles.⁵⁰¹ Il semble judicieux de combiner la révision de Rome I avec l'introduction de Rome II afin de les réunir sous un seul instrument qui concernerait la loi applicable aux obligations.⁵⁰² Les règlements se sont ainsi multipliés. En matière de droit de la famille, le règlement « Bruxelles II bis »⁵⁰³, ayant abrogé le règlement mort-né « Bruxelles II »⁵⁰⁴, relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et de responsabilité parentale, a été adopté le 27 novembre 2003 et est applicable depuis le 1^{er} mars 2005. En droit des sûretés, a été adopté en 2004 le règlement sur le titre exécutoire européen permettant la libre circulation des décisions et transactions judiciaires, ainsi que des actes authentiques relatifs aux créances incontestées.⁵⁰⁵ D'autres règlements devraient bientôt voir le jour concernant la loi applicable au divorce, aux régimes matrimoniaux ou aux successions, ce qui aurait le mérite d'embrasser ainsi l'ensemble des branches du droit civil.⁵⁰⁶

⁴⁹⁹ Règlement du Conseil n° 44/2001 du 22/12/2000 : JO CE 16/01/2001, n° L12, page 1.

⁵⁰⁰ Voir Livre vert de la Commission du 14/01/2003 Proposition de la Commission, COM 2003, 427 final, 2003/0168 COD Proposition de Règlement du PE et Conseil sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), Exposé des motifs, COM (2005) 650 final, 2005/0261 COD. Pour un commentaire : LAGARDE P., « Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) », RCDIP 2006, n°2, page 331 et s. ; POILLOT-PERUZZETTO S., « Proposition de règlement Rome I et Rome II : vers un code européen de droit international privé », RJCom 2006, n°3, page 229.

⁵⁰¹ Cf. Proposition de la Commission, COM 2003, 427 final, 2003/0168 COD ; Proposition de Règlement du PE et Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II) du 21 février 2006, COM 2006, 083 final. Pour un commentaire : POILLOT-PERUZZETTO S., « Proposition de règlement Rome I et Rome II : vers un code européen de droit international privé », RJCom 2006, n°3, page 229.

⁵⁰² KREUZER K., « La communautarisation du droit international privé : les acquis et les perspectives », in *Droit Global : Unifier le droit. Un rêve impossible ?*, op. cit., page 135.

⁵⁰³ Règlement du Conseil n° 2201/2003 du 27/11/2003, relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions matrimoniales et en matière de responsabilité parentale : JO UE, n° L 338, page 1.

⁵⁰⁴ Règlement du Conseil n° 1347/2000 du 29/05/2000 : JO CE, 30/06/2000, n° L 160, page 19.

⁵⁰⁵ Règlement du Conseil n° 805/2004 du 21/04/2004, JO UE, n°L 143, page 155.

⁵⁰⁶ Livre vert de la Commission européenne du 1^{er} mars 2005, COM (2005) 65 final : NOURISSAT C., « Les successions : à propos du livre vert de la Commission du 1^{er} mars 2005 », AJ famille 2005, page 393. ; même auteur, « Le droit communautaire des successions : le livre vert de la Commission et ses suites », Droit et

143. En dehors des règles de conflits, les règlements communautaires concernant le domaine du droit civil représentent « *un îlot communautaire perdu dans un océan de droit national non unifié* »⁵⁰⁷. Il s'agit exclusivement de règlements d'exemption par catégorie pris en matière de distribution⁵⁰⁸. Puissants facteurs d'harmonisation pour certains⁵⁰⁹, contrats-types déguisés pour d'autres⁵¹⁰, ils ont conduit à une communautarisation importante des contrats de distribution, dépassant la simple harmonisation que produisent les directives, les instances communautaires ayant récemment regroupé la plupart des règlements en un règlement unique et général à tous les accords verticaux.⁵¹¹

b) La communautarisation directe conduisant à l'harmonisation

144. Dans la plupart des cas, la communautarisation directe des droits civils internes mène à une simple harmonisation des droits du fait de l'utilisation diffuse des directives, essentiellement en matière de droit des obligations. En dehors du droit des obligations, peu de directives sont intervenues de manière directe en droit des personnes⁵¹² ou de la famille, cette dernière matière ayant été infiltrée par le canal du droit des étrangers⁵¹³. Le même phénomène

patrimoine 2006, page 59 et s. VOIR AUSSI, FULCHIRON H., « Vers une communautarisation des règles de conflit de lois en matière de divorce ? », AJ Famille 2005, n°11, page 390 et s.

⁵⁰⁷ Selon l'expression empruntée à KREUZER K., « La communautarisation du droit international privé : les acquis et les perspectives », in *Droit Global : Unifier le droit. Un rêve impossible ?*, op. cit., page 101.

⁵⁰⁸ Règlement CEE n° 1983/83 du 22/06/1983 sur les accords de distribution exclusive ; Règlement CEE n° 1984/83 du 22/06/1983 relatif aux accords d'achats exclusifs; Règlement CEE n° 4087/88 du 30/11/88 concernant les accords de franchise ; Règlement CEE n°1475/95 du 28/06/1995 à propos des contrats de concession automobile.

⁵⁰⁹ FERRIER D., « La politique d'harmonisation du droit des contrats de la distribution en Europe », in *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, page 83, n° 15 ; PRIETO C., « Une culture contractuelle commune en Europe », in *Regards croisés sur les principes du droit européen du contrat et sur le droit français*, page 33.

⁵¹⁰ HUET J., « Les sources communautaires du droit des contrats », PA 21/03/1997, pages 11-12.

⁵¹¹ La Commission a adopté un règlement général sur les exemptions par catégorie qui remplace les trois exemptions par catégorie concernant les accords de distribution sélective, les accords d'achats exclusifs et de franchise : Règlement n° 2790/1999 du 22/12/1999 général à tous les accords verticaux. Cette action n'a pas touché les accords de distribution de véhicules automobiles : Règlement n° 1400/2002 du 31/07/2002 relatif aux contrats de concession automobile.

⁵¹² Directive 95/46/CE du Parlement et du conseil du 24/10/1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ses données, JO CE n° L 281 du 23/11/95, page 31 ; Directive 2002/58/CE du Parlement et du Conseil du 12/07/2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques, JO CE n° L 201 du 31/07/2002, page 37.

⁵¹³ Directive du 22/09/2003 sur le regroupement familial, JO UE L 251 du 3 octobre 2003, page 12 ; Directive 2004/83/Ce du Conseil du 29/04/2004 concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale et relative au contenu de ces statuts, JO UE du 30/09/2004, n° L304, page 12 ;

de désaffectation s'observe en droit des biens⁵¹⁴. Des telles matières font au contraire l'objet d'une communautarisation indirecte croissante, comme nous le verrons plus loin. *A contrario*, de nombreuses directives intéressent le droit des contrats en général⁵¹⁵ ou les contrats spéciaux⁵¹⁶, ainsi que le droit de la responsabilité⁵¹⁷. Bien que le droit communautaire représente une part croissante des règles régissant le droit des obligations, et plus particulièrement le droit des contrats⁵¹⁸, on ne peut pas parler d'une communautarisation directe massive car celle-ci se révèle beaucoup trop parcellaire⁵¹⁹, surtout axée sur la nécessaire protection du consommateur en tant que partie faible. Cette communautarisation manque ainsi singulièrement de cohérence. La communautarisation directe du droit des obligations s'explique avant tout par le fait que le droit communautaire raisonne en termes d'« *objectifs à atteindre* »⁵²⁰, tels que la réalisation du marché intérieur ou la protection du consommateur, tout obstacle à ces objectifs devant être éliminé. Mais il faut aussi souligner que ce phénomène est en partie dû à la double influence sur cette matière des règles

⁵¹⁴ Directive 93/7/CE du 15/03/1993 sur la restitution des biens culturels ayant quitté illicitement le territoire d'un Etat membre, JO CE n° L74 du 27/03/1993.

⁵¹⁵ Directive 93/13/CEE du Conseil du 05/04/93 sur les clauses abusives dans les contrats conclu avec les consommateurs, JO CE n° L 095 du 21/04/93, page 29 ; Directive 99/44/CE du Parlement et du Conseil du 25/05/99 sur certains aspects de la vente et les garanties de biens de consommation, JO CE n° L 171 du 07/07/99.

⁵¹⁶ Directive 85/577/CEE du Conseil du 20/12/85 concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux ; Directive 87/102/CEE du Conseil du 22/12/86 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de contrats de crédit à la consommation, JO CE n° L 042 du 12/02/87 page 48 ; Directive 90/314/CE du Conseil du 13/06/90 sur les contrats de voyage à forfait ; Directive 94/47/CE du Parlement et du Conseil du 26/10/94 concernant la protection des acquéreurs pour certains aspects des contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation à temps partiel de biens immobiliers (time-share), JO CE n° L 280 du 29/10/94 page 83 ; Directive 97/7/CE du Parlement et du Conseil du 20/05/97 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, JO CE n° L 144 du 4/06/97, directive récemment modifiée par Directive 2002/65/CE du Parlement et du Conseil du 23/09/2002 concernant la commercialisation à distance des services financiers auprès des consommateurs, JO CE n° L 271 du 9/10/2002 ; et enfin, la Directive 200/31/CE du parlement et du Conseil du 08/06/2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société d'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, JO CE n° L 178 du 17/07/2000, page 1.

⁵¹⁷ Directive 90/232/CEE du Conseil du 14/05/1990 sur l'assurance de responsabilité résultant de la circulation des véhicules automoteurs, JO CE n° L 129 du 19/05/1990, page 33 ; Directive 99/34/CE du Parlement et du Conseil du 10/05/1999, modifiant la directive 85/374/CE du Conseil, relative à la responsabilité du fait des produits défectueux, JO CE n° L 141 du 04/06/99 page 20 ; Directive 2000/26/CE du Parlement et du Conseil du 16/05/2000, modifiant les directives 73/239/CEE et 88/357/CEE du Conseil, relative à la responsabilité civile du fait des accidents de la circulation, JO CE n° L 181 du 20/07/2000.

⁵¹⁸ BERNARDEAU L., « Droit communautaire et droit des contrats : perspectives d'évolution », CCC 2001, chron 19, page 4.

⁵¹⁹ WITZ C., « Rapport de synthèse », in *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, page 163 : « si l'on s'attache au droit commun des contrats, peut-on constater une communautarisation massive du droit des contrats ou une dénationalisation poussée du droit des contrats ? La réponse me semble négative ».

⁵²⁰ IDOT L., « Rapport introductif », in BERGE J.S. ET NIBOYET M.L., *La réception du droit communautaire en droit privé des Etats membre*, op. cit., page 23.

communautaires du droit de la consommation⁵²¹ ou du droit de la concurrence⁵²², ces deux domaines ayant acquis une certaine autonomie vis-à-vis de la matière civile.

145. Ainsi, au niveau communautaire et en matière de droit des contrats, un véritable ordre public, aussi bien consumériste que concurrentiel, s'est constitué. Dès lors, se trouve remise en cause la logique contractuelle fondée sur l'autonomie de la volonté au profit d'une logique consumériste fondée sur la protection de la partie faible, et d'une logique concurrentielle essentiellement économique. Cependant, en dehors du droit des obligations, la communautarisation des droits civils est résolument indirecte dans toutes les autres branches du droit civil.

2) La communautarisation indirecte

146. De façon plus fréquente mais aussi plus insidieuse, la communautarisation des droits civils des Etats membres s'opère de manière indirecte, c'est-à-dire, « *chaque fois que le droit communautaire ne cherche pas à légiférer dans la matière mais modifie par un autre biais le droit national* ». ⁵²³ En effet, dans des matières telles que le droit des personnes ou le droit de la famille, il semble difficile de démontrer que la diversité des droits internes puisse *a priori* remettre en cause un des objectifs communautaires. Pourtant, le droit communautaire a tout de même pénétré des domaines relevant de la compétence des Etats membres, ces derniers devant, lorsqu'ils exercent leurs compétences, respecter les grands principes communautaires que sont d'une part, les quatre libertés de circulation et d'autre part, les principes d'égalité et de non discrimination⁵²⁴.

⁵²¹ CALAIS-AULOY J., « L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats », RTDC 1994, page 639 s. Voir surtout, la thèse de Mme Elise POILLOT : *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, Bibliothèque de droit privé, Tome 463, LGDJ, 2006.

⁵²² CLAUDEL E., *Ententes anticoncurrentielles et droit des contrats*, Thèse sous la dir. de BOUTHARD-LABARDE, 1994 : l'auteur souligne l'immixtion des instances communautaires dans l'activité contractuelle afin de veiller au bon fonctionnement du marché et à la conformité des contrats aux exigences de l'ordre public concurrentiel. Dans le même sens : BERNARDEAU L., « Droit communautaire et droit des contrats : perspectives d'évolution », CCC 2001, chron. 19.

⁵²³ IDOT L., « Rapport introductif », in BERGE J.S. ET NIBOYET M.L., *La réception du droit communautaire en droit privé des Etats membres*, op. cit., page 29.

⁵²⁴ Sur ces principes d'égalité et de non-discrimination : HERNU R., Principe d'égalité et principe de non discrimination dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes, Thèse, LGDJ ; COMMISSION EUROPEENNE, Egalité et non discrimination - Rapport annuel 2005, DG Emploi et affaires sociales, avril 2005, disponible sur http://europa.eu.int/comm/employment_social/fundamental_rights/pdf/pubst/annualrep05_fr.pdf.

147. Ainsi, par le biais de la liberté de circulation et d'établissement des personnes, le droit communautaire s'est intéressé au regroupement familial, et ce bien avant d'adopter la directive de 2003⁵²⁵, la Cour de justice allant jusqu'à reconnaître un droit de séjour à l'épouse philippine d'un ressortissant britannique au motif que l'expulsion de Mme Carpenter aurait des conséquences néfastes sur la famille Carpenter et donc sur l'activité de M. Carpenter en tant que prestataire de services⁵²⁶. De la même façon, s'appuyant sur la liberté de prestation de services et de circulation des marchandises, la Cour de justice a considéré dans l'affaire Grogan que l'interruption volontaire de grossesse constituait une prestation de services médicaux et relevait donc par conséquent des traités communautaires.⁵²⁷ Suivant le même raisonnement, le juge anglais s'est attaché, dans une décision contestée faisant suite au refus des autorités britanniques (HFEA) fait à une veuve d'autoriser l'exportation des gamètes de son époux défunt, à démontrer qu'un acte d'insémination post mortem est un « service » relevant dans sa globalité de la liberté communautaire de prestation de service.⁵²⁸ Cette décision montre que le droit communautaire peut s'immiscer même dans des domaines fortement imprégnés de considérations éthiques et philosophiques, donc bien éloignés de son domaine économique originaire. De la même façon, le droit communautaire a investi récemment le droit des successions, par le biais de la fiscalité directe et de la liberté de circulation des capitaux, dans une affaire Barbier. En l'espèce, Monsieur Barbier, ressortissant néerlandais installé en Belgique, avait acquis des immeubles aux Pays Bas. A son décès, les autorités néerlandaises opposent à ses héritiers une règle nationale imposant un traitement fiscal différent en raison de la résidence à l'étranger du *de cuius*, ce que la Cour de justice va considérer comme une restriction déguisée à la libre circulation des capitaux.⁵²⁹

148. Sous couvert du respect des principes d'égalité de traitement et de non discrimination, c'est donc l'ensemble du droit civil qui peut à tout moment être touché par le

⁵²⁵ Le Traité d'Amsterdam ayant englobé en 1999 l'immigration dans les compétences de l'Union européenne, la question du regroupement familial est désormais examinée au niveau communautaire. Voir aussi, CJCE 06 février 2000, Eyüp., aff. C-65/98.

⁵²⁶ CJCE 11 juillet 2002, Mary Carpenter c/ Secretary of State for the Home Department, aff. C-60/00, Revue du droit de l'Union européenne 2002, n°3, page 608.

⁵²⁷ CJCE 4 octobre 1991, The society for the protection of unborn children Ireland Ltd c/ Stephen Grogan, aff C-159/90, Recueil 1991, I, page 4685.

⁵²⁸ Court of Appeal, Lord Woolf, R. v. Human Fertilisation and Embryology Authority (HFEA), ex parte Blood, 1997. Pour un commentaire, BERGE J.-S., « Le droit communautaire dévoyé : le cas Blood, » JCP 2000, doct. I, n°206, page 289 s.

⁵²⁹ CJCE 11 décembre 2003, Héritiers de M. Barbier c/ Inspecteur van de Belastingdienst Particulieren, Ondernemingen buitenland te heerlen, aff. C-364/01.

droit communautaire⁵³⁰, et ce jusque dans des domaines où le droit communautaire n'a pas *a priori* voie au chapitre, tels les éléments composant l'état des personnes que sont le sexe ou le nom. Ainsi, concernant le principe d'égalité de traitement, la Cour de justice a récemment décidé, dans un arrêt *KB* très remarqué, que les conditions d'octroi d'une pension de veuf peuvent générer une inégalité de traitement. En effet, cette pension est réservée au Royaume Uni au seul « époux » survivant, une des conditions préalables d'octroi de celle-ci reposant sur la capacité de se marier.⁵³¹ Le requérant, transsexuel, avait par conséquent reçu une réponse défavorable à sa demande. Cette solution est confirmée dans l'arrêt du 27 avril 2006, *Richards*, la CJCE considérant le refus d'accorder une pension, au même âge qu'une femme, à une transsexuelle passée du sexe masculin au sexe féminin, comme violant le droit communautaire.⁵³² La Cour de Luxembourg s'est aussi intéressée au nom patronymique. D'une part, la Cour considère que la translittération du nom de famille sur les registres de l'état civil du pays d'accueil conduit à ce que sa prononciation en soit modifiée et transformée, et donc crée un risque de confusion de personnes auprès d'une clientèle potentielle, ce qui porte atteinte à la liberté d'établissement du requérant⁵³³. D'autre part, elle affirme que les autorités belges ont porté atteinte au principe de non-discrimination, lorsqu'elles refusent à un requérant espagnol d'adjoindre le nom de sa femme, ressortissante belge, à son propre nom au motif qu'en Belgique, les enfants ne portent que le nom du père. Cela constitue aux yeux de la Cour de Luxembourg une discrimination fondée sur la nationalité.⁵³⁴

149. A travers ces exemples, on s'aperçoit que le droit communautaire peut potentiellement intervenir dans tous les coins et recoins des droits civils internes.⁵³⁵ Cependant, il serait hâtif d'en conclure que cette communautarisation n'a pour seul but que de contredire le droit national. Le juge communautaire peut aussi bien décider de conforter la règle nationale lorsqu'il la considère parfaitement justifiée car nécessaire et proportionnée⁵³⁶.

⁵³⁰ IDOT L., « Rapport introductif », in BERGE J.S. ET NIBOYET M.L., *La réception du droit communautaire en droit privé des Etats membres*, pages 30 -31.

⁵³¹ CJCE 7 janvier 2004, *KB*, aff. C-117/01, points 30 et 31.

⁵³² CJCE 27 avril 2006, *Richards*, affaire C-423/04 : Recueil CJCE 2006, I, page 2303.

⁵³³ CJCE 30 mars 1993, *Konstantinidis*, aff.C.168/91, Recueil 1993, I, page 1191.

⁵³⁴ CJCE 2 octobre 2003, *Garcia Avello c/ Belgique*, aff C-148/02.

⁵³⁵ Par exemple, le droit au respect de la vie privée en matière de traitement des données personnelles des passagers aériens : CJCE 30 mai 2006, *Parlement européen c/ Conseil*, aff. C-317/04 : Recueil CJCE 2006, I, page 4721 (annulation d'une décision du Conseil concernant la conclusion d'un accord entre Communauté européenne et Etats Unis).

⁵³⁶ IDOT L., « Rapport introductif », in BERGE J.S. ET NIBOYET M.L., *La réception du droit communautaire en droit privé des Etats membres*, op. cit., page 32.

Tel a été le cas, par exemple, pour la règle découlant de la jurisprudence de la Cour de cassation française, selon laquelle le fabricant ou le vendeur professionnel est soumis à une présomption irréfragable de la connaissance des défauts de la chose vendue. Dans son arrêt *Alsthom*, la Cour de Luxembourg a en effet jugé que cette règle, bien que n'existant dans aucun autre Etat membre, n'était ni de nature à fausser le jeu de la concurrence, ni une entrave à la libre circulation des marchandises.⁵³⁷

150. La communautarisation, directe ou indirecte, risque cependant dans les années à venir de s'accroître. Auparavant, la Cour de justice subordonnait son intervention à la nécessité pour le particulier de démontrer devant elle l'existence d'une « *situation intra-communautaire* ». Or, selon certains auteurs se fondant sur l'arrêt *Garcia Avello*⁵³⁸, la Cour aurait étendu le champ d'application du droit communautaire aux « *situations dites purement internes* »⁵³⁹. Dans cette affaire, la demande de changement de nom par adjonction du nom de la mère à celui du père avait été faite par le requérant pour le compte de ses enfants et non pour lui-même. Dans une telle situation, et contrairement à la situation du requérant dans l'arrêt *Konstantinidis*, il semblait difficile pour la Cour luxembourgeoise de prétendre que les enfants Avello avaient exercé leur droit de circulation, ceux-ci étant nés et ayant toujours résidé en Belgique. C'est la raison pour laquelle la Cour, tout en rappelant que « *la citoyenneté de l'Union n'a pas pour autant pour objectif d'étendre le champ d'application matériel du Traité à des situations internes n'ayant aucun rattachement au droit communautaire* »⁵⁴⁰, a jugé qu'un tel rattachement existait à l'égard des enfants de M. Garcia Avello qui bénéficient du statut de citoyen européen. La compétence du droit communautaire dans cette affaire résulte donc du seul fait de la double nationalité hispano-belge de ces enfants, ce qui peut présager à l'avenir une extension considérable du champ d'application communautaire.⁵⁴¹ Contrairement à ce qu'affirme la Cour, le concept de citoyenneté a donc bien vocation à élargir la vision que l'on a de l'ordre juridique communautaire, permettant ainsi de ne plus le limiter aux situations purement économiques inhérentes au marché

⁵³⁷ CJCE 24 janvier 1991, *Alsthom*, Aff. C-339/89, Rec. 1991, I, page 107.

⁵³⁸ NOURISSAT C., « Droit civil de l'Union européenne », chronique, *Dalloz* 2004, I, page 1321.

⁵³⁹ Sur la distinction « situations intra-communautaires » et « situations purement internes » : NOURISSAT C., *Droit communautaire des affaires*, *Dalloz*, 2003, spécialement § 168 et s. Voir aussi, PAPADOPOULOU R.-E., « Situations purement internes et droit communautaire : un instrument jurisprudentiel à double fonction ou une arme à double tranchant ? », *Cahiers de droit européen* 2002, n°1/2, page 95 et s.

⁵⁴⁰ Voir spécialement le § 26 de l'arrêt.

⁵⁴¹ AUDIT M., « Principe de non-discrimination et transmission du nom de famille en Europe », *D.* 2004, Com. spécialement page 1477.

intérieur.⁵⁴² Si certains dénoncent à cet égard une instrumentalisation excessive du droit privé et donc du droit civil sous l'effet du droit des traités et plus particulièrement des quatre grandes libertés communautaires, ils reconnaissent aussi que l'adoption d'un code civil européen aurait pour potentiel d'atténuer voire de mettre fin à ce phénomène.⁵⁴³

Au delà de la communautarisation des droits civils internes, les législations civiles doivent aussi respecter les droits fondamentaux protégeant chaque citoyen européen.

B) La fondamentalisation des droits civils des Etats membres

151. Si les droits civils des Etats membres doivent impérativement se soumettre au droit communautaire en raison de son caractère supranational, ils doivent aussi respecter les droits dits « fondamentaux »⁵⁴⁴, formule vague et plutôt difficile à définir, qui désignerait les droits « essentiels tant à l'ordre juridique qui les porte qu'à l'humanité même de leurs titulaires »⁵⁴⁵, accordés de façon égalitaire à tous les individus à qui ils sont donc consubstantiels⁵⁴⁶. Il semble dès lors difficile de donner une liste exhaustive de ce que sont les droits fondamentaux. Ni la Cour européenne des droits de l'Homme, ni la Cour de Justice ne donnent de définition de ce terme, cette dernière l'utilisant dans de nombreux arrêts⁵⁴⁷. Même le futur traité constitutionnel de l'Union, qui consacre un article aux droits fondamentaux⁵⁴⁸ et reprend dans sa partie II la Charte des droits fondamentaux de l'Union, n'édicte aucune définition de cette notion⁵⁴⁹.

152. Nous emploierons le terme de « droits fondamentaux » pour désigner les droits

⁵⁴² PAPADOPOULOU R.-E., « Situations purement internes et droit communautaire : un instrument jurisprudentiel à double fonction ou une arme à double tranchant ? », Cahiers de droit européen 2002, n°1/2, page 97.

⁵⁴³ Dans ce sens, SCHMID C. U., « Le projet d'un code civil européen et la constitution européenne », Revue « Les Cahiers de droit », vol.46, n°1-2, mars/juin 2005, n°spécial Colloque de Laval (Québec) des 19, 20 et 21 sept. 2004, spéc. pages 124-127

⁵⁴⁴ Sur la notion de droit fondamentaux, voir : RAYNAUD J., *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*, thèse, PUAM, pages 21-27.

⁵⁴⁵ PICARD E., « Droits fondamentaux », in Dictionnaire de la culture juridique, op. cit., page 548

⁵⁴⁶ GARAUD E., « La violation d'un droit fondamental », Lamy droit des contrats, étude 245, spéc. n° 245-11.

⁵⁴⁷ Voir CJCE 18 juin 1991, ERT, Recueil 1991, I, page 2925.

⁵⁴⁸ Projet de traité constitutionnel, Partie I, Titre II, article 7.

⁵⁴⁹ Comme le fait remarquer à juste titre le Professeur ANDRIANTSIMBAZOVINA, si les droits fondamentaux ne sont pas définis dans la future constitution européenne, ils ne le sont pas davantage pas les constitutions nationales : ANDRIANTSIMBAZOVINA J., « Constitution européenne et droits fondamentaux », Compte rendu d'intervention sur <http://www.upmf-grenoble.fr/espace-europe/journal/andrian/textes/andrian.htm>.

« *effectivement proclamés et protégés devant une juridiction* »⁵⁵⁰ qu'ils soient garantis par les droits constitutionnels internes, la Convention européenne des droits de l'Homme ou la Charte des droits fondamentaux. En effet, comme le suggère l'article 6 § 2 du Traité UE, les droits fondamentaux seraient notamment ceux garantis tant par la ConvEDH que par les droits constitutionnels nationaux communs aux Etats membres et consacrés comme principes généraux du droit par le juge communautaire. Or, en pratique, la Cour de Justice s'appuie surtout sur la ConvEDH « *dont elle estime qu'elle lui donne une indication pertinente d'une tradition constitutionnelle commune aux Etats* ». ⁵⁵¹ Depuis l'adoption de la Charte des droits fondamentaux à Nice en 2000, les droits garantis doivent aussi être pris en compte en ce qu'ils ont vocation à être invoqués devant le juge communautaire, en dépit de l'adoption de la constitution européenne, qui leur octroie une dimension contraignante. En effet, dans un arrêt rendu en grande chambre le 27 juin 2006, la Cour de justice semble procéder à l'intégration de ce texte au sein du bloc de légalité communautaire.⁵⁵²

153. Cette dualité de protection des droits fondamentaux au sein de l'Union ne va pas sans poser des problèmes de coordination.⁵⁵³ En réalité, une préférence s'affiche sans conteste pour le mécanisme très protecteur du Conseil de l'Europe, la Cour de justice n'hésitant pas à se référer directement aux articles de la Convention européenne, qu'elle tend à s'approprier⁵⁵⁴, et hésitant pour le moment à utiliser sa Charte des droits fondamentaux⁵⁵⁵ dont les droits garantis ne sont pour certains qu'une simple copie de ceux garantis par la ConvEDH⁵⁵⁶. Ces deux mécanismes créent en quelque sorte un « *ordre public européen* »⁵⁵⁷

⁵⁵⁰ ANDRIANTSIMBAZOVINA J., « Constitution européenne et droits fondamentaux », Compte rendu d'intervention sur <http://www.upmf-grenoble.fr/espace-europe/journal/andrian/textes/andrian.htm>.

⁵⁵¹ SUDRE F., « Introduction », in *Réalités et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, sous la dir. de SUDRE F. ET LABAYLE H., spéc. page 11.

⁵⁵² CJCE 27 juin 2006, Parlement C/ Conseil, aff. C-540/03 : Recueil CJCE 2006, I, page 5769 ; JDI 2007, n°2, page 636 et s., note Berr C.

⁵⁵³ Voir plus loin Titre II, Chapitre 2.

⁵⁵⁴ ANDRIANTSIMBAZOVINA J., « La CEDH et la Cour de justice des Communautés européennes après le Traité d'Amsterdam : de l'emprunt à l'appropriation ? », Europe octobre 1998, chron. 7.

⁵⁵⁵ Les décisions des juridictions communautaires s'appuyant sur la Charte des droits fondamentaux sont peu nombreuses et ne concernent que le TPICE. Voir, TPICE 15 janvier 2003, Philip Morris International Inc. Et autres, affaires jointes T-377/00, T-379/00, T-380/00, T-260/01 et T-272/01 : spéc. § 122 « *Le droit à un recours effectif pour toute personne, dont les droits et libertés garanties par l'Union ont été violés, a été réaffirmé par l'article 47 de la Charte qui bien que n'étant pas dotée de force juridique contraignante, démontre l'importance dans l'ordre juridique communautaire des droits qu'elle énonce* ». Plus récemment, TPICE 14 octobre 2004, I. c/ CJCE, aff. T-256/02 : le requérant invoquait la violation des articles 20 et 21 de la Charte, ainsi que de l'article 41, ces différents griefs ayant été, après examen, rejetés par le TPICE.

⁵⁵⁶ Il est vrai que la Charte des droits fondamentaux reprend certaines formules de la CEDH. Ce n'est cependant pas une pâle copie en ce qu'elle consacre des droits nouveaux, tels que des droits économiques et sociaux ou ceux relatifs à la biotechnologie et aux multimédias, se révélant dès lors plus complète que son homologue :

auquel doivent se soumettre les droits des Etats membres, la matière civile n'échappant pas à cette règle. Dès lors, le droit civil des Etats membres est subordonné à un double contrôle « *de fondamentalité* »⁵⁵⁸ de la part du juge interne et des juges européens.

1) Le contrôle opéré par le juge national

154. Les citoyens européens tendent à invoquer de façon croissante les droits fondamentaux devant leur juge national, ce que certains auteurs appellent le « *réflexe humanitaire* » des plaideurs.⁵⁵⁹ Si les plaideurs n'ont pas ce réflexe, le juge français peut d'office soulever tout moyen tiré de la violation des droits fondamentaux, s'appuyant dans la majorité des cas sur la violation d'une disposition de la ConvEDH, puisqu'il semble ne reconnaître aucune force obligatoire à la charte communautaire des droits fondamentaux pour le moment.⁵⁶⁰ Le visage des droits civils internes se trouve dès lors modifié par le nécessaire respect des droits intangibles, donc indérogeables, tels que le droit à la vie garanti par l'article 2 ConvEDH et l'interdiction des traitements inhumains ou dégradants énoncée par l'article 3 ConvEDH, ainsi que la nécessaire protection de droits conditionnels tels que le droit au respect de la vie privée et familiale de l'article 8 ConvEDH, la liberté de religion de l'article 9 ConvEDH, ou l'interdiction des discriminations de l'article 14 ConvEDH obligatoirement combiné à une autre disposition de la convention, pour s'en tenir aux aspects les plus souvent

ANDRIANTSIMBAZOVINA J., « Constitution européenne et droits fondamentaux », Compte rendu d'intervention sur <http://www.upmf-grenoble.fr/espace-europe/journal/andrian/textes/andrian.htm>.

⁵⁵⁷ Il est très difficile de donner une définition de l'ordre public européen. Cette notion est apparue pour la première fois dans l'arrêt CEDH 23 mars 1995, *Loizidou*, la Cour affirmant que la Convention européenne des droits de l'Homme est l'instrument constitutionnel de l'ordre public européen. Pour Caroline PICHERAL, l'ordre public européen est avant tout une notion purement fonctionnelle : PICHERAL C., *L'ordre public européen : recherches sur une notion complexe en droit communautaire et droit européen des droits de l'Homme*, 1999, thèse, page 273. Voir aussi : SUDRE F., « L'ordre public européen », in *L'ordre public : Ordre public ou ordres publics ?*, sous dir. de M.-J. REDOR, pp 109-131.

⁵⁵⁸ Selon l'expression empruntée à ANDRIANTSIMBAZOVINA J., « L'enrichissement mutuel de la protection des droits fondamentaux au niveau européen et au niveau national. Vers un contrôle de fondamentalité ? », RFDA 2002, n°2, pages 124-138.

⁵⁵⁹ MARGUENAUD JP. (ss dir.), *CEDH et droit privé*, GIP Recherche Droit et justice, La documentation française, page 126 : « *On connaissait le réflexe communautaire (...). Voici que parallèlement se développe dans les prétoires un réflexe humanitaire conduisant à exploiter divers arguments tirés de la CEDH y compris à l'occasion de litiges à caractère économique* ».

⁵⁶⁰ Dans un récent arrêt Cass. Civ. 1^{ère} 13 mars 2007, Stéphane X et autre contre Procureur Général contre la Cour d'Appel de Bordeaux, la Cour de cassation affirme que « selon la loi française, le mariage est l'union entre un homme et une femme ; que ce principe n'est contredit par aucune des dispositions de la Convention européenne des droits de l'Homme et de la **Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui n'a pas en France de force obligatoire...** ». Cette décision a fait l'objet de nombreux commentaires : MASSIP J., LPA 17/07/2007, n°142, page 19 et s. ; GALLMEISTER I., D.2007, n°14, page 935 et s. ; LARRIBAU-TERNEYRE V., Droit de la Famille 2007, n°4, page 30 ; MARGUENAUD J.-P., RTDCiv 2007, page 287 et s.

invoqués devant notre Cour de cassation. Loin de mentionner de façon exhaustive de la jurisprudence de la Cour de cassation en la matière, nous ne nous appuyons que sur quelques exemples illustrant ce contrôle opéré par le juge national.⁵⁶¹

155. Le juge national peut tout d'abord s'appuyer sur la ConvEDH lorsque les parties ont soulevé devant lui un moyen tiré de la violation d'une disposition de la Convention garantissant un droit fondamental pour faire échec à une disposition interne contraire. Dans la plupart des cas, la convention est invoquée par le demandeur pour contrecarrer une décision administrative ou judiciaire. La Convention peut ainsi permettre de mettre en échec, par exemple, une mesure d'expulsion d'une mère et de ses enfants, la requérante avançant le risque pour ses filles d'être excisées par la belle-famille à leur retour en Guinée. Le juge administratif français va donner gain de cause à la requérante, affirmant que « l'excision pratiquée contre leur volonté, sur une personne ou sur des enfants, constitue un traitement inhumain et dégradant au sens de l'article 3 de la ConvEDH ».⁵⁶² Parfois, le juge national va s'appuyer sur une disposition de la Convention invoquée par les parties, non pour neutraliser une disposition interne, mais faire échec à une disposition étrangère contraire à un droit fondamental garanti par la Convention européenne. Tel était le cas dans le célèbre mais critiqué arrêt Vialaron⁵⁶³ dans lequel la Cour de cassation française a écarté, de façon audacieuse, l'application de la loi matrimoniale étrangère au nom du principe d'égalité garanti par l'article 5 du Protocole 7 additionnel à la ConvEDH.⁵⁶⁴ Enfin, le juge interne peut aussi décider de soulever d'office la violation d'une disposition de la Convention européenne, lorsque les plaideurs n'y ont pas pensé. A propos d'une clause litigieuse d'un bail à habitation, la Cour de cassation a jugé d'office, dans une affaire Mel Yédéi,⁵⁶⁵ que la clause imposée par le bailleur, ayant pour effet de priver le preneur de la possibilité d'héberger ses proches, viole l'article 8 de la ConvEDH qui garantit le droit à toute personne du respect de sa

⁵⁶¹ Pour une vision exhaustive de la jurisprudence de la Cour de cassation, notamment de sa jurisprudence la plus récente : LAURENT-BOUTOT C., *L'applicabilité des traités internationaux devant la Cour de cassation*, thèse, Limoges, 2006 ; GARCIA K., *Le droit civil européen*, thèse, Limoges, 2006 et enfin, MOUTEL B., *L'effet horizontal*, thèse, Limoges, 2006.

⁵⁶² TA Lyon 12 juin 1996, Mme Condé, D. 1998, som 304, obs. VASSEUR. Pour un commentaire : LEVINET M., « L'article 3 de la CEDH et l'excision », RTDH 1996, page 695.

⁵⁶³ Cass Civ 1^{ère} 24 février 1998, Vialaron, RTDC 1998, page 458 obs. VAREILLE B. et page 520 obs. MARGUENAUD JP.

⁵⁶⁴ MARGUENAUD JP., « L'effectivité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme en France », *Journal des droits de l'Homme* 2001, n° 1, page 7 : « il arrive aussi à la Cour de cassation elle-même de faire des applications audacieuses de la CEDH lorsque le terrain est vierge de toute interprétation préalable par la Cour européenne à l'autorité de laquelle il faudrait donner l'impression de se soumettre. C'est ainsi qu'elle a pu se faire la championne de l'interprétation extensive de l'article 5 Protocole 7 relatif à l'égalité entre époux, notamment par son arrêt Vialaron .. ».

⁵⁶⁵ Cass Civ 1^{ère} 6 mars 1996, Mel Yédéi, RTDC 1996, page 580, note HAUSER J..

vie privée et familiale. Par cette solution, le juge fait prévaloir le droit fondamental au respect de la vie privée sur le principe de force obligatoire des contrats.

156. L'utilisation des dispositions de la ConvEDH devant le juge interne ne conduit pourtant pas systématiquement à la contrariété du droit interne avec la convention. En effet, concernant les droits dits conditionnels tels que l'article 8 ou 9 ConvEDH, le juge interne peut considérer que s'il y a bien ingérence dans les droits protégés par ces dispositions, les conditions de prévisibilité, de nécessité et de proportionnalité énoncées dans leurs paragraphes 2 sont remplies et que l'ingérence peut ainsi s'en trouver justifiée sans violation des dispositions de la ConvEDH. Ainsi, la Cour de cassation française refuse de donner gain de cause aux parents qui invoqueraient une violation tant du droit au respect de leur vie privée résultant de l'article 8 ConvEDH que de leur liberté de religion telle que garantie par l'article 9 ConvEDH, lorsque doit primer l'intérêt supérieur de l'enfant, comme le démontre une affaire très commentée⁵⁶⁶, dans laquelle une Cour d'appel avait fait interdiction à une mère adepte du mouvement raëlien de mettre ses enfants en contact avec des membres de cette secte. S'appuyant sur la liberté de religion telle que protégée par la Convention, la demanderesse pensait avoir une chance de voir sa demande aboutir au vu d'une jurisprudence européenne très protectrice de cette liberté⁵⁶⁷. Or, la Cour de cassation rejette le pourvoi formé par cette mère au motif que la décision attaquée ne porte pas atteinte aux articles 8 et 9 ConvEDH puisque l'exercice des droits qu'ils garantissent est soumis « à certaines conditions commandées par le seul intérêt des enfants ». Cette affaire permet en outre de prendre conscience de la nécessaire subjectivité d'interprétation de la Convention par le juge interne. Au regard d'une jurisprudence récente de la Cour européenne, la Cour de cassation aurait pu aboutir à un raisonnement inverse. En effet, dans une affaire française⁵⁶⁸, la requérante, appartenant aux témoins de Jéhovah, conteste la décision judiciaire par laquelle a été fixée la résidence des enfants au domicile du père, en raison des préceptes éducatifs et des

⁵⁶⁶ Cass Civ 1^{ère}, 22 février 2000, n°98-12.338. : D.2001, page 398, note COURTIN ; RJPF 2000, n°6, page 28, note Nys ; PA du 4 avril 2001, note BELLOIR-CAUX ; RTDC 2000, page 558, note HAUSER J. Pour une confirmation ultérieure, voir Cass Civ 1^{ère}, 24 octobre 2000, n°98-14.386 : dans cette affaire, le juge avait suspendu le droit de visite d'un père à l'égard de ses deux jeunes filles sur lesquelles il exerçait des pressions psychologiques, exigeant notamment d'elles le port du foulard islamique et le respect de l'interdiction de se baigner en piscine publique. La Cour de cassation rejette le pourvoi formé par le père contre l'arrêt de la Cour d'Appel au motif que cette dernière n'a pas méconnu la liberté de religion telle que garantie par l'article 9 de la CEDH, sa décision étant fondée sur la considération primordiale de l'intérêt supérieur de l'enfant.

⁵⁶⁷ CEDH 25 mai 1993, Kokkinakis c/ Grèce, Les grands arrêts de la CourEDH, pages 413-422 : § 31 « Telle que la protège l'article 9, la liberté de pensée, de conscience et de religion représente l'une des assises d'une « société démocratique » au sens de la Convention. Elle figure, dans sa dimension religieuse, parmi les éléments les plus essentiels de l'identité des croyants ».

⁵⁶⁸ CEDH 16 décembre 2003, Palau-Martinez c/ France, Recueil 2003, page 688 : JTDE 2004, n°105.

contraintes religieuses inculqués par la mère à ses enfants et jugés trop sévères. La Cour européenne a donné gain de cause à la requérante et constate une violation des articles 8 et 14 ConvEDH combinés, la juridiction interne n'ayant pas réuni des éléments concrets sur la vie des enfants permettant de démontrer les incidences éventuelles de la pratique religieuse de la mère sur leur vie et leur éducation.

2) Le contrôle opéré par les juges européens

157. S'il est logique que la Cour européenne des droits de l'Homme assure le respect des dispositions de la ConvEDH, plus originale est la jurisprudence de la Cour de Justice qui tend à assurer le respect de ces mêmes dispositions, conduisant par là même à une certaine harmonisation des droits civils des Etats membres⁵⁶⁹, non seulement en matière de droit des personnes et de la famille, mais aussi de droit des obligations et de droit des biens.

a. Le contrôle opéré par la Cour européenne des droits de l'Homme

158. Comme le démontrent les nombreuses études en la matière⁵⁷⁰, la ConvEDH, peaufinée par l'interprétation dynamique qu'il en est faite par la Cour européenne, a vocation à irradier les droits civils des Etats membres de l'Union en tant que membres du Conseil de l'Europe, signataires de cette convention. Le mécanisme de protection mis en place par le Conseil de l'Europe est à la fois original et redoutablement efficace.

159. Son originalité tient à « l'opposabilité »⁵⁷¹ des droits garantis aux rapports interindividuels. En effet, on a pu croire dans un premier temps que la ConvEDH ne s'adressait qu'aux Etats parties⁵⁷² à la charge desquels la Cour a créé d'une part, des obligations dites négatives de s'abstenir de toute violation des dispositions de la convention, et, d'autre part, des obligations dites positives, d'adopter des mesures visant au respect des

⁵⁶⁹ WERRO F., « La dénationalisation du droit privé dans l'Union européenne », in *L'eupéanisation du droit privé : vers un code civil européen ?*, op. cit., spéc. page 4.

⁵⁷⁰ Voir notamment les thèses de DEBET A., *L'influence de la CEDH sur le droit civil*, Thèse, 2001 ; GRATALOUP S., *L'enfant et sa famille dans les normes européennes*, Thèse, 1999.

⁵⁷¹ MARGUENAUD JP. (ss dir.), *CEDH et droit privé*, op. cit., page 77.

⁵⁷² GARAUD E., « La violation d'un droit fondamental », Etude 245, Lamy Droit des contrats, spécialement n° 245-13.

dispositions garanties. Or, en élaborant une théorie dite de « l'effet horizontal », appliquée à certaines dispositions de la ConvEDH, la Cour a étendu l'application de la convention jusque dans les relations interindividuelles, les violations résultant en effet du fait des pouvoirs publics mais aussi de simples particuliers, dans le seul et unique but d'assurer au mieux l'effectivité des droits protégés⁵⁷³. Ce mécanisme s'est révélé efficace en raison de l'autorité interprétative liée aux arrêts de la Cour européenne, les Etats tendant à s'aligner sur la jurisprudence européenne afin de ne pas subir le courroux, et donc une condamnation pécuniaire importante, de la Cour européenne. C'est surtout en droit des personnes et de la famille, domaine de prédilection de la Convention européenne, que son influence a d'abord été ressentie par la doctrine française, en particulier après une condamnation de la France, notamment en matière de changement d'état civil des personnes transsexuelles⁵⁷⁴, qui a incité le juge français à opérer un revirement de jurisprudence dont le côté spectaculaire a été décrié⁵⁷⁵. Bien que la Cour européenne ait récemment proclamé un droit pour tout individu à l'autodétermination et à l'épanouissement personnel⁵⁷⁶, elle reconnaît la nécessité de limiter cette autodétermination, donc la volonté individuelle, pour protéger les droits fondamentaux de la personne. Ainsi, de façon générale, un individu ne peut pas renoncer aux droits garantis par la convention lorsqu'ils sont dits intangibles, donc indérogeables. Il en va de même s'il renonce à un droit dit conditionnel, donc dérogeable, dans une mesure telle que cela reviendrait à vider ce droit de sa substance même⁵⁷⁷.

160. En s'appuyant sur quelques exemples tirés de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg,⁵⁷⁸ on constate que la ConvEDH intervient dans les moindres coins et recoins du droit des personnes, s'intéressant par exemple, aux nom et prénom de la personne⁵⁷⁹, à l'embryon⁵⁸⁰ et à la procréation médicalement assistée⁵⁸¹, à l'euthanasie⁵⁸². Comme le

⁵⁷³ SUDRE F. et *alii*, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme*, pages 26-32. Voir surtout la thèse de Madame Béatrice MOUTEL : *L'effet horizontal*, thèse, Limoges, 2006.

⁵⁷⁴ CEDH 25 mars 1992, B. c/ France, Série A, page 232 ; JCP 1992, II, n°21955, note Garé T. : dans cette affaire, la Cour conclut à la violation de l'article 8 CEDH, la requérante se trouvant dans une situation globale incompatible avec le respect dû à sa vie privée.

⁵⁷⁵ Cass AP 11 décembre 1992, René X., JCP 1993, II, n°21991, concl. M. JEOL, note MEMETEAU G.

⁵⁷⁶ CEDH 29 avril 2002, *Pretty c/ Royaume Uni (Gde Chbre)*, voir § 61 ; CEDH 11 juillet 2002, I. et Christine Goodwin c/ Royaume Uni (Gde Chbre), voir § 90 : *Les grands arrêts de la CourEDH*, pages 361-363.

⁵⁷⁷ Sur le caractère non substantiel de l'atteinte : RAYNAUD J., *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*, thèse, PUAM, 2003, spéc. pages 279-308.

⁵⁷⁸ L'objet de la thèse n'est pas en effet de donner une vision exhaustive de cette jurisprudence. Nous renvoyons notamment à la thèse de Béatrice MOUTEL, précitée.

⁵⁷⁹ Sur le nom patronymique : CEDH 25 novembre 1994, *Sterjna c/ Finlande*, Série A, n°299 ; JCP 1995, I, n°3823, com. SUDRE F. Sur le prénom: CEDH 24 octobre 1996, *Guillot c/ France*, Recueil 1996, V.

⁵⁸⁰ CEDH 8 juillet 2004, *Vo c/ France*, Requête n° 53924100.

remarque Monsieur Philippe Malaurie⁵⁸³, le droit de la famille a lui aussi subi les assauts répétés de la Convention, ce droit étant désormais dominé, sous l'impulsion de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, par deux idéologies fondamentales que sont l'égalité au sein du couple⁵⁸⁴ et l'égalité entre tous les enfants⁵⁸⁵. Ainsi, en droit français, la Cour de cassation a même récemment transposé de façon extensive la jurisprudence Mazurek sur les droits successoraux en l'appliquant à l'action en retranchement.⁵⁸⁶ Par le biais de sa jurisprudence, parfois frileuse lorsqu'elle ne reconnaît pas de violation de la ConvEDH dans le refus des autorités administratives françaises d'autoriser un célibataire homosexuel à adopter un enfant⁵⁸⁷, parfois audacieuse lorsqu'elle considère que la loi anglaise s'opposant au mariage d'une personne transsexuelle viole le droit fondamental de se marier⁵⁸⁸, la Cour de Strasbourg façonne la notion de « famille » à l'échelle européenne. Le moins que l'on puisse dire est qu'elle défend la pluralité des situations familiales, que la famille soit traditionnelle ou monoparentale comme dans l'arrêt Marckx⁵⁸⁹. La Cour va même jusqu'à protéger « les liens familiaux *de facto* », ce qui ressort de sa jurisprudence X., Y. et Z.,⁵⁹⁰ dans laquelle elle admet l'existence d'une vie familiale entre un transsexuel, sa compagne et l'enfant de cette dernière né par insémination artificielle avec tiers donneur.

161. Au delà du droit des personnes et de la famille, la Convention s'est immiscée dans le droit des obligations et le droit des biens, droits plutôt économiques mais néanmoins soumis au respect des droits fondamentaux. Comme nous en avait fait prendre conscience l'arrêt *Mel Yédéi* rendu par la Cour de cassation en matière de bail d'habitation, cette intrusion s'est essentiellement produite par le canal de l'application du droit au respect de la vie privée,

⁵⁸¹ CEDH 7 mars 2006, *Evans c/ Royaume Uni* et CEDH 18 avril 2006, *Dickson c/ Royaume Uni* : JCP 2006, I, n°164, note SUDRE F.

⁵⁸² CEDH 29 avril 2002, *Pretty c/ Royaume-Uni*, requête n°. Voir GARAUD E., « Arrêt Pretty contre Royaume Uni : l'espoir déçu des partisans de l'euthanasie », RJPF 2002, n°10, page 12.

⁵⁸³ MALLAURIE P., « La CEDH et le droit civil français », JCP 2002, I, n°143, page 1123 et s.

⁵⁸⁴ Sur l'égalité en matière de transmission du nom patronymique : CEDH 22 février 1994, *Burghartz c/ Suisse*, Série A, n°280 : JCP 1995, I, n°3823, chron. SUDRE F. ; RTDH 1995, page 53, note GEORGIN.

⁵⁸⁵ Sur l'égalité entre enfants en matière successorale : CEDH 1^{er} février 2000, *Mazurek c/ France*, Rec 2000-II : JCP 2000, II, n°10286, note GOUTTENOIRE A. ET SUDRE F. ; RTDC 2000, page 429, obs. MARGUENAUD JP. ; Defrénois 2000, page 654, note MASSIP ; Les grands arrêts de la CourEDH, pages 389-395.

⁵⁸⁶ Cass Civ 1^{ère} 29 janvier 2002, RTDC 2002, page 347 note VAREILLE B. et page 865 note MARGUENAUD JP.

⁵⁸⁷ CEDH 26 février 2002, *Fretté c/ France*, Recueil 2002, I : JCP 2002, II, n° 10074, note GOUTTENOIRE A. ET SUDRE F.

⁵⁸⁸ CEDH 11 juillet 2002, I. et Christine Goodwin c/ Royaume Uni (Gde Chbre), Les grands arrêts de la Cour EDH, page 339 et s.

⁵⁸⁹ CEDH 13 juin 1979, *Marckx c/ Belgique*, série A, n°31 ; Les grands arrêts de la Cour EDH, page 370.

⁵⁹⁰ CEDH 22 avril 1997, X., Y., et Z. c/ Royaume Uni : JCP 1998, I, 107, obs. SUDRE.

tel que garanti par l'article 8 ConvEDH, jusque dans les relations entre les particuliers.⁵⁹¹ Le droit des contrats a ainsi été « la première victime »⁵⁹² de l'extension croissante, opérée par la Cour européenne, du champ d'application du droit au respect de la vie privée⁵⁹³. Dans un arrêt rendu contre l'Autriche⁵⁹⁴, la Cour européenne a considéré que le refus du transfert du bail au partenaire homosexuel survivant s'analysait en une violation des articles 8 et 14 combinés, M. Karner, requérant, ayant subi une discrimination dans la jouissance de son droit au respect de son domicile. Pour bien prendre toute la mesure de l'influence exercée dans ce domaine par la ConvEDH, il faut aussi s'attarder sur une affaire récente.⁵⁹⁵ L'arrêt *Pla et Puncernau*, bien que relatif à l'interprétation d'une clause testamentaire a en effet vocation à s'appliquer à tout acte juridique privé et donc aux contrats. En l'espèce, la défunte avait rédigé un testament instituant une substitution fidéicommissaire au bénéfice de son fils, à la condition que l'héritier devra obligatoirement transmettre la succession à un fils ou à un petit-fils issu d'un mariage légitime et canonique. Le fils de la défunte marié canoniquement adopta plénièrement un enfant. Le juge andorran considère que ce petit-fils adoptif ne peut être assimilé à un héritier au regard du testament. N'ayant pas obtenu gain de cause en droit interne, les requérants se prévalent devant la Cour strasbourgeoise de ce que l'interprétation donnée à cette clause viole les articles 8 et 14 ConvEDH combinés. Dans son remarquable paragraphe 59, la Cour affirme que « ...dans l'exercice du contrôle européen qui lui incombe, elle ne saurait rester inerte lorsque l'interprétation faite par une juridiction nationale d'un acte juridique, qu'il s'agisse d'une clause testamentaire, d'un contrat privé, d'un document public, d'une disposition légale ou encore d'une pratique administrative, apparaît comme étant déraisonnable, arbitraire ou, comme dans le cas d'espèce, en flagrante contradiction avec l'interdiction de discrimination établie à l'article 14 ConvEDH et plus largement avec les principes sous-jacents à la Convention ».

⁵⁹¹ CEDH 26 mars 1985, X. et Y. c/ Pays Bas, Série A, page 91 : cet arrêt affirme pour la première l'effet horizontal de l'article 8 CEDH.

⁵⁹² MARGUENAUD JP., « Chronique Sources internationales », RTDC 2004, page 263.

⁵⁹³ Pour un panorama de cette notion extensive qu'est la vie privée : voir, Les grands arrêts de la Cour EDH, pages 315-370. Pour un arrêt récent, CEDH 12 juin 2003, Van Kück c/ Allemagne (violation de l'article 8 CEDH quant au refus des tribunaux d'ordonner le remboursement à une personne transsexuelle des frais complémentaires afférents à sa conversion sexuelle) : MARGUENAUD JP., « Chronique Sources internationales », RTDC 2004, page 363.

⁵⁹⁴ CEDH 24 juillet 2004, Karner c/ Autriche, Requête n° 400016/98 : voir, FRUMER P., « La discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans les relations de partenariat ou de cohabitation : une question d'intérêt général devant la Cour européenne des droits de l'Homme », RTDH 2004, pages 663-687.

⁵⁹⁵ CEDH 13 juillet 2004, Pla et Puncernau c/ Andorre, Requête n° 69498/01 : RTDC 2004, page 804, com. MARGUENAUD JP. ; AJDA 2004, page 1812, note FLAUSS JF. ; JCP 2005, II, n°10052, page 744, note BOULANGER F. ; JCP 2005, I, n°103, page 83, n°15, note Sudre F. ; RDC 2005, n°3, note SEFTON-GREEN R., page 645.

162. Il y a fort à parier que les conséquences de cette jurisprudence sur le droit des obligations, et surtout des contrats, seront de la plus haute importance. En effet, on peut déjà entrevoir des violations potentielles de clauses contractuelles soit discriminatoires, soit contraires à ce « principe sous-jacent » à la ConvEDH qu'est le respect de la dignité humaine⁵⁹⁶. Il semble en effet que, ces dernières années, la dignité ait été largement mise à mal par des clauses contractuelles d'aliénation du droit à l'image ou de renonciation à l'intimité de sa vie privée, telles qu'elles ont fleuries dans les contrats d'intermittents du spectacle proposés aux candidats à des jeux de télé-réalité⁵⁹⁷, jeux de plus en plus racleurs, mettant en danger les droits fondamentaux de l'humanité toute entière. On ne peut qu'inciter ces victimes consentantes à saisir les juges internes puis européens d'une violation de l'article 8 ConvEDH mais aussi, au vu de l'exploitation commerciale et mercantile d'un droit à l'image apparaissant comme aliéné, d'une violation de l'article 1^{er} du Protocole I additionnel à la ConvEDH, qui garantit le droit pour chacun au respect de ses biens⁵⁹⁸. L'application de cet article au droit des contrats est d'autant plus pertinent que depuis un arrêt *Sovtransavto Holding*⁵⁹⁹, l'article 1^{er} du Protocole 1 est pourvu de l'effet horizontal, ce qui oblige l'Etat à faire respecter cette disposition jusque dans les relations interindividuelles, et donc contractuelles.

163. Concernant d'ailleurs le droit des biens, branche souvent négligée du droit civil, l'article 1^{er} du Protocole I modèle pas à pas la notion de « bien », la Cour européenne l'entendant de façon « extra large » comme tout droit ayant une valeur patrimoniale.⁶⁰⁰ Loin

⁵⁹⁶ FRUMER P., *La renonciation aux droits et libertés – La convention européenne des droits de l'Homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, thèse page 307 : « Dans le contexte européen, il est indubitable que le principe de respect de la dignité humaine est sous-jacent à toutes les dispositions de la Convention européenne des droits de l'Homme ».

⁵⁹⁷ Sur ce problème, voir GARAUD E., « La violation d'un droit fondamental », Etude 245, Lamy Droit des contrats, spéc. n°245-77 portant sur les contrats déshumanisants.

⁵⁹⁸ En matière de contrats, l'article 1^{er} du protocole I est de plus en plus souvent invoqué devant la Cour européenne par les requérants lorsque le contrat a engendré des conséquences pécuniaires. Pour des constats de violation de l'article 1^{er} du Protocole 1 : CEDH 5 janvier 2000 (gde chbre), *Beyeler c/ Italie*, Requête n° 33202/96, à propos d'une vente d'une œuvre d'art remise en question par l'exercice du droit de préemption par le Ministère du patrimoine culturel italien en raison du comportement fautif du requérant ayant omis de déclarer qu'il était le détenteur du bien ; pour une vente d'appartement remise en cause par une décision judiciaire attribuant la propriété du requérant à l'Etat, CEDH 26 novembre 2002, *Nagy c/ Roumanie*, Requête n° 32268/96 ; enfin, sur l'annulation d'un contrat de donation, en application d'une loi sur la propriété foncière, obligeant les requérants à restituer sans indemnisation les biens, CEDH 12 janvier 2002, *Zvolsky et Zvolska c/ République Tchèque*, Requête n° 46129/99., Recueil 2002-IX.

⁵⁹⁹ CEDH 25 juillet 2002, *Sovtransavto Holding c/ Ukraine*, Requête n° 48553/99, Recueil 2002-VII: SUDRE F., Chronique droit européen des droits de l'Homme, JCP 2002, I, n° 257.

⁶⁰⁰ La notion de bien comprend les droits réels, les propriétés incorporelles et les créances : MALLAURIE P., AYNES L., *Les biens*, Manuel, Defrénois, 2004, page 3. Pour la jurisprudence de la Cour européenne, la notion de « bien » s'entend de façon autonome. Ainsi, certains droits et intérêts passant pour des actifs peuvent passer pour

de dresser un panorama d'une jurisprudence foisonnante, on notera que c'est par le biais de cet article 1^{er} du Protocole I que la Cour européenne s'est intéressée au droit patrimonial de la famille⁶⁰¹, en s'attaquant aux droits successoraux dans le retentissant arrêt *Mazurek* rendu contre la France, ou plus récemment, au régime de l'indivision, dans une affaire *Allard* contre Suède⁶⁰², dans laquelle la Cour européenne a jugé que l'Etat suédois n'avait pas ménagé un juste équilibre entre l'intérêt général à maintenir un système d'indivision qui fonctionnait et l'intérêt de la requérante à conserver sa maison, démolie parce que construite sans le consentement des copropriétaires. De l'avis d'un commentateur rompu à la jurisprudence européenne, la solution donnée par la Cour dans cet arrêt « *pourrait bien avoir des prolongements vers d'autres questions de droit des biens* ». ⁶⁰³ Enfin, dans un arrêt *Draon et Maurice*, rendu en grande chambre, la Cour affirme qu'une créance en réparation, susceptible de naître de l'application d'une jurisprudence bien établie, doit être considérée comme un bien au sens de l'article 1^{er} du Protocole 1. Une créance est donc un bien dans la mesure où il existe une espérance légitime de la voir concrétiser. ⁶⁰⁴

164. Pour assurer le respect des droits fondamentaux, la Cour européenne s'appuie donc quasi-exclusivement sur les dispositions de sa convention. Cependant, il lui arrive de faire référence à d'autres textes ou jurisprudences internationaux afin de mieux asseoir sa solution. Ainsi, la Cour emprunte très rarement au droit communautaire des droits fondamentaux. ⁶⁰⁵ *A contrario*, nous allons voir que la CJCE s'appuie exclusivement sur la

des « droits de propriété » et donc pour des biens au sens de l'article 1^{er} Protocole 1. Le droit au respect de ses biens peut même être invoqué en l'absence d'un titre de propriété, comme le souligne l'arrêt CEDH 18 juin 2002, *Oneryildiz c/ Turquie*, Requête n° 48939/99 ; Les grands arrêts de la Cour EDH, page 497 ; pour un commentaire de cet arrêt : LAURENT C., « Un droit à la vie en matière environnementale reconnu et conforté par une interprétation évolutive du droit des biens pour les habitants des bidonvilles », RTDH 2003, page 261 et s. On peut aussi mentionner l'arrêt CEDH 14 février 2006, *Lecarpentier C/ France*, concernant la déchéance, du fait d'une loi rétroactive, du droit des prêteurs aux intérêts de leurs prêts, intérêt patrimonial que les requérants pouvaient légitimement espérer. Il y a donc violation de l'article 1^{er} du protocole 1, puisqu'il y a privation de propriété. Voir le commentaire de Monsieur Eric GARAUD : « La loi de validation intervenue dans l'affaire du tableau d'amortissement méconnaît le droit au respect des biens », LPA 3 mai 2006, n°88, page 12 et s.

⁶⁰¹ Pour un panorama de l'incidence de la CEDH sur le droit patrimonial de la famille : MARGUENAUD JP. ET ALLII, « Les conséquences patrimoniales du divorce au regard de la CEDH », Defrénois 2003, n°24, page 1596 et s. Les auteurs envisagent notamment les violations potentielles de la CEDH pouvant être invoquées à l'encontre du régime de la prestation compensatoire.

⁶⁰² CEDH 24 juin 2003, *Allard c/ Suède*, Requête n°35179/97 : MARGUENAUD JP., « Chronique Sources internationales », RTDC 2003, page 763.

⁶⁰³ MARGUENAUD JP., « Chronique Sources internationales », RTDC 2003, page 763.

⁶⁰⁴ CEDH gde chbre 6 octobre 2005, *Draon et Maurice c/ France* : il y a violation en l'espèce de l'article 1^{er} protocole 1 par la France. La loi de 2002, dite « anti-perruche », a purement et simplement supprimé avec effet rétroactif une partie essentielle des créances en réparation des requérants, dont le montant était élevé.

⁶⁰⁵ Pour un emprunt à la Charte des droits fondamentaux de l'Union, voir l'arrêt CEDH 11 juillet 2002 (gde chbre), *Christine Goodwin c/ Royaume Uni* : où la Cour européenne s'appuie, pour consacrer un droit au mariage des personnes transsexuelles avec une personne de même sexe biologique, sur le texte de l'article 9 de la

ConvEDH, bien qu'elle possède désormais son propre système de protection des droits fondamentaux.

b. Le contrôle opéré par la Cour de Justice des Communautés européennes

165. Bien que le droit communautaire raisonne en termes d'objectifs à atteindre, il n'en demeure pas moins qu'il accorde une place importante au respect des droits fondamentaux, qu'ils soient garantis par la ConvEDH et par les traditions constitutionnelles communes aux Etats membres⁶⁰⁶ comme le dispose l'article 6 § 2 du Traité UE, ou par la Charte des droits fondamentaux de l'Union qui ne deviendra contraignante qu'à l'entrée en vigueur de la future constitution européenne. Des trois options textuelles s'offrant à lui, le juge communautaire affiche, en pratique, une nette préférence pour la première⁶⁰⁷, délaissant son propre système de protection des droits fondamentaux mis en place par la Charte de Nice.⁶⁰⁸ Pourtant, la Charte des droits fondamentaux consacre des droits autonomes tels que le droit à la dignité⁶⁰⁹ ou le droit à l'intégrité physique⁶¹⁰, droits protégés par le biais des articles 2, 3 et 8 ConvEDH, le principe de dignité étant un principe sous-jacent à la cette convention⁶¹¹. Sans s'appuyer expressément sur la Charte, la CJCE a récemment confirmé⁶¹²

Charte des droits fondamentaux, en ce qu'il définit le droit au mariage sans faire référence à l'homme et la femme, pour interpréter plus largement l'article 12 CEDH, plus restrictif que la Charte.

⁶⁰⁶ MENGOZZI P., « Les principes fondamentaux du droit communautaire et le droit des Etats membres », Revue UE 2002, n°3, page 435 et s.

⁶⁰⁷ SUDRE F., « Introduction », in *Réalités et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, page 11 : l'auteur souligne qu'en pratique la jurisprudence de la CJCE s'appuie le plus souvent sur la CEDH dont la Cour estime qu'elle lui donne une indication pertinente d'une tradition constitutionnelle commune aux Etats membres.

⁶⁰⁸ Sur ce point, on peut déplorer le peu d'engouement de la part de la Cour de Justice pour la charte, certains auteurs qualifiant le comportement de la Cour d'attentiste par rapport au TPICE.

⁶⁰⁹ Article II-61 : « La dignité humaine est inviolable. Elle doit être respectée et protégée ».

⁶¹⁰ Article II-63 : « Toute personne a droit à son intégrité physique ou mentale »

⁶¹¹ Voir la thèse de FRUMER P., *La renonciation aux droits et libertés – La convention européenne des droits de l'Homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, op. cit infra, page 307. L'auteur explique, à la note de bas de page n° 1208, que si le mot dignité ne figure pas expressément dans la convention européenne, il n'en était pas moins présent dans la pensée des pères de la convention et que la dignité constitue aujourd'hui l'un des principaux motifs de violations, notamment des articles 3, 5, et 8 CEDH.

⁶¹² CJCE 9 octobre 2001, Pays Bas c/ Parlement européen et Conseil, aff. C-377/98, Recueil 2001 page 7079 : en l'espèce, les Pays Bas demandaient l'annulation de la directive du 06/07/1998 relative à la protection juridique

que le droit fondamental à la dignité humaine et à l'intégrité de la personne humaine faisaient partie du droit de l'Union⁶¹³. S'appuyant sur la tradition allemande protectrice de la notion de dignité, la CJCE a considéré, dans une affaire *Omega Spielhallen*, que le droit communautaire ne s'oppose pas à l'interdiction prononcée par les autorités allemandes à l'encontre de l'exploitation commerciale de jeux de simulation d'actes homicides, cette activité portant atteinte à la dignité humaine, et donc à un droit fondamental, ce qui justifie une restriction de la libre prestation de services de la société Omega.⁶¹⁴

166. Il faut attendre l'arrêt Parlement contre Conseil, rendu en grande chambre le 27 juin 2006, pour voir la première application explicite par la Cour de justice de sa charte de Nice, même si au final la Cour conclut à la non contrariété de la directive en cause avec les droits fondamentaux.⁶¹⁵ Dans cette affaire, le Parlement européen avait saisi le juge communautaire afin d'obtenir l'annulation de certaines dispositions de la directive de 2003, relative au regroupement familial, permettant aux Etats membres de déroger dans certains cas aux obligations imposées par ce texte. Le Parlement soutenait en l'espèce que ces dispositions ne respectaient pas les droits fondamentaux, notamment le droit à la vie familiale et le droit à la non-discrimination, tels que garantis notamment par les articles 8 et 14 ConvEDH, et les articles 7 et 21 § 1 de la charte de Nice.⁶¹⁶ La Cour de Luxembourg accepte de contrôler la légalité des dispositions communautaires tant à la lumière de la ConvEDH que la Charte. En effet, elle se réfère explicitement au texte communautaire protecteur des droits fondamentaux. D'une part, elle observe que, dans la directive en cause, le législateur affirme que les dispositions de la directive sont soumises au respect des dispositions en question tant en ce qui concerne la ConvEDH que la Charte. D'autre part, elle considère que les droits garantis par la charte ne sont que la reprise à l'identique de ceux protégés par la ConvEDH, suivant le raisonnement du Parlement européen pour qui l'objectif général de la Charte n'est que de réaffirmer les droits fondamentaux résultant notamment des traditions constitutionnelles et des obligations internationales communes aux Etats membres.⁶¹⁷ Par conséquent, bien que

des interventions biotechnologiques notamment au motif qu'elle violerait, concernant la brevetabilité d'éléments isolés du corps humain, les principes de dignité et d'intégrité de la personne humaine.

⁶¹³ Arrêt CJCE précité, points n°70 à 77.

⁶¹⁴ CJCE 14 octobre 2004, *Omega Spielhallen und Automatenaufstellungs GmbH*, aff. C-36/02.

⁶¹⁵ CJCE gde chbre 27 juin 2006, Parlement c/ Conseil, aff. C540/03 : JCP 2007, I, n°109, § 2, note L. CORBION.

⁶¹⁶ Il faut en effet noter que le Parlement européen invoquait également le Pacte international relatif aux droits civils et politiques ainsi que la Convention de New-York relatif aux droits de l'enfant.

⁶¹⁷ CJCE gde chbre 27 juin 2006, Parlement c/ Conseil, précité : § 38.

dépourvue *a priori* de force juridique contraignante,⁶¹⁸ la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne recouvre grâce au juge communautaire une utilité. Elle fait ainsi son entrée dans le bloc de légalité communautaire, la Cour de justice lui conférant la même valeur que celle qu'elle accorde à la ConvEDH. Peut être que cette jurisprudence sera en pratique limitée dans son application aux seuls droits identiques existants dans les deux textes. Force est donc d'admettre que l'utilisation actuelle de la Charte est encore bien en deçà de celle que fait la Cour de justice de la ConvEDH.

167. Il ressort en effet de la jurisprudence de la CJCE que le juge communautaire applique de façon immédiate la Convention européenne, n'hésitant pas à exploiter de façon littérale la jurisprudence de la Cour européenne⁶¹⁹. Ce phénomène, pourtant récent puisque la Cour s'appuyait auparavant sur des principes généraux du droit communautaire dont l'utilisation est aujourd'hui devenue obsolète⁶²⁰, tend à s'accroître. Deux arrêts récents rendus contre l'Autriche le prouvent. Dans une première affaire *Österreichischer Rundfunk*⁶²¹, rendue à propos de la compatibilité de la directive relative à la protection des données à caractère personnel avec une loi autrichienne, la CJCE a interprété les dispositions de ladite directive à la lumière de l'article 8 de la ConvEDH, opérant une stricte application de la jurisprudence de la Cour européenne dont elle s'approprie et reproduit à l'identique le raisonnement. Ainsi, après avoir rappelé la définition de la vie privée donnée par la Cour européenne et conclu à une ingérence, la Cour de Luxembourg contrôle si les conditions de prévisibilité, de nécessité et de proportionnalité énoncées par le § 2 de l'article 8 de la ConvEDH sont bien remplies⁶²². Par un phénomène de mimétisme, la Cour de justice semblerait ainsi subordonner la législation communautaire au strict respect des droits protégés par la ConvEDH.⁶²³

168. Quelques semaines plus tard, la CJCE a franchi une étape supplémentaire dans un

⁶¹⁸ Comme en atteste l'arrêt Cass. Civ. 1^{ère} 13 mars 2007, rendu dans l'affaire dite des mariés de Bègle, le maire ayant procédé à la célébration d'un mariage homosexuel, la Cour de cassation affirme que « la **Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne... n'a pas en France de force obligatoire...** ». Cette décision a fait l'objet de nombreux commentaires : MASSIP J., LPA 17/07/2007, n°142, page 19 et s. ; GALLMEISTER I., D.2007, n°14, page 935 et s. ; LARRIBAU-TERNEYRE V., Droit de la Famille 2007, n°4, page 30 ; MARGUENAUD J.-P., RTDCiv 2007, page 287 et s.

⁶¹⁹ PICHÉRAL C., « Chronique Droit communautaire des droits fondamentaux », RTDH 2004, page 723.

⁶²⁰ MENGGOZZI P., « Les principes fondamentaux du droit communautaire et le droit des Etats membres », Revue droit UE 2002, n°3, pages 435 et s.

⁶²¹ CJCE 20/05/2003, *Österreichischer Rundfunk c/ Autriche*, aff. Jtes C-465/00 et C-138 et 139/01.

⁶²² MAUBERNARD C., « Chronique Droit communautaire des droits fondamentaux », RTDH 2004, pages 724-725.

⁶²³ MAUBERNARD C., *précité*.

arrêt *Schmidberger*⁶²⁴, plus remarqué par la doctrine. En l'espèce, le requérant, transporteur routier, a tenté devant les juridictions autrichiennes de faire condamner l'Etat au versement de dommages-intérêts en raison du préjudice subi par son entreprise du fait de l'immobilisation de ses véhicules sur l'autoroute de Brenner, immobilisation due à une manifestation non interdite par les autorités autrichiennes. Saisie d'une question préjudicielle, la Cour de justice n'a pas laissé passer l'occasion de se prononcer sur la question de la conciliation des libertés communautaires et des droits fondamentaux garantis par la ConvEDH, à savoir en l'espèce les libertés d'expression et de réunion découlant des articles 10 et 11 ConvEDH. Le principe qu'elle énonce est sans équivoque, la CJCE affirmant que la protection des droits fondamentaux « *constitue un intérêt légitime de nature à justifier en principe une restriction aux obligations imposées par le droit communautaire, même en vertu d'une liberté fondamentale garantie par le Traité telle que la libre circulation des marchandises* »⁶²⁵. En déduire que la CJCE opère une hiérarchie entre ses propres normes et celles de la ConvEDH constituerait une grave erreur. Les libertés communautaires économiques peuvent elles aussi être considérées comme des libertés fondamentales. Elle ne fait qu'inciter le juge interne à opérer une mise en balance salutaire entre les exigences communautaires imposées aux Etats membres en matière de marché intérieur et le nécessaire respect des droits fondamentaux tels que garantis par la ConvEDH.⁶²⁶ En l'espèce, c'est le droit à la liberté d'expression et de manifestation qui « prime » sur la liberté de circulation. Dans une autre affaire, la Cour pourra aboutir à la solution inverse.

169. Ces deux arrêts de 2003 illustrent bien la place plus qu'importante faite à la Convention européenne. Nombreux sont les arrêts rendus dans lesquels la Cour de justice soumet les législations civiles internes au respect des droits fondamentaux découlant de la ConvEDH. Pour ne prendre qu'un exemple parmi d'autres, la CJCE, dans l'affaire *Mary Carpenter* précitée, a proclamé un droit fondamental au respect de la vie familiale, ce qui a permis à l'épouse philippine d'un ressortissant britannique de se prévaloir d'un titre de séjour. En l'espèce, la CJCE relève que la décision d'expulsion de Mme Carpenter constitue une ingérence non proportionnée dans l'exercice par l'époux de celle-ci de son droit au respect de sa vie familiale au sens de l'article 8 ConvEDH, lequel fait partie des droits fondamentaux

⁶²⁴ CJCE 12 juin 2003, Eugen Schmidberger c/ Autriche, aff. C-112/00 ; RTDH 2004, page 435, note Vial C.; RTDC 2003, page 773, note RAYNARD J. ; Europe août/sept. 2003, n°15, note Rigaux A. et Simon D.

⁶²⁵ Arrêt CJCE précité, point n° 74.

⁶²⁶ On peut rapprocher cette mise en balance de celle que peut être amenée à opérer la Cour européenne des droits de l'Homme dans une affaire où s'opposent deux libertés fondamentales garanties par les dispositions de la Convention.

protégés dans l'ordre juridique communautaire.⁶²⁷ Faut-il pour autant en conclure que la CJCE applique de façon aveugle la Convention et la jurisprudence de la Cour européenne ? Il est vrai qu'elle tend à suivre les évolutions jurisprudentielles de la Cour européenne. Ainsi, concernant le droit au respect du domicile des personnes morales, que la Cour de Strasbourg garantit sous l'angle de l'article 8 ConvEDH depuis l'arrêt *Société Colas Est*⁶²⁸, la CJCE est revenue sur une jurisprudence ancienne⁶²⁹ dans laquelle elle avait affirmé que l'article 8 ConvEDH ne pouvait s'appliquer mutatis mutandis aux locaux professionnels des personnes morales. Six mois après l'arrêt de la Cour européenne, la CJCE a, dans une affaire *Roquettes Frères SA*⁶³⁰, décidé de prendre en compte et d'appliquer la jurisprudence *Société Colas Est*, de façon cependant limitée. Il faut aussi souligner que dans la plupart des arrêts où la CJCE conclut à une violation de la ConvEDH, elle ne pense pas à faire référence à sa propre Charte des droits fondamentaux ne fût qu'à titre d'interprétation ou d'argumentation supplémentaire, contrairement à la Cour de Strasbourg qui, à l'image de l'arrêt *Christine Goodwin*, s'arc-boute sur l'article 9 de la Charte de l'UE, garantissant le droit de se marier sans référence aucune ni à l'homme ni à la femme, pour interpréter l'article 12 ConvEDH comme conférant un droit au mariage aux personnes transsexuelles.⁶³¹

170. Pour conclure, tant le droit communautaire de façon directe et indirecte, que le droit européen des droits de l'Homme modèlent, subrepticement mais en profondeur, les législations civiles des Etats membres. Partant, un droit civil européen émerge sans pour autant être encore complet et exhaustif. Il permet d'espérer à l'élaboration à plus ou moins court terme d'un droit commun européen sous forme de principes ou de code. Il reste dès lors à déterminer de façon plus précise le champ d'application *rationae materiae* à assigner à ce droit commun européen.

⁶²⁷ CJCE 11 juillet 2002, *Mary Carpenter*, aff. C-60/00, points n°41 et 43.

⁶²⁸ CEDH 16 avril 2002, *Sté Colas Est c/ France*, Requête n° 37971/97 : « *les personnes morales ont le droit de voir leur domicile respecté* » (§ 41).

⁶²⁹ CJCE 21 septembre 1989, *Hoescht AG c/ Commission*, Recueil 1989 page 2859 : la CJCE était appelé à se prononcer sur un recours en annulation d'une décision d'inspection adoptée par la Commission vis-à-vis d'entreprises allemandes suspectées d'avoir mis sur pied une entente. L'entreprise requérante invoquait l'illégalité de la décision pour atteinte aux droits fondamentaux reconnus par le droit communautaire.

⁶³⁰ CJCE 22 octobre 2002, *Roquettes Frères SA*, aff. C-94/00 : dans son point 29, la Cour souligne que, concernant la protection des locaux commerciaux des sociétés, il convient de tenir compte de la jurisprudence de la Cour européenne postérieure à l'arrêt *Hoescht*, jurisprudence dont il ressort que la protection du domicile garantie par l'article 8 CEDH peut être étendue dans certaines circonstances particulières aux dits locaux.

⁶³¹ CEDH 11 juillet 2002, *I. et Christine Goodwin c/ Royaume Uni (Gde Chbre)* : *Les grands arrêts de la Cour EDH*, page 339 et s.

Paragraphe II – Les contours de la matière civile : le périmètre du code civil européen

171. Comme tout projet de codification, le choix d'un périmètre pour le code doit être déterminé. Nous avons démontré que le droit civil, par sa fonction qualifiable de « matricielle », est le droit commun par excellence, dont la cohérence permettra de remédier au chaos communautaire. Nous avons également observé qu'émerge un droit civil européen, droit matériel aspirant à régler toutes les relations entre particuliers et pas seulement les relations économiques. Dès lors, surgit la délicate question de la définition du mot « civil » dans l'appellation « code civil européen ». Quelle définition de la matière civile doit être prise en compte ? Celle donnée par les différents Etats membres ou par les instances communautaires ? Ne doit-on pas au contraire s'interroger sur la pertinence de codifier les différentes matières qui composent le droit civil, pris dans son sens large, afin de déterminer le champ d'application matériel du futur code ? C'est ce sur quoi la doctrine française et étrangère s'interroge, la majorité considérant que l'entreprise de codification doit se limiter au seul droit des contrats. Restreindre le code à un domaine étriqué ne pourrait cependant qu'aller à l'encontre d'une conception unitaire du droit civil et remettre en question les objectifs de généralité et de cohérence assignés au code. Une distinction s'impose donc entre l'approche de la matière civile prévalant au sein de l'Union européenne (A) et la tendance qui ressort des divers projets doctrinaux de codification (B).

A) L'approche prévalant au sein de l'Union européenne

172. En droit français, le droit civil est la branche maîtresse du droit privé. On retrouve d'ailleurs cette branche fondamentale du droit privé dans tous les pays de la famille romano-germanique.⁶³² Comme nous l'avons déjà souligné, il est indubitable que six ou sept siècles d'existence du jus commune ont contribué à cet état des choses,⁶³³ le droit privé romain étant le fondement sur lequel s'est progressivement édifié le droit privé des Etats d'Europe

⁶³² DAVID R. ET JAUFFRET-SPINOSI C., *Les grands systèmes de droit contemporains*, op. cit., pages 63 et s.

⁶³³ PRIETO C., « Un code civil européen : de l'utopie à la prospective juridique », PA du 7/05/2004, page 23 ; STEIN P., *Le droit romain et l'Europe – Essai d'interprétation historique*, Bruylant, 2003 : l'auteur décrit la naissance et l'impact du droit romain, son influence unificatrice continue dans l'Europe médiéval puis moderne. Dans le même sens, ZIMMERMANN R., *The law of obligation : Roman foundation of the civilian tradition*, Oxford, 1986.

continentale.⁶³⁴ A l'opposé, les pays anglo-saxons de *common law* ignorent la *summa divisio* opposant le droit privé au droit public et retiennent donc une acception différente de la matière civile, singulièrement au niveau des institutions et concepts juridiques. Le projet de codification étant communautaire et donc par essence supranational, il semble inconcevable de déterminer le champ d'application *rationae materiae* du code au regard des droits internes.

173. Or, face à une pluralité d'acceptions de la matière civile, le droit communautaire a considéré, notamment à travers le contentieux lié à la Convention de Bruxelles de 1968⁶³⁵, que la notion de « matière civile » devait être interprétée de façon autonome, en se référant au système et aux objectifs de la convention en cause, et non être comprise comme renvoyant à la loi nationale des Etats contractants.

1) La pluralité de définitions données par les Etats membres

174. Chaque Etat membre possède une acception de la matière civile qui lui est propre, et ce en dépit de son appartenance aux pays de droit romano-germanique. En effet, même si cette famille de droit présente de nombreux points communs, avec une certaine correspondance des catégories reçues qui se retrouve dans les institutions et les concepts⁶³⁶, la définition donnée à cette branche du droit par les Etats membres ne recouvre pas forcément les mêmes matières.

175. En droit français, le droit civil est, selon la formule de Carbonnier, « *le droit privé lui même, moins les rameaux spécialisés qui s'en sont, à différentes époques détachées* ». ⁶³⁷ Il est vrai qu'historiquement, le droit civil comprenait à l'origine en son sein la quasi-totalité du droit privé⁶³⁸. Il s'est vu progressivement amputé de pans entiers, certains ayant acquis leur autonomie, tels le droit commercial, en raison de son caractère transnational, puis le droit du travail, en raison de la spécificité de son enjeu, et enfin, plus récemment, le droit de la

⁶³⁴ « Préface » in STEIN P., *Le droit romain et l'Europe – Essai d'interprétation historique*, Bruylant, 2003, page IX.

⁶³⁵ GAUDEMET-TALLON H., *Les conventions de Bruxelles et de Lugano, Compétence internationale, reconnaissance et exécution des jugements en Europe*, 2^{ème} édition, 1996.

⁶³⁶ DAVID R. ET JAUFFRET-SPINOSI C., *Les grands systèmes de droit contemporains*, page 65 spécialement.

⁶³⁷ CARBONNIER J., *Droit civil, Tome I*, PUF, 25^{ème} éd., n°64.

⁶³⁸ GHESTIN J. et GOUBEAUX G. (sous la dir.), *Traité de droit civil, Introduction générale, Tome I*, LGDJ, 1990, page 49.

consommation.⁶³⁹ La matière civile ne constitue plus qu'une partie, quoique encore importante, du droit privé. Cependant, le droit civil se manifeste comme « *le droit commun et le tronc commun des relations entre particuliers* ». ⁶⁴⁰ En effet, malgré la naissance de branches nouvelles nées de leur séparation d'avec le droit civil, ce dernier constitue, même au sein de ces branches, le droit général, celui qui a vocation à intervenir dans tous les cas non réglés par une disposition spéciale ou en l'absence de règles contraires ne contredisant pas l'esprit des branches spéciales, détachées du droit civil. ⁶⁴¹

176. Pour Messieurs Gérard Cornu et Philippe Malaurie, le terme « droit civil » englobe classiquement l'ensemble des règles relatives aux biens, aux sûretés, aux personnes, à la famille et aux obligations. ⁶⁴² De façon moins désincarnée, le droit civil est « *le droit du citoyen lambda applicable aux situations les plus courantes, voire les plus banales qu'il peut rencontrer dans sa vie : naissances, mariages, décès, achats, ventes, louages, accidents automobiles ou ménagers ...* » ⁶⁴³. Cette définition coïncide généralement avec celle donnée par les autres Etats membres. Mais lorsque l'on entre dans le détail, lorsqu'on feuillette les codes nationaux, les matières que l'on retrouve dans le code civil français ne sont pas toujours celles figurant dans le code civil belge, allemand ou italien. A titre d'exemple, le code civil italien comprend une partie V sur le droit du travail, matière autonome du droit civil en France. La récente réforme ⁶⁴⁴ du code civil allemand Bürgerliches Gesetzbuch, déclenchée par la nécessité de transposer la directive de 1999 sur certains aspects de la vente et les garanties de biens de la consommation, a été l'occasion d'y introduire de nombreuses lois portant sur le droit de la consommation, à l'exception toutefois de la loi sur les produits

⁶³⁹ SERIAUX A., « Droit civil », in *Dictionnaire de la culture juridique*, sous dir. de ALLAND S. ET RIALS S., pages 435/439.

⁶⁴⁰ CARBONNIER J., *Droit civil, Tome I*, PUF, 25^{ème} éd., n°64.

⁶⁴¹ GHESTIN J. et GOUBEAUX G. (sous la dir.), *Traité de droit civil*, Introduction générale, Tome I, LGDJ, 1990, page 49.

⁶⁴² CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, PUF, 2000, page 147 : le Professeur CORNU semble par la présente définition ne fait que reprendre les différentes matières civiles dispensées à tout étudiant en droit pendant quatre années ; dans le même sens, MALAURIE Ph., « La pensée juridique du droit civil au XX^{ème} siècle », JCP 2001, n°283, page 9 : « *il est un terme du sujet dont il est inutile de débattre longuement, parce qu'il est supposé connu ; le droit civil. Il faut le prendre tel qu'il est compris dans l'enseignement supérieur en France : sources, personnes, incapacités, biens, obligations, contrats spéciaux, régimes matrimoniaux, successions et sûretés. Ou plutôt, le droit commun, comme on disait naguère* ».

⁶⁴³ SERIAUX A., « Droit civil », in *Dictionnaire de la culture juridique*, sous dir. de ALLAND D. ET RIALS S., page 438.

⁶⁴⁴ Loi sur la modernisation du droit des obligations du 26/11/2001: entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2002. Pour une appréciation critique : voir, DAUNER-LIEB B., « Vers un droit européen des obligations ? Enseignements tirés de la réforme allemande du droit des obligations », RIDC 2004, n°3, spécialement pages 560-561.

défectueux.⁶⁴⁵ En France, le droit de la consommation, en raison d'une divergence d'objectifs avec le droit des contrats, fait l'objet d'un code séparé.

177. Au delà de la diversité des matières incluses dans la notion de droit civil, c'est singulièrement au niveau des institutions et des concepts juridiques que le fossé se creuse entre les droits des Etats membres. Si on s'attache à un concept clé tel que celui d' « obligations », qui s'avère être la partie centrale des droits civils des pays de traditions romano-germaniques, on s'aperçoit qu'à l'opposé, ce concept est inconnu des pays anglo-saxons, le terme même d' « obligations » n'ayant pas de traduction en anglais.⁶⁴⁶ La forte disparité résidant entre les Etats membres dans la définition de la matière civile conduit à se pencher sur le point de savoir si le droit communautaire, en tant que droit supranational ayant vocation à s'appliquer de manière semblable sur l'ensemble des territoires, ne donne pas une définition de la matière civile qui lui serait propre et pourrait ainsi servir de point de départ à la détermination du périmètre du futur code civil européen.

2) La définition retenue par les instances communautaires

178. Le droit communautaire ou droit de l'Union est très largement indifférent à la *summa divisio* droit privé et droit public, et selon Madame Laurence Idot, ignore même le droit civil en tant que tel.⁶⁴⁷ Même le Parlement européen, initiateur du projet de codification, ou la Commission, appelée à se prononcer sur ce projet, n'ont pas cru bon de le définir. Ainsi, la Commission européenne, qui désire que le projet se limite au droit des contrats, semble entendre la matière contractuelle de manière « *surprenante* ».⁶⁴⁸ Or, afin que le droit communautaire reçoive une application uniforme dans tous les Etats membres, la Cour de Justice des communautés européennes a livré une « interprétation autonome » de la notion de

⁶⁴⁵ SCHLEY M., « La grande réforme du droit des obligations en Allemagne », D.2002, chron., p. 1738 ; WITZ C., « La nouvelle jeunesse du BGB insufflée par la réforme du droit des obligations », D.2002, chron., p. 3156 : l'auteur considère que le BGB reflète à nouveau le contenu réel du droit général des obligations (p.3158).

⁶⁴⁶ STEIN P., *Le droit romain et l'Europe – Essai d'interprétation historique*, Bruylant, 2003, spécialement page 65. Dans le même sens, SEFTON-GREEN R., « Le défi d'un droit commun des obligations », in *Variations autour d'un droit commun*, sous dir. de M. DELMAS-MARTY, page 443.

⁶⁴⁷ IDOT L., « Rapport introductif », in BERGE J.S. ET NIBOYET M.L., *La réception du droit communautaire en droit privé des Etats membres*, op. cit., page 24.

⁶⁴⁸ IDOT L., « Rapport introductif », in BERGE J.S. ET NIBOYET M.L., *La réception du droit communautaire en droit privé des Etats membres*, op. cit., page 24 : « A cet égard est particulièrement édifiante la liste dressée par la Commission sur l'état de l'intervention communautaire en droit des contrats qui figure en annexe de la communication précédemment évoquée. Elle a effectivement de quoi surprendre un civiliste et résume la situation. »

matière civile.⁶⁴⁹ Cette méthode a pour principal but de ne pas recourir à l'interprétation de concepts juridiques connus en droit interne « *afin d'éviter la naissance de divergences d'interprétation entre les différents ordres juridiques des Etats membres* ». ⁶⁵⁰ Ainsi, par ce biais, la Cour de Justice donne une dimension communautaire à certaines notions. Cela a pour conséquence de lier pour l'avenir le juge interne qui, dans le cas d'une situation communautaire, sera obligé d'interpréter la notion telle que définie par la CJCE.

179. C'est à propos du contentieux relatif à l'interprétation du champ d'application de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968⁶⁵¹ que la Cour de Luxembourg va, pour la première fois dans un arrêt *Eurocontrol*⁶⁵², s'appuyer sur la méthode d'interprétation autonome pour définir la « matière civile », telle que visée à l'article 1^{er} de la Convention de 1968. En effet, cet article exclut expressément du champ d'application *rationae materiae* de la convention certaines matières telles que le droit des personnes ou le droit patrimonial et extrapatrimonial de la famille⁶⁵³. Il ne faut pas pour autant en déduire qu'en droit communautaire, le droit des personnes ou de la famille ne font pas partie de la sphère du droit civil mais plutôt que concernant cette convention plus précisément, la notion de matière civile doit être entendue dans un sens restrictif et pour ainsi dire économique, la convention n'excluant pas de son champ d'application les obligations alimentaires ou les donations⁶⁵⁴.

180. La jurisprudence de la CJCE se révèle donc insuffisante pour énoncer clairement

⁶⁴⁹ GAUDEMET-TALLON H., « Droit privé et droit communautaire : quelques réflexions », RMCUE 2000, spécialement page 234.

⁶⁵⁰ AUDIT M., « L'interprétation autonome du droit international privé communautaire », JDI 2004, n°3, page 790 spécialement.

⁶⁵¹ JO CE n° L 299 du 31 décembre 1972.

⁶⁵² CJCE 14 octobre 1976, *LTU c/ Eurocontrol*, aff. C-29/76, Recueil 1976, page 1541 ; CJCE 15 mai 2003, *Préservatrice foncière TIARD c/ Etat néerlandais*, aff. C-266/01, BICC 2003 n°838 : JDI 2004, page 646, obs. BISCHOFF : la Cour considère que relève de la notion de "matière civile et commerciale", au sens de la première phrase de cette disposition, une action par laquelle un Etat contractant poursuit, auprès d'une personne de droit privé, l'exécution d'un contrat de droit privé de cautionnement qui a été conclu en vue de permettre à une autre personne de fournir une garantie exigée et définie par cet Etat, pour autant que le rapport juridique entre le créancier et la caution, tel qu'il résulte du contrat de cautionnement, ne correspond pas à l'exercice par l'Etat de pouvoirs exorbitants par rapport aux règles applicables dans les relations entre particuliers.

⁶⁵³ L'article 1^{er} alinéa 2 b) de la Convention de 1968 exclut de son champ d'application le statut personnel des personnes physiques, à savoir toutes les questions concernant à titre d'exemple la nationalité, le nom, les incapacités, le début et la fin de la personnalité juridique, ou l'absence. De la même façon, il écarte expressément de son champ d'application les rapports de famille extrapatrimoniaux, tels que les questions ayant trait au mariage ou à la filiation, ainsi que les rapports de famille patrimoniaux, concernant les régimes matrimoniaux, les testaments ou les successions. Voir GAUDEMET-TALLON H., *Les conventions de Bruxelles et de Lugano*, op. cit., page 24.

⁶⁵⁴ La convention s'applique aux obligations alimentaires, ce qui ressort de l'arrêt *De Calvel* : CJCE 6 mars 1980, *De Calvel*, aff. C-120/79. Elle n'exclut pas non plus les donations, sauf si elles sont successorales ou liées à une question de régime matrimonial. Voir GAUDEMET-TALLON H., *Les conventions de Bruxelles et de Lugano*, page 26.

une définition de la matière civile car elle est d'une part, purement finaliste, opérée dans la seule perspective de la mise en œuvre de la Convention de Bruxelles, et d'autre part, purement casuistique, la Cour se contentant de déterminer à l'étude de chaque contestation en cause si elle doit être incluse ou exclue du champ d'application de la Convention de Bruxelles, la définition de la matière civile se construisant plus souvent de façon négative que positive. On peut toutefois rechercher si la CJCE interprète de façon autonome, mais aussi plus précise, certains notions dès lors considérées comme communautaires et se substituant aux notions nationales, notions propres à déterminer au mieux le champ d'application *rationae materiae* du futur code civil européen. Toujours concernant le contentieux lié à la Convention de Bruxelles⁶⁵⁵, la Cour de Justice s'est en particulier livrée à une interprétation autonome des notions de « matière contractuelle » et de « matière délictuelle ». La CJCE a ainsi précisé que le contrat devait être compris comme « *un engagement librement assumé d'une partie envers une autre* »⁶⁵⁶. *A contrario*, elle définit la matière délictuelle comme comprenant toute demande qui vise à mettre en jeu la responsabilité d'un défendeur et qui ne se rattache pas à la responsabilité contractuelle⁶⁵⁷. De la même façon, dans un arrêt du 17 janvier 2006, la Cour de cassation française rappelle que « *la notion de matière contractuelle au sens de l'article 5 § 1 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 est une notion autonome qui ne se confond pas avec la qualification que la loi nationale applicable donne au rapport juridique en cause* ». ⁶⁵⁸ Dès lors, elle considère en l'espèce que le mandat d'ester en justice donné par un crédit-bailleur à un crédit-preneur ne pouvait conférer à l'action engagée par ce dernier à l'encontre du fabricant sur le fondement d'un manquement à l'obligation de délivrance et subsidiairement de la garantie des vices cachés, une nature contractuelle au sens de ladite Convention. A l'image de la CJCE, la cour de cassation française délivre une définition négative, affirmant au cas par cas que telle action relève ou non de la matière contractuelle ou délictuelle. ⁶⁵⁹

⁶⁵⁵ Contentieux concernant en effet l'interprétation de l'article 5 de la Convention qui offre au demandeur un choix d'option de compétence judiciaire, selon que l'on se trouve en matière contractuelle ou délictuelle.

⁶⁵⁶ CJCE 17 juin 1992, Jakob Handte c/ TMCS, aff. C-26/91, Rec. I, page 3697, point n° 15 ; CJCE 27 octobre 1998, Réunion européenne, aff. C-51/97, Rec. I, page 6511, point n°17 ; CJCE 5 février 2004, Frahuil SA, aff. C-265/02 : Procédures mai 2004, com. n°104, note Nourissat C.

⁶⁵⁷ Pour un exemple récent, où il s'agissait de savoir si une action juridictionnelle préventive, introduite par une association de protection des consommateurs, en vue de faire interdire l'utilisation par un commerçant de clauses jugées abusives dans des contrats avec des particuliers, est de nature contractuelle ou délictuelle : CJCE 1^{er} octobre 2002, Henkel, aff. C-167/00, Recueil I, page 8111, point n° 36 et s. (nature délictuelle).

⁶⁵⁸ Cass. Civ. 1^{ère}, 17 janvier 2006, Société Koogar, pourvoi n°02-12745 : Bull. civ. I, n°19 ; D. 2006, IR, page 322.

⁶⁵⁹ Sur la nature de l'action intenté par le sous-acquéreur : Cass. Civ. 1^{ère}, 27 janvier 1993, Bull. civ. I, n°34, page 22 ; Cass. Com. 22 juin 1999, pourvoi n°98-11882, inédit titré. Voir aussi : Cass. Com 16 mars 1999, pourvoi n°95-12136, arrêt dans lequel la cour considère que ne relève pas de la matière contractuelle mais de la

181. Il résulte cependant de la plupart des directives ou des règlements ayant communautarisé les législations civiles des Etats membres que le législateur communautaire se refuse le plus souvent de donner une interprétation autonome de certaines notions. Si on prend l'exemple de la notion de « famille », que l'on retrouve notamment dans les directives relatives au regroupement familial⁶⁶⁰, il n'existe pas à l'heure actuelle de définition autonome de la famille en droit communautaire. On ne peut pas parler de « modèle communautaire » de la famille⁶⁶¹, malgré une tendance jurisprudentielle communautaire à une approche très traditionnelle de la famille et à une approche plutôt restrictive de celle-ci en matière de regroupement familial⁶⁶². En effet, la jurisprudence récente relative au « partenariat enregistré » entre deux personnes de même sexe⁶⁶³, met en lumière cette approche traditionnelle, la Cour refusant d'assimiler un partenaire à un « conjoint » au sens du statut des fonctionnaires communautaires au motif que le terme « conjoint » renvoie à l'idée de mariage et que le mariage désigne « *selon la définition communément admise par les Etats membres, (...) une union entre deux personnes de sexe différent* »⁶⁶⁴.

182. Au delà de l'absence de définition pure et simple de certains notions primordiales, il arrive que le législateur communautaire définisse un même terme dans une directive mais pas dans une autre. Ainsi, la notion de « dommage » est bien définie dans la directive sur la responsabilité du fait des produits défectueux mais ne l'était pas dans la

matière délictuelle l'action par laquelle le destinataire de marchandises reconnues avariées à l'issue d'un transport maritime puis terrestre, réclame réparation de son préjudice. Pour un autre exemple récent : Cass. Civ. 1^{ère}, 4 juillet 2006, Bull. civ. I, n°342, page 295 ; la cour considère que l'action du maître d'ouvrage contre le fabricant n'est pas de nature contractuelle au sens de l'article 5 § 1 de la convention de Bruxelles, en l'absence d'engagement librement consenti par le second à l'égard du premier.

⁶⁶⁰ Voir récemment, Directive du 22 septembre 2003 sur le regroupement familial, JO UE L 251 du 3 octobre 2003, page 12.

⁶⁶¹ RAMET S., *Le droit communautaire et la famille*, thèse, page 14. Dans le même sens : IDOT L., « Rapport introductif », in BERGE J.S. ET NIBOYET M.L., *La réception du droit communautaire en droit privé des Etats membres*, page 36. L'auteur explique que le législateur communautaire n'a pas une conception uniforme de la famille, ayant même une approche très juridique de celle-ci.

⁶⁶² GAUDEMET-TALLON H., « La famille face au droit communautaire », in *Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille*, Actes de colloque, pages 97-98.

⁶⁶³ CJCE 31 mai 2001, D. et Royaume de Suède, aff. C-122/99. Pour un commentaire, DEVERS A. et NOURISSAT C., « Le partenariat homosexuel devant la Cour de justice des communautés européennes », D. 2001, jur., page 3380 et s. ; BERTHOU K. ET MASSELOT A., « Le mariage, les partenariats et la CJCE : ménage à trois », RTDH 2004, page 679 et s.

⁶⁶⁴ Arrêt précité, point n°34. L'arrêt D., par sa définition stricte du mariage, participerait à la construction de cette « famille européenne » caractérisée par une vision conservatrice, vision qui n'est pas en phase avec l'évolution progressiste de la conception de la cellule familiale dans les Etats membres : BERTHOU K. ET MASSELOT A., *précités*.

directive relative aux voyages à forfait.⁶⁶⁵ On peut donc conclure que ni le législateur communautaire, ni la CJCE ne donnent une définition satisfaisante, tant de la matière civile que de ses composantes. Ainsi, il semble plus que difficile de délimiter le champ d'application *rationae materiae* du code civil européen. D'où la nécessité d'examiner les différents projets privés ayant vocation à servir de base pour le futur code et de s'interroger sur la pertinence des matières retenues par les divers groupes de travail.

B) La tendance ressortant des projets de codification

183. Mains groupes de travail, composés le plus souvent d'universitaires, parfois de praticiens et d'experts, se sont constitués, pour les plus précurseurs, dès les années 70 et se sont multipliés à la suite du projet d'un code commun lancé par le Parlement, spécialement ces quatre dernières années. Leurs travaux, assimilables à des « codifications privées », ne sont pas à proprement parler du droit communautaire⁶⁶⁶, les règles qui en découlent n'étant pas émises par les instances de l'Union. Ces travaux purement doctrinaux n'ont pas instamment de valeur contraignante. Certains projets, tels que les travaux de la Commission Lando et ceux du Study group de Monsieur Christian Von Bar, ont cependant été financés par l'Union européenne⁶⁶⁷, cette dernière justifiant ainsi à leur égard d'un vif intérêt.

184. Il ressort de l'étude des différents travaux présentés par les groupes de travail qu'ils portent, en majorité et ce de façon très aboutie, sur le droit des obligations et plus particulièrement des contrats, ramenant ainsi le projet de code civil européen à un code européen des contrats ou des obligations. Pour autant, il semble malaisé face à l'émergence d'un droit civil européen investissant largement le droit des personnes et de la famille, de vouloir faire l'économie d'une harmonisation de ces matières, surtout dans l'optique d'un code civil se voulant « l'expression du droit commun »⁶⁶⁸.

⁶⁶⁵ Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, Un droit européen des contrats plus cohérent-Un plan d'action, précitée, point n°20.

⁶⁶⁶ AUBRY H., *L'influence du droit communautaire sur le droit français des contrats*, thèse sous la dir. d'A. Ghozi, PUAM, 2002, page 24 spécialement.

⁶⁶⁷ DEBET A., « Le code européen des contrats - Avant projet », RDC octobre 2003, page 218.

⁶⁶⁸ NORMAND S., « L'expérience québécoise de recodification du droit civil », Journal des Tribunaux-Droit européen 18/03/2004, n°spécial Bicentenaire du code civil, page 233.

1) La limitation du projet de codification au droit des obligations et des contrats

185. Les groupes de travail qui se sont très tôt constitués ont préféré confiner leurs études au droit européen du contrat, et ce bien avant que la Commission ne décide de circonscrire son plan d'action au seul droit des contrats. La commission Lando, du nom de son coordinateur danois Monsieur Ole Lando et dont l'idée de sa constitution est née en 1974 lors d'une conférence donnée à Copenhague sur le projet de la future convention de Rome mais qui n'a été formée courant des années 1980, cantonne dès le départ son projet à l'élaboration de « Principes de droit européen du contrat »⁶⁶⁹ aux motifs essentiels que le domaine des contrats est celui le plus investi par le législateur communautaire mais aussi celui « pour lequel il est essentiel d'avoir une conception largement unitaire de la réglementation juridique afin de surmonter les obstacles au commerce et les distorsions du marché » intérieur⁶⁷⁰. L'académie des privatistes européens de Pavie, créée à la suite d'un colloque organisé dans cette ville en octobre 1990, sous la coordination de Monsieur Giuseppe Gandolfi, a pour sa part élaboré un véritable avant projet⁶⁷¹, livrant un code « clé en main » aux instances communautaires, code consacré au contrat, « nerf le plus profond de la réalisation du marché intérieur »⁶⁷² et vu comme « l'instrument voué à l'approvisionnement du marché intérieur »⁶⁷³. Ce groupe, à l'instar de la commission Lando, part en effet du constat qu'il manque à la construction européenne une armature en droit du contrat pour donner plein effet à la Communauté économique.⁶⁷⁴ Tant le projet Lando que le projet Gandolfi ambitionnent d'être la première étape d'un code européen des contrats, voire du

⁶⁶⁹ Ces principes ont dans un premier temps reçu un faible écho de la part de la doctrine française, comme le soulignait : MAZEAUD D., « La commission Lando : le point de vue d'un juriste français », in *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, page 141. Pour des études récentes : FENOUILLET D. ET REMY-CORLAY P., *Les concepts contractuels français à l'épreuve des Principes du droit européen du contrat*, Dalloz, 2003 ; C. PRIETO, *Regards croisés sur les principes du droit européen du contrat et sur le droit français*, PUAM, 2003 ; voir aussi, TALLON D., « Les principes pour le droit européen du contrat : quelles perspectives pour la pratique ? », *Defrénois* 2000, art. n°37182 ; FAGES B., « Quelques évolutions du droit français des contrats à la lumière des principes de la Commission Lando », *D.2003*, chron. Page 2396 et s. ; LEMAIRE H. ET MAURIN A., « Droit français et principes européens du contrat », n° spécial LPA 07 mai 2004, « Code civil : les défis d'un siècle nouveau », page 38 et s.

⁶⁷⁰ COMMISSION POUR LE DROIT EUROPEEN DU CONTRAT, *Les Principes du droit européen du contrat*, version fr. préparée par ROUHETTE G., DE LAMBERTERIE I., TALLON D. ET WITZ C., 2003, page 21.

⁶⁷¹ ACADEMIE DES PRIVATISTES EUROPEENS, *Code européen des contrats-Avant-projet*, op. cit., Milan Giuffré, 2001. Voir, GANDOLFI G., « Le code européen des contrats », in DUNAND J.-Ph. et WINIGER B., *Le code civil français dans le droit européen*, Bruylant 2005, page 275 et s.

⁶⁷² DUFWA B., « Observations préliminaires », in *Code européen des contrats-Avant-projet*, op. cit., page XXXVI.

⁶⁷³ RUFFINI-GANDOLFI M.-L., « Problèmes d'unification du droit en Europe et le code européen des contrats », *RIDC* 2002, n°4, page 1093.

⁶⁷⁴ PRIETO C., « Une culture contractuelle commune en Europe », in *Regards croisés sur les principes du droit européen du contrat et sur le droit français*, page 42.

code civil européen.⁶⁷⁵ Dans une autre optique, l'Acquis Group⁶⁷⁶, fondé en 2002 en réaction aux activités de l'Union sur le terrain du droit européen des contrats, cherche à mettre en lumière les « Principles of Existing EC contract law », soit les principes du droit communautaire existant ou actuel des contrats, à faire le point sur l'acquis communautaire en droit des contrats, sans pour autant formuler des principes en la matière.⁶⁷⁷

186. Bien que le choix de se limiter au seul droit des contrats puisse s'expliquer d'une part par la plus grande facilité à faire accepter une convergence du droit des contrats que du droit des personnes ou de la famille, et d'autre part, par l'ampleur de la tâche même circonscrite à la seule matière des contrats, Madame Catherine Prieto⁶⁷⁸ démontre combien le projet d'élaborer un droit commun des contrats se révèle en soi insuffisant au vu des objectifs mêmes que s'assignent ces deux groupes de travail. Selon elle, élaborer un droit européen des contrats pour assurer le bon fonctionnement du marché intérieur et encourager les flux transfrontaliers nécessite avant tout la mise sur pied d'un droit commun des obligations⁶⁷⁹, ce que l'on ne peut qu'approuver. En effet, même si le contrat occupe une place importante au sein du droit civil des Etats membres et si « *en droit privé, tout ou presque est contrat ou fini par le devenir* »⁶⁸⁰, le droit commun européen émergent ne doit pas être circonscrit au contrat, sous peine de perdre sa qualité de tronc commun, auprès duquel les autres branches du droit privé se rattachent et peuvent y puiser des solutions.

187. C'est pourquoi d'autres projets privés, tels le groupe de Trente et le groupe Von Bar, se sont penchés sur le droit des obligations dans son ensemble, y englobant l'étude du

⁶⁷⁵ LANDO O., « Principles of european contract law : an alternative to or a precursor of european legislation ? », AJCL 1992, page 573 ; GANDOLFI G., « Pour un droit européen des contrats », RTDC 1992, page 707.

⁶⁷⁶ Voir le site officiel du groupe de travail : <http://www.acquis-group.org>.

⁶⁷⁷ Un premier volume a été édité, en anglais et en français, en 2002 par SCHULTE-NÖLKE H. ET SCHULZE R., en collaboration avec le français LUDOVIC BERNARDEAU, sur le droit des contrats à l'aune du droit communautaire (*European contract law in community law*). Le second volume a été édité en 2003, en anglais seulement, par SCHULZE R., EBERS M., GRIGOLEIT HC., *Information requirements and formation of contract in the acquis communautaire*, Morh Siebeck.

⁶⁷⁸ PRIETO C., « Pour l'expérimentation d'un droit commun des contrats sous l'égide d'un institut du droit européen », in *Regards croisés sur les principes du droit européen du contrat et sur le droit français*, spécialement pages 78-79.

⁶⁷⁹ Il faut cependant noter que la commission Lando a consacré la troisième partie de ses travaux (Chapitres 10 à 17) à certains sujets fondamentaux du droit des obligations. *A contrario*, le groupe Gandolfi n'a pas souhaité consacrer de titre au régime des obligations.

⁶⁸⁰ Selon l'expression de CHARBIT N., « L'esperanto du droit : la rencontre du droit communautaire et du droit des contrats », PA 26 novembre 2001, page 8. Voir aussi sur l'idée de contractualisation du droit de la famille : FENOUILLET D. ET DE VAREILLES-SOMMIERES P., *La contractualisation de la famille*, Economica, 2001.

droit des contrats, du droit de la responsabilité et du droit des biens⁶⁸¹, socle commun sur lequel la plupart des codes civils en Europe se sont construits. Le groupe de Trente, dont le projet de common core⁶⁸² a été lancé en 1995 par Messieurs Bussani et Mattéi⁶⁸³, est divisé en trois groupes de recherche sur le droit des contrats, le droit de la responsabilité et le droit des biens.⁶⁸⁴ Cette recherche a déjà abouti à la publication de plusieurs ouvrages, concernant notamment la bonne foi ou l'exécution des contrats.⁶⁸⁵ De la même manière, le Study Group⁶⁸⁶ emmené par le controversé⁶⁸⁷ Christian von Bar, a déployé ses efforts sur le noyau dur du droit des obligations mais aussi sur le droit des biens immobiliers. Le code Von bar se compose pour le moment de dix livres consacrés pour l'essentiel aux obligations contractuelles, aux contrats spéciaux, à la responsabilité et à la propriété, dans lesquels il reprend et intègre les principes dégagés par la Commission Lando.⁶⁸⁸ Au-delà de ces projets et dans une approche plus sectorielle, un *European group on tort Law*, créé en 1993 par Monsieur Jaap Spier, cherche à identifier les principes communs du droit européen de la responsabilité au-delà de l'approche fragmentaire communautaire en la matière.⁶⁸⁹ Les diverses publications de ce groupe de travail depuis 1998 témoignent de sa volonté à apporter une pierre à l'édifice du code civil européen en matière de droit de la responsabilité. Enfin, un groupe de travail sous la direction de Monsieur Ulrich Drobnig, s'est récemment engagé dans l'étude d'un régime européen des sûretés personnelles et réelles.⁶⁹⁰

⁶⁸¹ SEFTON-GREEN R., « Le défi d'un droit commun des obligations », in *Variations autour d'un droit commun*, op. cit., page 443 : « la définition du droit des obligations renvoie pour tous au socle commun que composent le droit des contrats, de la responsabilité et des quasi-contrats ». Il est à noter que l'auteur fait partie du groupe de Trente sur le Common core.

⁶⁸² KASIRER N., « The Common core of European private law in boxes and bundles », ERPL 2002, n°3, page 417 et s.

⁶⁸³ BUSSANI M. ET MATTEI H., « Le fonds commun du droit privé européen », RIDC 2000, n°1, page 29 et s. ; BUSSANI M., « Contrepoints sur le droit commun des obligations », in *Variations autour d'un droit commun*, op. cit., page 467 et s.

⁶⁸⁴ SEFTON-GREEN R., « Le défi d'un droit commun des obligations », in *Variations autour d'un droit commun*, op. cit., page 444.

⁶⁸⁵ ZIMMERMANN R. ET WHITTAKER S., *Good faith in European contract law*, Cambridge university press, 2000 ; Gordley J., *The enforceability of promises in European contract law*, Cambridge university press, 2001. Les publications à venir porteront notamment sur la responsabilité contractuelle, l'erreur en droit des contrats, la propriété.

⁶⁸⁶ VON BAR C., « Le groupe d'études sur un code civil européen », RIDC 2001, n°1, page 125 et s. ; même auteur, « Des principes européens à la codification : perspectives d'avenir pour le droit privé européen », Les annonces de la Seine 3/06/2002, n°33, page 1.

⁶⁸⁷ LEQUETTE Y., « Quelques remarques à propos du code civil européen de M. von Bar », chron. D. 2002, page 2202 et s.

⁶⁸⁸ PRIETO C., « Une culture contractuelle commune en Europe », in *Regards croisés sur les principes du droit européen du contrat et sur le droit français*, pages 45-46.

⁶⁸⁹ NOURISSAT C., « Droit civil de l'Union européenne », D.2003, chron. Page 1323.

⁶⁹⁰ DROBNIG U., « Traits fondamentaux d'un régime européen des sûretés personnelles », in *Mélanges offerts à Philippe Simler*, 2006, page 315 et s. Après avoir formulé des principes généraux en matière de sûretés personnelles, ce groupe de travail s'est engagé à faire de même en matière de sûretés personnelles. Pour l'auteur, en dépit des différences théoriques existants entre ces deux types de sûretés, l'une appartenant au droit

188. S'il est louable de traiter du droit des obligations dans son ensemble, il faut déplorer le dessein de ces projets de se focaliser, à travers le domaine des obligations, sur « *le [seul] droit privé patrimonial* »⁶⁹¹ de l'Union pour le Common core et de la même façon « *sur le [seul] plan du droit patrimonial* » pour le Study group⁶⁹², pour lequel il est certes plus facile de trouver une base juridique à l'action communautaire. Pourtant, il n'y a pas « *de séparation rigide entre les questions personnelles et familiales d'un côté et le monde économique de l'autre* »⁶⁹³. Face à l'éruption d'un droit civil européen tant patrimonial qu'extrapatrimonial, le droit commun européen devra renfermer en son sein tant le droit des obligations que le droit des personnes et de la famille, un code civil « *formant un tout* ». ⁶⁹⁴

2) La nécessaire extension au droit des personnes et de la famille

189. La question de l'harmonisation du droit des personnes et de la famille relève du sujet tabou. La doctrine française et étrangère⁶⁹⁵ argue du fait que ces domaines sont trop fortement imprégnés de considérations culturelles, religieuses propres à chaque Etat membre⁶⁹⁶, toute idée d'harmonisation ou d'unification en la matière apparaissant saugrenue

des contrats l'autre au droit des biens, ces deux branches présentent un ensemble de points communs. Son groupe de travail a pour conséquent opter dans la mesure du possible pour une unification des méthodes de travail dans ces deux domaines.

⁶⁹¹ BUSSANI M., « Contrepoints sur le droit commun des obligations », in *Variations autour d'un droit commun*, op. cit., page 467, in fine.

⁶⁹² VON BAR C., « Le groupe d'études sur un code civil européen », RIDC 2001, n°1, page 130 : « *A l'heure actuelle, l'objectif ne peut être que de créer une sorte de droit fondamental sur le plan du droit patrimonial pour le Etats membres de l'Union européenne* ».

⁶⁹³ GAUDEMET-TALLON H., « La famille face au droit communautaire », in *Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille*, Actes de colloque, page 87.

⁶⁹⁴ CORNU G., « Un code civil n'est pas un instrument communautaire », D.2002, chron. page 351.

⁶⁹⁵ Voir notamment, pour la doctrine française, FAUVARQUE-COSSON B., « Faut-il un code civil européen ? », RTDC 2003, page 473 : pour qui, il faut opérer un tri entre « *les branches du droit à forte charge culturelle et émotionnelle* » et celle à forte connotation économique, les premières ne pouvant faire l'objet d'une codification. Pour la doctrine étrangère : HONDIUS E., « Finding the law in a new millennium prospects for the development of civil law in European union », *Mélanges Tallon*, page 93 : « *there is a little doubt in my mind that a future civil code should also deal with other traditional areas of civil law, such as family law...* »; BASEDOW J., « Rapport de synthèse : Quel droit privé pour l'Europe ? », in *La réception du droit communautaire en droit privé des Etats membres*, op. cit., page 254 : « *Il n'y a pas à l'heure actuelle le moindre indice pour une initiative qui s'étendrait au delà du droit des obligations* ». Pour le droit des biens, des personnes, de la famille, des successions, « *pour des raisons multiples, on ne voit toutefois ni la possibilité, ni la nécessité d'une harmonisation générale du droit matériel dans ces domaines* ».

⁶⁹⁶ JAMIN C., « Un droit européen des contrats ? », in *Le droit privé européen*, page 40 : « *on songe moins à bâtir un droit européen de la famille, des régimes matrimoniaux ou des successions, parce que ces domaines apparaissent très imprégnés de culture ou tradition de tel ou tel système juridique* ». POILLOT-PERUZETTO S., « L'incidence du droit communautaire sur le droit de la famille », Journées de la CEDECE, octobre 2000,

et des plus mal venues. L'autre argument avancé à l'encontre d'une harmonisation du droit des personnes et de la famille tient au fait que la diversité des règles internes en la matière ne porte pas à conséquence quant au fonctionnement du marché intérieur. Partant, l'harmonisation du droit des personnes et de la famille ne devrait pas avoir lieu. Il faut croire au contraire, comme l'affirme si remarquablement Madame Hélène Gaudemet-Tallon, que des « rapprochements sont rendus opportuns à la fois parce que les libertés fondamentales interfèrent nécessairement avec le droit des personnes et de la famille, et parce que philosophiquement, l'Europe en construction ne saurait se limiter à être un marché unifié mais doit avoir une dimension « humaniste » »⁶⁹⁷. En effet, la communautarisation directe et surtout indirecte du droit des personnes et de la famille démontrée et rapportée plus haut, implique qu'à terme l'Union prenne position de façon uniforme sur des notions telles que la famille, le mariage, ou l'enfant, laissées pour une large part à l'appréciation des droits internes. Si on continue à penser que le droit communautaire ne devrait pas se mêler pour autant du droit des personnes et de la famille, il est permis d'objecter qu'on ne peut prendre en compte l'être humain ressortissant de l'Union sous le seul sceau de « l'*homo economicus* »⁶⁹⁸ et que la diversité des législations des Etats membres ne permet pas au droit communautaire d'offrir une véritable base de protection de la personne, de l'être humain.⁶⁹⁹

190. Consciente de la nécessité d'harmonisation en ces domaines, la « Commission on European family law » ou Commission pour un droit européen de la famille, créée en septembre 2001, a pour objectif principal, sur la base d'une étude comparative des droits des Etats membres, de formuler des Principes de droit européen de la famille. Tout laisse à penser que cette entreprise aboutira avec succès, en raison de tendances européennes communes se dessinant en droit de la famille. Il ressort de nombreuses études⁷⁰⁰ que l'évolution du droit de la famille se mesure à travers plusieurs tendances que l'on retrouve dans la plupart des pays

intervention consultable sur <http://www.peruzetto.com> : « *le droit de la famille est le domaine symbolique, le noyau dur, de sorte que les Etats s'y accrochent comme un élément de leur identité* ».

⁶⁹⁷ GAUDEMET-TALLON H., « Droit privé et droit communautaire : quelques réflexions », RMCUE 2000, page 228.

⁶⁹⁸ GAUDEMET-TALLON H., « Droit privé et droit communautaire : quelques réflexions », RMCUE 2000, page 228.

⁶⁹⁹ BERGE J-S., « Le droit communautaire dévoyé : le cas Blood », JCP 2000, doct. I, n°206, page 292.

⁷⁰⁰ Sur l'ensemble des évolutions du droit de la famille en Europe : DEKEUWER-DEFOSSEZ F., *Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille*, Actes de colloque, LGDJ, 1996 ; MEULDERS-KLEIN M-T., *La personne, la famille et le droit – 1968/1998. Trois décennies de mutations en Occident*, 1999 ; DUTOIT B., ARN R., SFONDYLIA B., TAMINELLI C., *Le divorce en droit comparé*, Travaux et recherches du centre de droit comparé et européen, Genève, 2000 ; BOELE-WOELKI K., *Perspectives for the unification and harmonisation of family law in Europe*, Actes du colloque d'Utrecht des 11 au 14 décembre 2002, Intersentia, 2003.

européens. En effet, on constate que la famille se recentre sur l'enfant tout en constatant que la procréation n'est plus la finalité du mariage, qu'elle devient plus égalitaire que ce soit au sein du couple ou entre les enfants, qu'elle tend à se multiplier dans ses structures au point de ne plus parler de « la famille » mais « des familles ». ⁷⁰¹ Ces tendances communes s'expliquent avant tout par l'harmonisation naturelle consentie par les Etats membres et liée à l'influence de la Convention européenne des droits de l'Homme dans un tel domaine. ⁷⁰² Tant les aspects extrapatrimoniaux que patrimoniaux du droit de la famille devront faire partie intégrante du droit commun européen. Concernant le droit des régimes matrimoniaux et des successions, les instances européennes multiplient les études en ce domaine ⁷⁰³, laissant transparaître leur volonté de proposer des éléments propres à permettre d'élaborer une législation européenne des régimes matrimoniaux et des successions.

⁷⁰¹ RYSSEN B., « « Présentation générale du congrès », LPA 7/05/2004, n° spécial « le code civil : les défis d'un nouveau siècle », page 11.

⁷⁰² MEULDERS-KLEIN M-T., « Quelle unité pour le droit de la famille en Europe ? », RMCUE 2000, page 329 spéc. ; MALAURIE P., « La CEDH et le droit civil français », JCP 2002, I, n°143, page 1123 : pour cet auteur, la CEDH est une donnée majeure du droit contemporain.

⁷⁰³ DÖRNER H. ET LAGARDE P., *Etude de droit comparé sur les règles de conflit de juridictions et de conflits de lois relatives aux testaments et successions dans les Etats membres de l'Union européenne*, consultable sur le site : http://europa.eu.int/comm/justice_home/doc_centre/civil/studies/doc/testaments_successions_fr.pdf ; ainsi que DG « Espace de liberté, de sécurité et de justice », *Etude sur les régimes matrimoniaux des couples non mariés et sur le patrimoine des couples non mariés dans le droit international privé et le droit interne des Etats membres* : disponible sur [http://europa.eu.int/comm/justice_home/doc_centre/civil/studies/doc/regimes /report_regimes_030703_fr.pdf](http://europa.eu.int/comm/justice_home/doc_centre/civil/studies/doc/regimes_report_regimes_030703_fr.pdf).

Conclusion du Chapitre II :

191. En dépit de traditions juridiques *a priori* divergentes, on constate qu'une harmonisation des législations civiles des Etats membres est apparue sous l'influence conjuguée du droit communautaire et du droit de la Convention européenne des droits de l'Homme. Cela a permis qu'émerge un véritable droit civil européen, sorte de « tronc commun » à l'ensemble des Etats membres. Toutefois, ce droit civil européen manque encore singulièrement tant de complétude que de cohérence et de systématisation, d'où l'utilité de procéder à sa codification. Selon Monsieur Christophe U. Schmid, un code civil européen donnerait au droit civil « *sa voix propre dans le concert des disciplines européennes, voix qui à l'heure actuelle lui est encore niée* ». ⁷⁰⁴ La doctrine européenne, fédérée autour d'un tel projet dans un institut représentatif des diverses traditions juridiques et indépendant des institutions politiques, contribuera à dégager un droit civil européen plus complet, par le biais d'une méthode qui se voudrait en quelque sorte « historico-comparative », gage du respect de la diversité juridique caractérisant l'Union européenne.

192. Comme le souligne Monsieur Ulrich Drobnig, il n'est en rien primordial de savoir si les divers projets doctrinaux vont acquérir « force de loi » à l'échelle européenne, ce qui est très loin d'être certain, « *ce qui importe, c'est uniquement la tentative d'analyser et de systématiser la somme des normes juridiques y afférentes (...) et de présenter une sorte de dénominateur commun* » ⁷⁰⁵. La doctrine ne sera pas seule à apporter une pierre à l'édifice, à venir en aide aux institutions communautaires. Pour ne pas abandonner le processus d'intégration normative à un choix purement technocratique, un effort considérable devra être fait pour associer les Parlements nationaux, propres à renseigner les autorités bruxelloises sur les différents droits internes, mais de façon plus large, toute personne intéressée, que ce soient les citoyens ou les professionnels.

⁷⁰⁴ SCHMID C. U., « Le projet d'un code civil européen et la constitution européenne », Revue « Les Cahiers de droit », vol.46, n°1-2, mars/juin 2005, n°spécial Colloque de Laval (Québec) des 19, 20 et 21 sept. 2004, page 130.

⁷⁰⁵ DROBNIG U., « Traits fondamentaux d'un régime européen des sûretés personnelles », in *Mélanges offerts à Philippe Simler*, 2006, page 316.

Conclusion du Titre premier :

193. L'Union européenne est une organisation internationale particulière, dotée d'une dynamique propre ayant conduit à une intégration structurelle et normative particulièrement aboutie. Le volet normatif de l'intégration se déclinant en divers degrés, les institutions communautaires doivent choisir entre uniformisation et harmonisation pour mener à bien leur volonté de rapprocher les législations civiles des Etats membres. Elles semblent favorables à une uniformisation des droits, véritablement efficace pour assurer la mise en place d'un droit commun. Or, avec un objectif politiquement moins ambitieux, l'harmonisation, entendue au sens large et non des Traités fondateurs⁷⁰⁶, s'avère une technique bien plus respectueuse de la diversité juridique. Elle laisse en effet une marge d'appréciation plus importante aux Etats membres, salutaire dans un domaine tel que les législations civiles, et qui sera contrôlée par la Cour de Justice, pouvant sanctionner les écarts jugés incompatibles.

194. Cette harmonisation peut-elle pour autant conduire à un droit commun intégré ? La redécouverte d'un droit commun, conciliant traditions romano-germanique et de *common law* sur le modèle du *jus commune* médiéval, se fera grâce au droit comparé, outil indispensable utilisé « tant pour évaluer la nécessité de l'intégration que pour guider le choix des modalités de l'intégration »⁷⁰⁷. Il est indéniable que les prémisses d'un droit civil européen sont d'ores et déjà présentes. L'europanisation de la matière civile sous la double influence du droit communautaire, lui-même inspiré des droits des Etats membres, et du droit de la Convention européenne des droits de l'Homme, entraîne une certaine convergence des législations civiles. Un code civil européen constituerait ainsi une « grille de lecture commune » de la matière civile, qui ne sera pas entendue de façon étriquée, limitée au seul droit des contrats, mais au contraire vue comme l'ensemble des règles communes applicables au droit des contrats, de la responsabilité, des biens, des personnes et de la famille.

⁷⁰⁶ GROUPE D'ETUDE SUR LA JUSTICE SOCIALE EN DROIT PRIVE EUROPEEN, « Manifeste pour une justice sociale en droit européen des contrats », RTDC 2005 n°4, page 716 : l'harmonisation ne doit pas être vue comme simplement une solution technique au problème de la suppression des obstacles aux échanges intra-communautaires.

⁷⁰⁷ ROBERT V. ET USUNIER L., « Du bon usage du droit comparé », in DELMAS-MARTY M., *Critique de l'intégration normative – L'apport du droit comparé à l'harmonisation des droits*, PUF, 2004, page 228.

195. Cependant, les conditions énoncées dans le présent titre s'avèrent insuffisantes à elles-seules pour qu'une codification européenne aboutisse. Des obstacles importants doivent en outre être dépassés.

Titre second :

Des obstacles à surmonter

196. Les obstacles à l'élaboration et à la mise en place d'un code civil européen sont de deux ordres. D'une part, on peut relever des obstacles extrinsèques, qui ne sont pas propres au processus particulier de codification, mais que l'on pourrait aussi rencontrer pour tout instrument, autre qu'un code, ayant vocation à rapprocher les droits des Etats membres de façon globale. Il s'agit donc des difficultés générales inhérentes au caractère international du projet. Ce code doit en effet donner corps à un droit civil commun à l'ensemble des vingt-sept Etats membres actuels, voire plus dans le cas d'élargissements futurs, *corpus* traduit dans l'ensemble des langues officielles de l'Union. De façon inexorable, un tel projet engendrera des coûts importants qu'il convient de prendre en compte. De la même manière, les difficultés spéciales, liées au pluralisme juridique ambiant seront recensées. Les problèmes découlant tant de la superposition que de la coexistence des ordres juridiques nationaux, européens ou international seront mis en avant (Chapitre I).

197. D'autre part, des obstacles intrinsèques, soit ceux procédant de façon directe du choix des institutions communautaires de recourir au processus même de codification, pourront surgir. D'un côté, se pose l'épineux problème de la détermination d'une base juridique susceptible de légitimer l'intervention des institutions communautaires concernant le futur code civil européen. En effet, leur volonté de s'appuyer sur des textes consacrés au rapprochement des législations en matière de marché intérieur apparaît plus que discutable. Il sera donc nécessaire de rechercher un fondement plus acceptable, en meilleure adéquation avec le projet de codifier le droit civil européen dans son entier. De l'autre, des difficultés supplémentaires seront véhiculées par les effets tant endogènes qu'exogènes attachés au concept national de codification. Répertoriés par la doctrine, ils seraient propres à venir contrarier les desseins de cette codification pourtant européenne (Chapitre II).

198. A l'instar de ce que nous avons déjà démontré sur la multiplicité des systèmes juridiques en présence, celle-ci n'étant pas un obstacle à un rapprochement des droits, il faut concevoir ces obstacles non seulement comme des barrières à l'entreprise de codification, mais aussi comme des défis à relever.

Chapitre I - Les obstacles extrinsèques

199. Les difficultés extrinsèques, extérieures à l'idée ou concept de codification, posées par l'existence d'un code civil de l'Union, sont principalement de deux ordres. D'une part, des difficultés générales, inhérentes au caractère international du projet devront être surmontées, compliquant singulièrement l'entreprise de codification communautaire, notamment lors de la phase de l'élaboration du code. En effet, selon Monsieur Ole Lando, « *it will be an enormous effort to embark upon a research, where the laws of all the 25 or more European union members states on each single issue will be studied* ». ⁷⁰⁸ La diversité linguistique, l'élargissement croissant de l'Union et les coûts liés à cette codification au niveau communautaire sont autant de contrariétés à terrasser (Section I).

200. D'autre part, des difficultés spéciales, tenant à la superposition et à la coexistence des ordres juridiques, sont également à prendre en compte. Face à la diversité d'ordres juridiques qui s'entremêlent au niveau communautaire, le code civil européen devra trouver sa place. Ce pluralisme juridique préexistant risque d'entraîner des conflits entre cette nouvelle norme communautaire et les normes internes aux Etats membres, que le respect de la hiérarchie ne suffit pas à résoudre. De la même manière, des dissensions sont à prévoir entre d'un côté, le code civil de l'Union et, de l'autre, tant le droit européen des droits de l'Homme que le droit international. Il faudra y remédier tant préventivement que postérieurement (Section II).

⁷⁰⁸ LANDO O., « Réponse au Plan d'action de la Commission européenne », 16/05/2003 : l'auteur considère que « ce sera un effort considérable de s'embarquer sur un projet où les lois des 25 Etats membres de l'UE, voire plus, devront être étudiées sur chaque question particulière ».

Section I - Les difficultés générales inhérentes au caractère international du projet

201. Dans une Union européenne à vingt-sept Etats membres, il existe forcément une hétérogénéité en termes de culture, de langue et de droit. En raison du caractère international du projet de code civil européen, trois obstacles principaux doivent donc être surmontés si l'on veut mener à bien cette entreprise.

202. En premier lieu, l'Europe doit faire face à une forte diversité linguistique, fondement essentiel de l'Union et qui complexifie la tâche des prétendants à la rédaction d'un futur code civil européen (paragraphe I). L'élargissement incessant de l'Union pourrait ensuite conduire à une remise à plat des travaux jusqu'ici entrepris (paragraphe II). Enfin, les coûts engendrés par la codification seront à la hauteur de l'ampleur de la tâche, mettant peut-être en péril le projet de code (paragraphe III).

Paragraphe I - Le multilinguisme

203. Le multilinguisme désigne tant la capacité d'utiliser plusieurs langues que la coexistence de plusieurs communautés linguistiques dans une zone géographique donnée.⁷⁰⁹ A l'heure où l'Union européenne compte désormais vingt trois langues officielles⁷¹⁰, la diversité linguistique peut être perçue comme un sérieux obstacle à l'entreprise de codification européenne. En effet, si un droit peut s'exprimer dans plusieurs langues⁷¹¹, il n'en demeure pas moins qu'au final, persistent certains dangers tels l'impossibilité de trouver un équivalent à une notion particulière ou le risque d'une interprétation divergente des termes juridiques traduits (A). Il faudra donc remédier aux problèmes engendrés par la diversité linguistique, qui se couple avec une diversité des droits en présence. Les différents groupes privés œuvrant à proposer des projets de tout ou partie d'un code civil européen ont tenté de surmonter ces obstacles. Des enseignements peuvent aussi être tirés de l'expérience

⁷⁰⁹ Communication du 22 novembre 2005 de la Commission au Parlement européen, Conseil, Comité économique et social européen et Comité des régions, « Un nouveau cadre stratégique pour le multilinguisme » : COM (2005), 596 final.

⁷¹⁰ Les 23 langues officielles et de travail de l'UE sont l'espagnol, le danois, l'allemand, le grec, l'anglais, le français, l'italien, le néerlandais, le portugais, le finnois, le suédois, le tchèque, l'estonien, le letton, le lituanien, l'hongrois, le maltais, le polonais, le slovaque, le slovène, le bulgare, le roumain et l'irlandais.

⁷¹¹ CORNU G., *Linguistique juridique*, Montchrétien, 3^{ème} éd. 2005, page 5.

canadienne du « bijuridisme » visant à obtenir une harmonisation conceptuelle et terminologique du droit privé canadien (B).

A) Les problèmes engendrés par le multilinguisme

204. La solution linguistique adoptée par l'Union est sans commune mesure avec ce qui se pratique dans les autres organisations internationales, « où il existe un nombre limité de langues officielles et de travail, souvent même une seule ». ⁷¹² Ainsi, au sein du Conseil de l'Europe, seuls l'anglais et le français sont reconnus comme langues officielles. ⁷¹³ Cette solution originale, tendant toutefois au respect de la diversité linguistique et donc culturelle, est perçue comme un obstacle à la naissance d'un code civil européen.

1) La réalité du multilinguisme au sein de l'Union européenne

205. Soucieuses d'obtenir l'unité sans pour autant sacrifier la diversité ⁷¹⁴, les Communautés européennes ont fait du multilinguisme un principe fondamental de leur fonctionnement en raison de la nature très spécifique de la construction communautaire ⁷¹⁵. Elles ont voulu ainsi assurer le respect de la diversité culturelle ⁷¹⁶ mais aussi plus de transparence et plus de démocratie. Il serait en effet inconcevable « de produire des normes dont les citoyens sont les destinataires dans une langue autre que la leur » ⁷¹⁷. Le règlement n°1/58 du 15 avril 1958, intégré par la suite au Traité instituant la Communauté Européenne et modifié successivement à chaque adhésion ⁷¹⁸, a posé le principe d'une égalité entre les

⁷¹² LOPES SABINO A., « Les langues dans l'UE – Enjeux, pratique et perspectives », RTDE 1999, page 161. C'est ce que soulignait déjà : HERAUD G., « La communauté européenne et la question linguistique », Revue d'intégration juridique 1981, page 8 : « ...il n'y a pas de communauté au monde à présenter une telle palette linguistique ».

⁷¹³ En plus de ces deux langues, l'allemand, l'italien et le russe sont admis comme langues de travail : BENOIT-ROHMER F. et KLEBES H., *Le droit du Conseil de l'Europe – Vers un espace juridique paneuropéen*, éd. du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2005.

⁷¹⁴ Sur la pertinence de la devise de l'Union européenne : FAVRET J.-M., « L' Union européenne : « l'unité dans la diversité » - Signification et pertinence d'une devise », RTDE 2003, n°4, page 657 et s.

⁷¹⁵ HEUSSE M.-P., « Le multilinguisme ou le défi caché de l'Union européenne », RMCUE 1999, page 202.

⁷¹⁶ L'article 22 de la Charte des droits fondamentaux (article I-3 du Traité établissant une constitution pour l'Europe) affirme en effet que « L'Union respecte la diversité culturelle, linguistique et religieuse ».

⁷¹⁷ LOPES SABINO A., « Les langues dans l'UE – Enjeux, pratique et perspectives », RTDE 1999, page 167.

⁷¹⁸ Il a été modifié en dernier lieu par l'acte d'adhésion de 2003 : JO CE 2003, n° L 236, page 791.

langues des pays membres de l'Union européenne⁷¹⁹. Afin d'assurer une accessibilité effective de la législation communautaire, le principe d'égalité linguistique emporte, à la charge des institutions européennes, une obligation de traduction et d'interprétation des textes et de la jurisprudence communautaires⁷²⁰. Ainsi, toutes les versions officielles font également foi. Cependant, à titre dérogatoire et, à la suite d'un Règlement communautaire du 1^{er} mai 2004, les institutions de l'Union ne sont pas liées par l'obligation de rédiger tous les actes communautaires, y compris les arrêts des juridictions, en langue maltaise, à l'exception des règlements, ni de les publier dans cette langue au Journal officiel de l'Union, pendant une période de trois années, qui prendra donc fin au 1^{er} mai 2007.⁷²¹ Cette exception s'explique par la difficulté rencontrée par les institutions européennes à recruter un personnel qualifié pour les tâches de traduction en maltais. Il en est de même concernant l'irlandais, les autorités nationales ayant consenti en 2005 à ce que ne soient traduits dans leur langue seulement les règlements, adoptés conjointement par le Parlement européen et le Conseil, et la correspondance avec les citoyens, et ce pour une période de cinq années.⁷²²

206. Si le choix de la diversité linguistique était acceptable dans une Europe composée initialement de six Etats membres, il est indubitable que l'extension progressive de l'Union a changé la donne et accru les difficultés⁷²³. On observe en pratique que, dans un souci d'économie mais surtout d'efficacité, le multilinguisme institutionnel s'efface devant l'utilisation de quelques langues principalement le français, et bien entendu l'anglais de façon dominante⁷²⁴. Cela a pour principale conséquence que chaque texte est rédigé par les institutions communautaires dans l'une de ces langues puis traduit dans toutes les langues

⁷¹⁹ Règlement n°1/58 du 15 avril 1958 portant fixation du régime linguistique de la Communauté économique européenne, JO CE du 9 octobre 1958, n°385

⁷²⁰ FENET A., « Diversité linguistique et construction européenne », RTDE 2001, page 241.

⁷²¹ Article 1^{er} du Règlement (CE) n°930/2004 du Conseil du 1^{er} mai 2004 relatif à des mesures dérogatoires temporaires concernant la rédaction en maltais des actes des institutions de l'Union européenne, JO UE du 1^{er} mai 2004, L 169, page 1 et 2.

⁷²² Communiqué de presse de la Commission du 20 décembre 2006, « La Commission s'apprête à accueillir trois nouvelles langues officielles au 1^{er} janvier 2007 » : IP/06/1854.

⁷²³ SCHÜBEL-PFISTER I., « Enjeux et perspectives du multilinguisme dans l'Union européenne : après l'élargissement, la « babélisation » ? », RMCUE 2005, page 235 et s.

⁷²⁴ YASUE N., « Le multilinguisme dans l'Union européenne et la politique linguistique des Etats membres », RMCUE 1999, page 278.

officielles⁷²⁵. On peut regretter que, de ce fait, la plupart des décisions communautaires soient rédigées par des fonctionnaires européens dont ce n'est pas la langue maternelle⁷²⁶.

207. S'il faut rendre compte du multilinguisme législatif qui règne au sein de l'Union, le multilinguisme judiciaire doit aussi être souligné. Devant les juridictions communautaires, toutes les langues officielles peuvent en principe être choisies par le requérant comme langues de procédure⁷²⁷. Dans un souci d'accessibilité de la jurisprudence communautaire à tous les citoyens européens, les arrêts rendus par le juge communautaire ainsi que les conclusions des avocats généraux sont disponibles dans l'ensemble des langues officielles de l'Union⁷²⁸. Suite à l'arrivée en 2004 de dix nouveaux Etats membres et de l'impact considérable de cet élargissement sur les délais de traduction, la Cour de Justice des Communautés européennes a finalement adopté un mécanisme dit de « langues pivots »⁷²⁹, qui permet dans un premier temps de traduire les arrêts et les conclusions dans les cinq langues les plus parlées, puis dans un second temps, dans toutes les langues officielles⁷³⁰. Ainsi, n'est plus privilégiée la langue française comme dans le système ancien, où notamment tous les arrêts étaient rédigés en français et ultérieurement traduits dans l'ensemble des langues officielles. Le juge communautaire a ainsi fait preuve de pragmatisme puisque cela permet de limiter « *les combinaisons de traduction et, par la suite, les besoins de recrutement de l'institution* »⁷³¹. Un tel effort de rationalisation permettra de limiter des coûts de traduction qui ne cessent de croître en raison d'une part de l'entrée dans l'Union de la Bulgarie et de la Roumanie au 1^{er} janvier 2007, et d'autre part de la reconnaissance du gaélique comme langue officielle à part entière à cette même date.

⁷²⁵ SCHÜBEL-PFISTER I., « Enjeux et perspectives du multilinguisme dans l'Union européenne : après l'élargissement, la « babélisation » ? », RMCUE 2005, page 331 : « *Il est vrai que les règlements et les directives ne sont pas formulés dans toutes les langues communautaires et que les travaux préparatoires se font également en français et en anglais* ».

⁷²⁶ HEUSSE M.-P., « Le multilinguisme ou le défi caché de l'Union européenne », RMCUE 1999, page 204

⁷²⁷ CHATILLON S., « Droit et langue », RIDC 2002, n°3, page 707.

⁷²⁸ A l'exception toutefois du maltais pendant une période de 3 ans à compter du 1^{er} mai 2004, comme nous l'avons déjà souligné : Article 1^{er} du Règlement (CE) n°930/2004 du Conseil du 1^{er} mai 2004 relatif à des mesures dérogatoires temporaires concernant la rédaction en maltais des actes des institutions de l'Union européenne, JO UE du 1^{er} mai 2004, L 169, page 1 et 2.

⁷²⁹ SCHÜBEL-PFISTER I., « Enjeux et perspectives du multilinguisme dans l'Union européenne : après l'élargissement, la « babélisation » ? », RMCUE 2005, page 328.

⁷³⁰ BELORGEYS J.-M., GERVASONIC S. ET LAMBERT C., « Actualité de droit communautaire », chronique, AJDA 2004, page 1076.

⁷³¹ BELORGEYS J.-M., GERVASONIC S. ET LAMBERT C., « Actualité de droit communautaire », chronique, AJDA 2004, page 1076.

2) La diversité linguistique, entrave au Code civil européen

208. Cette réelle diversité linguistique représenterait un obstacle au futur Code civil européen. On ne peut nier qu'un lien étroit unit le droit à la langue⁷³², la langue constituant « *le serviteur et en même temps le maître du droit* »⁷³³. Prenant appui sur ce constat, il est avancé que « *le droit s'inscrit infailliblement dans une langue* »⁷³⁴ et qu'à titre d'exemple, la tradition de *common law* serait nécessairement liée à la langue anglaise et que cette langue ne pourrait être utilisée pour traduire un système de tradition romaniste, en raison des concepts particuliers que la *common law* véhicule⁷³⁵. Or, on ne peut soutenir de façon péremptoire que le lien unissant le droit et la langue est indéfectible, puisque « *l'union d'un droit et d'une langue n'est ni magique, ni catégorique, ni indissoluble. Elle est factuelle* »⁷³⁶.

209. Le problème majeur, loin d'être purement linguistique,⁷³⁷ résiderait donc davantage dans le fait que les concepts ont différents sens dans les systèmes en présence⁷³⁸. Si les linguistes peuvent en effet faire des prouesses, c'est la difficulté à traduire le plus fidèlement le texte original et les risques de confusions et d'inexactitudes en découlant qui sont souvent mis en relief par la doctrine⁷³⁹. En effet, si l'on prend pour exemple le mot

⁷³² CORNU G., « L'art d'écrire la loi », *Pouvoirs* 2003, n°107, page 9 : « *Le langage juridique vient de la langue naturelle qui le porte et qui le nourrit [...] c'est au sein de la langue qu'il puise ses ressources, ses nuances, ses façons de parler, le réseau de ses connotations et même ses silences (...). L'écriture de la loi est idiomatique* ».

⁷³³ SCHÜBEL-PFISTER I., « Enjeux et perspectives du multilinguisme dans l'Union européenne : après l'élargissement, la « babélisation » ? », *RMCUE* 2005, page 325.

⁷³⁴ LEGRAND P., « La leçon d'Apollinaire », in *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, page 38 ; voir aussi, même auteur, « Le primat de la culture », in *Le droit privé européen*, page 1 ; « Sens et non sens d'un code civil européen », *RIDC* 1996, page 781.

⁷³⁵ C'est ce que prétend notamment Pierre LEGRAND (voir note précédente). Voir aussi, CHATILLON S., « Droit et langue », *RIDC* 2002, n°3, page 687 et s. ; de façon plus générale : CORNU G., « Rapport de synthèse », in *Les mots de la loi*, sous la dir. de MOLFESSIS N., page 103 : « *une domination linguistique porte en elle, Cheval de Troie, une hégémonie juridique* ».

⁷³⁶ CORNU G., *Linguistique juridique*, Montchrétien, page 12.

⁷³⁷ Pour le point de vue sur cette question d'une traductologue : GLANERT S., « La langue en héritage : réflexions sur l'uniformisation des droits en Europe », *RIDC* 2006, n°4, page 1231 et s. Pour cet auteur, les juristes sous-estiment l'impact de la langue sur le processus d'uniformisation des droits, ne prenant pas la mesure ni de la durabilité de la langue, ni de son éphémérité. Elle en conclut que la langue résistera au droit uniforme, tout comme le droit uniforme étouffera la langue.

⁷³⁸ CAMPANA M.-J., « Vers un langage juridique commun en Europe ? », in SACCO R. ET CASTELLANI L. (sous dir.), *Les multiples langues du droit européen uniforme*, L'harmattan Italia, 1999, page 10 ; FENET A., « Diversité linguistique et construction européenne », *RTDE* 2001, page 245 : « *Le droit passe par des concepts. Or le rapport entre mot et concept n'est pas toujours le même dans toutes les langues ; il est tributaire de la diversité des traditions juridiques, s'agissant du droit, et plus généralement du contexte social et culturel, si bien que les langues des différents pays expriment des concepts qui souvent ne se valent pas* ».

⁷³⁹ KASIRER N., « Le real estate existe-t-il en droit civil ? Un regard sur le lexique juridique de droit civil de langue anglaise », in SACCO R. ET CASTELLANI L. (sous dir.), *Les multiples langues du droit uniforme*, page 89. Voir aussi, LAVOIE J., « Droit et traductologie : convergence et divergence », in GEMAR JC. ET KASIRER N., *Jurilinguistique : entre langue et droit*, coéd. Thémis et Bruylant, 2005, page 523 et s.

français « *contrat* » décliné dans différentes langues « *contract, Kontract, contrato, contratto* », il est certain que la quasi-homographie des termes ne reflète pas une homologie parfaitement identique de ceux-ci.⁷⁴⁰ Pour autant, il faut souligner que plus de 1650 traducteurs à plein temps chargés de la traduction de documents vers leur langue maternelle⁷⁴¹, composant ce que l'on nomme la Direction générale de la Traduction⁷⁴², s'efforcent de fournir un travail de qualité s'appuyant sur les différentes banques de données européennes de terminologie juridique mises en place dans chaque langue⁷⁴³. Nonobstant la qualité des différentes traductions, un conflit terminologique entre différentes versions juridiques d'un même texte peut surgir⁷⁴⁴, et qui doit être résolu afin que le droit communautaire s'applique de façon uniforme⁷⁴⁵. Pour régler ces litiges « jurilinguistiques », la Cour de Justice utilise deux méthodes⁷⁴⁶. Elle peut d'une part considérer une disposition à la lumière de toutes les versions⁷⁴⁷ et donner la préférence à l'une ou plusieurs d'entre elles. Pour le cas de contradictions manifestes entre les versions, la Cour de Justice peut d'autre part se livrer à une recherche « métalinguistique »⁷⁴⁸ de la solution pour finalement trancher en faveur du sens le plus large, « *effet utile oblige* »⁷⁴⁹. Ces solutions font pourtant l'objet de critiques quant à leur compatibilité avec le principe d'égalité des langues, qu'il est bien difficile de respecter, et le principe de sécurité juridique, auquel peut légitimement prétendre tout citoyen européen.⁷⁵⁰

⁷⁴⁰ MILLARD E., « Un problème de transposition de concepts : la traduction de la théorie d'Alf Ross », in MATZNER E. (sous dir.), *Droit et langues étrangères : concepts, problèmes d'application, perspectives*, PUP, 1999, page 141. Voir aussi CHATILLON S., « Droit et langue », RIDC 2002, n°3, page 709 et s. : l'auteur démontre que le traducteur doit déjouer les pièges des « faux-amis » et prend appui aussi sur la notion de contrat.

⁷⁴¹ Chiffre de la Direction générale de la traduction de la Commission européenne, *Multilinguisme et traduction*, Brochure, mars 2005.

⁷⁴² GALLAS T., « La rédaction multilingue dans l'Union européenne », in *Légistique formelle et matérielle*, page 217 et s. ; GALLO G., « Les juristes linguistes de la Cour de Justice des Communautés européennes. Quelques aspects de leurs activités », in SACCO R. ET CASTELLANI L. (sous dir.), *Les multiples langues du droit uniforme*, page 71 et s.

⁷⁴³ FENET A., « Diversité linguistique et construction européenne », RTDE 2001, page 242.

⁷⁴⁴ PESCATORE P., « L'interprétation des lois et conventions plurilingues dans la Communauté européenne », *Les Cahiers du droit européen* 1984, page 989 et s.

⁷⁴⁵ FINES F., « L'application uniforme du droit communautaire dans la jurisprudence de la CJCE », in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle, Mélanges en l'honneur de G. Gautron*, 2004, page 333 et s.

⁷⁴⁶ SCHÜBEL-PFISTER I., « Enjeux et perspectives du multilinguisme dans l'Union européenne : après l'élargissement, la « babélisation » ? », RMCUE 2005, page 330.

⁷⁴⁷ CJCE 6 octobre 1982, CILFIT c/ Ministère de la Santé, aff. C-283/81, Recueil 1982, page 3415.

⁷⁴⁸ Cette expression est empruntée à P. PESCATORE, in « L'interprétation des lois et conventions plurilingues dans la Communauté européenne », *Les cahiers du droit européen* 1984, page 996. Pour plus de précisions sur la méthode métalinguistique suivie par la Cour de Justice, voir : CAMPANA M.-J., « Vers un langage juridique commun en Europe ? », in SACCO R. ET CASTELLANI L. (sous dir.), *Les multiples langues du droit européen uniforme*, L'harmattan Italia, 1999, pages 11-12.

⁷⁴⁹ DESCHEEMAECCKER E., « Faut-il codifier le droit privé européen des contrats ? », *Revue de droit MacGill* 2002, vol.47, page 843.

⁷⁵⁰ SCHÜBEL-PFISTER I., « Enjeux et perspectives du multilinguisme dans l'Union européenne : après l'élargissement, la « babélisation » ? », RMCUE 2005, page 331.

210. Finalement, le multilinguisme oblige à avoir recours à un moment donné à la traduction. Ce qui conduit inexorablement à un appauvrissement du langage juridique, puisqu'en raison d'une volonté de neutralité, les différentes initiatives privées ont eu recours à de nombreuses périphrases pour désigner certains termes juridiques⁷⁵¹. Cette platitude du langage est selon eux toutefois indispensable afin d'assurer une meilleure compréhension des textes par les juristes de l'ensemble des Etats membres mais aussi pour éviter les divergences d'interprétation du texte par les juges nationaux.⁷⁵² Face aux multiples problèmes engendrés par le multilinguisme, constituant autant d'obstacles à l'entreprise de codification, des remèdes doivent être envisagés.

B) Les remèdes envisagés

211. Si la proposition du recours à l'unilinguisme pour des considérations de coûts et d'efficacité n'est pas une solution satisfaisante, des enseignements doivent être recherchés dans des situations analogues à celle de l'Union européenne. Ainsi, des leçons, principalement en matière de co-rédaction, peuvent être puisées dans le bijuridisme canadien, précédemment évoqué.

1) L'usage d'une langue unique

212. On peut tout d'abord se demander si le remède radical aux écueils du multilinguisme ne réside pas dans l'emploi d'une langue unique. Contrairement à chacun des Etats qui la compose, l'Union européenne ne possède pas de langue qui lui serait propre⁷⁵³. La langue européenne n'est ni plus ni moins que l'addition des vingt-trois langues officielles

⁷⁵¹ La plupart des rédacteurs de projets de code ont évité d'employer des termes trop marqués par telle ou telle culture juridique : CHATILLON S., « Droit et langue », RIDC 2002, n°3, page 691 spécialement.

⁷⁵² GANDOLFI G., « Introduction », in *Le code européen des contrats, Avant-projet*, 2001, Milano-Giuffrè, page LIII : il faut en effet « éviter le grave danger qui amènerait spontanément les interprètes, en présence d'incertitudes, lacunes ou renvois implicites, à se réclamer de leur propre droit national. Une telle pratique compromettrait fatalement l'unification, donnant lieu à des difformités dans l'interprétation et l'application » et page LVII : « Ne pourrait-on pas penser que si le langage que j'ai utilisé peut apparaître plat et hybride, sa compréhension de la part des européens n'en est que plus aisée ? ». Voir aussi, SACCO R. (dir.), *L'interprétation des textes juridiques rédigés dans plus d'une langue*, L'harmattan, Turin, 2002 ; LAMETHE D. et MORETEAU O., « L'interprétation des textes juridiques rédigés dans plus d'une langue », RIDC 2006, n°2, page 327 et s.

⁷⁵³ CORNU G., « Un code civil n'est pas un instrument communautaire », D. 2002, chronique, page 351 : « Notre langue est notre mère. Il n'y a pas de langue européenne ».

que l'on ne peut bien entendu remplacer toutes par une sorte de « volapük »⁷⁵⁴ ou d'« espéranto »⁷⁵⁵ juridique, ni même, sous couvert de faire ressusciter le *jus commune* médiéval, par la langue latine. D'où la suggestion faite que l'anglais devienne la langue juridique commune de l'Europe⁷⁵⁶. C'est en effet la langue la plus utilisée par les institutions européennes. Depuis 1998, plus de 50 % des documents émanant de la Commission ou du Conseil sont rédigés en anglais⁷⁵⁷. Cependant, cette position est loin de faire l'unanimité. Ainsi, le choix opéré par le Study group de l'anglais comme langue de travail pour élaborer un projet de code civil européen, a prêté le flanc à la critique.⁷⁵⁸ Ce groupe a eu en effet recours à la traduction *a posteriori*, méthode d'ailleurs utilisée au sein de l'Union européenne et qui entraîne des inconvénients tels une déperdition linguistique, « parfois aggravée par une détérioration fondamentale de la substance des termes traduits »⁷⁵⁹. Ce qui est surtout reproché au groupe de travail dirigé par Monsieur Christian von Bar, c'est le sacrifice de « la langue française sur l'autel de considérations économiques »⁷⁶⁰. Loin de penser que l'adoption d'un code civil européen risquerait de réduire le rôle du français en tant que langue juridique⁷⁶¹, ces critiques sont fondées. Se limiter à une seule langue, même dite « universelle », serait source d'appauvrissement et reviendrait à nier les fondements mêmes de l'Union⁷⁶².

213. De telles critiques doivent cependant être faites à l'encontre des autres groupes ou commissions existantes. En effet, les travaux du « *common core of european private law* » ont été dirigés en langue anglaise, sous l'égide de Messieurs Mattéi et Bussani, et publiés exclusivement en anglais.⁷⁶³ Comme le reconnaît Monsieur Denis Tallon, concernant

⁷⁵⁴ LEQUETTE Y., « Vers un code civil européen ? », Pouvoirs 2003, n°107, page 110.

⁷⁵⁵ CHARBIT N., « L'espéranto du droit ? La rencontre du droit communautaire et du droit des contrats », JCP 2002, I, n°1000, page 9 et s.

⁷⁵⁶ LEFEBVRE M., « Le grand bond vers l'Est : une nouvelle Europe », RMCUE 2004, page 282 : « *L'anglais s'impose inexorablement comme la lingua franca européenne* ».

⁷⁵⁷ LEFEBVRE M., « Le grand bond vers l'Est : une nouvelle Europe », RMCUE 2004, page 282.

⁷⁵⁸ LEQUETTE Y., « Quelques remarques à propos du projet de code civil européen de M. Von Bar », D. 2002, chron. page 2208 spécialement.

⁷⁵⁹ CORNU G., « Rapport de synthèse », in *Les mots de la loi*, sous la dir. de MOLFESSIS N., page 102.

⁷⁶⁰ FAUVARQUE-COSSON B., « Faut-il un code civil européen ? », RTDC 2002, page 477.

⁷⁶¹ LEQUETTE Y., « Vers un code civil européen ? », Pouvoirs 2003, n°107, page 112.

⁷⁶² FENET A., « Diversité linguistique et construction européenne », RTDE 2001, page 236 : « *Prétendre défendre la culture européenne et en même temps promouvoir l'unilinguisme sur le continent, c'est que méconnaître la diversité linguistique se trouve au cœur de la diversité culturelle et qu'elle ne saurait être négligée sans dommage pour l'identité européenne, fût-ce au nom de considérations pratiques liées à la fonction de la communication de la langue* » ; HEUSSE M.-P., « Le multilinguisme ou le défi caché de l'Union européenne », RMCUE 1999, pages 205-206.

⁷⁶³ PRIETO C., « Une culture contractuelle commune en Europe », in *Regards croisés sur les principes du droit européen du contrat et sur le droit français*, page 43 ; BUSSANI M. ET MATTEI U., « Le fonds commun du droit privé européen », RIDC 2000, n°1, page 29 et s.

l'élaboration des principes européens du droit des contrats par la Commission Lando, la langue anglaise a aussi été la langue principale, la langue « apéritrice »⁷⁶⁴, suivie certes de près par la langue française. A l'opposé de ces groupes ayant opté pour l'anglais, c'est le français que le groupe de Pavie, sous la direction de Monsieur Giuseppe Gandolfi, a privilégié, en raison de son caractère plus neutre que la langue anglaise.⁷⁶⁵ Quoi qu'il en soit, le recours à une langue unique ou dite principale n'entraîne pas pleinement satisfaction. Une rédaction simultanée dans les différentes versions linguistiques serait la solution idéale. Elle permettrait de dégager un langage juridique commun sans langue commune⁷⁶⁶, « *un langage commun exprimable dans toutes les langues nationales* »⁷⁶⁷. Le système de co-rédaction a déjà été mis à l'honneur dans certains pays bilingues tels que la Suisse ou le Canada, technique faisant en sorte que « *la rédaction et la traduction soient le moins séparées possible* »⁷⁶⁸. L'expérience du bijuridisme québécois, précédemment évoquée⁷⁶⁹, est à cet égard particulièrement instructive.

2) Les enseignements tirés du bijuridisme québécois

214. Pour résoudre les problèmes engendrés par la diversité linguistique régnant dans l'Union européenne, notamment celui de la traduction des termes juridiques en milieu bijuridique et plurilingue, on peut raisonner par analogie, à la lumière d'expériences menées à l'étranger, et plus particulièrement au Canada⁷⁷⁰. Bien que les situations ne soient pas

⁷⁶⁴ TALLON D., « Le choix des mots au regard des contraintes de traduction – L'exemple des principes européens du droit des contrats et des principes Unidroit relatifs aux contrats de commerce international », in *Les mots de la loi*, op.cit., page 32.

⁷⁶⁵ STEIN P., « Préface », in *Le code européen des contrats- Avant-projet*, 2001, page XLV : « *To stress the community character of the code, the draft was to be in French (English being assumed to have rather an intercontinental, if not universal, connotation) but the draft will, of course, have to be translated into all languages of the Community* » et page XLVI : « *The usual language of the discussion, however, as of the text of the draft and the commentary, was french* ».

⁷⁶⁶ CAMPANA M.-J., « Vers un langage juridique commun en Europe ? », in SACCO R. ET CASTELLANI L. (sous dir.), *Les multiples langues du droit européen uniforme*, L'harmattan Italia, 1999, page 28 : « *La diversité des langages européens ne peut être une entrave à l'élaboration d'un droit commun tel que nous l'imaginons, car ce droit présentera suffisamment de souplesse pour n'être pas unique et permettra le maintien des diversités culturelles et linguistiques* ».

⁷⁶⁷ MORETEAU O., « L'anglais peut-il devenir la langue juridique commune en Europe ? », in SACCO R. ET CASTELLANI L. (sous dir.), *Les multiples langues du droit européen uniforme*, op.cit., page 153.

⁷⁶⁸ TALLON D., « Le choix des mots au regard des contraintes de traduction – L'exemple des principes européens du droit des contrats et des principes Unidroit relatifs aux contrats de commerce international », in *Les mots de la loi*, op. cit., page 34.

⁷⁶⁹ Voir dans cette partie, Titre I, chapitre 2.

⁷⁷⁰ On aurait pu se fonder sur l'expérience de l'Ecosse, dont le droit a subi une double influence du droit romain et de la common law. Mais l'Ecosse, qui fait partie intégrante du Royaume Uni, est unilingue et il faut noter ces

parfaitement symétriques, la province de Québec, où s'additionnent bilinguisme et bijuridisme, peut se poser en modèle à suivre pour l'Union européenne.

215. Dans cet Etat fédéral où coexistent les deux traditions juridiques différentes partageant l'Union européenne, le problème de la transcription des termes juridiques en langue française et en langue anglaise a été résolu de façon originale. Comme nous l'avons déjà relevé, le bijuridisme est conçu dans cet Etat comme un outil d'intégration normative, dont le but est d'assurer au droit privé fédéral⁷⁷¹ une interprétation uniforme sur tout le territoire canadien. Mais il ne saurait cependant être réduit à la seule traduction de la *common law* en français et de la *civil law* en anglais.⁷⁷² Au Canada, le bijuridisme est véritablement « dialogique »⁷⁷³, tant au niveau législatif que judiciaire, deux lois d'harmonisation récentes ayant permis de mettre au point une terminologie commune en matière de droit privé⁷⁷⁴. Concernant les textes législatifs, il s'agit non pas de faire dire exactement la même chose par chacune des versions linguistiques prises séparément, mais de faire dire une même chose par toutes les versions prises ensemble⁷⁷⁵. Cela implique de ne pas procéder à une simple mise en parallèle des différentes versions linguistiques comme tel est le cas à l'heure actuelle au sein de l'Union européenne.⁷⁷⁶ Au niveau judiciaire, les juridictions n'hésitent pas, à l'occasion d'un conflit terminologique, à s'appuyer sur les fiches publiées par le Ministère canadien de la Justice. Grâce à cette terminologie commune, la Cour suprême du Canada, dans une affaire dite *Schreiber*,⁷⁷⁷ a par exemple pu déterminer de façon précise la notion de « dommages

dernières années une certaine intégration du droit écossais au droit de la *common law*. Contrairement à la situation de la province de Québec, le Royaume uni n'a pas instauré un véritable dialogue bijuridique.

⁷⁷¹ Il faut noter que l'expérience du bijuridisme canadien ne s'applique qu'au droit privé.

⁷⁷² BASTARACHE M., « Le bijuridisme au Canada », conférence du 4 février 2000, in Ministère de la Justice du Canada, L'harmonisation de la législation fédérale du droit civil québécois et le bijuridisme canadien, disponible sur <http://www.justice.gc.ca> : « *Ce processus ne doit pas reposer sur la simple transposition des concepts d'une tradition juridique dans les concepts équivalents de l'autre tradition. Dans bon nombre de domaines, un nouveau vocabulaire est créé* ».

⁷⁷³ Cette expression est empruntée à JUTRAS D., « Enoncer l'indicible : le droit entre langue et traditions », RIDC 2000, n°4, page 781 et s.

⁷⁷⁴ Loi n°1 visant à harmoniser le droit fédéral avec le droit civil du 10 mai 2001 (S-4), http://www.parl.gc.ca/37/1/parlbus/chambus/house/bills/government/S-4/S-4_4/S-4_coverF.html et Loi n°2 visant à harmoniser le droit fédéral avec le droit civil du 15 décembre 2004 (S-10), http://www.parl.gc.ca/38/1/parlbus/chambus/house/bills/government/S-10/S-10_4/S-10_coverf.html.

⁷⁷⁵ JUTRAS D., « Enoncer l'indicible : le droit entre langue et traditions », RIDC 2000, n°4, page 786 : concernant le bijuridisme canadien, il ne s'agit pas « *de faire dire exactement la même chose par chacun des textes, séparément, mais de faire dire une même chose par les deux versions prises ensemble* ».

⁷⁷⁶ GALLAS T., « La rédaction multilingue dans l'Union européenne », in MORAND C.-A., *Légistique formelle et matérielle*, op. cit., page 217 et s.

⁷⁷⁷ Cour suprême du Canada, 12 septembre 2002, *Schreiber c/ Procureur du Canada*, [2002] CSC 62 : disponible sur <http://www.canlii.org/ca/jug/CSC/2002/2002CSC62.html>. Voir aussi, CUERRIER M., HASSAN S. ET GAUDREAU M. C., « Symposium : bijuridisme canadien et harmonisation de la législation fiscale fédérale », *Revue fiscale canadienne* 2003, vol. 51, n°1, spécialement page 180.

corporels » applicable au litige en cause⁷⁷⁸. En l'espèce, entraînent en conflit le terme « *personal injury* » de la version anglaise, pouvant englober des dommages autres que physiques, et le terme civiliste de « *dommages corporels* » dans la version française, qui exclut les dommages autres que physiques. La Cour s'appuie sur la terminologie commune adoptée en 2001 par la loi d'harmonisation n°1, qui ajoute les mots « *bodily injury* » à la terminologie anglaise afin de refléter au mieux la tradition civiliste.

216. Si l'Union a pris conscience de son multilinguisme, elle n'a pas suffisamment tenu compte de son bijuridisme. Si tel était le cas, la connaissance croisée des systèmes conceptuels permettrait de créer, à l'instar de ce que suggère Monsieur Rodolfo Sacco, « *un dictionnaire transsystématique et un réseau de concepts translinguistiques* »⁷⁷⁹. Or, cette ambitieuse entreprise ne peut aboutir sans que soit assurée, comme elle l'est au Canada⁷⁸⁰, une formation interdisciplinaire de « *jurilinguistes* »⁷⁸¹ et une formation universitaire transsystémique des futurs juristes⁷⁸². Cependant, il convient de souligner que le multilinguisme européen n'est en rien comparable au bilinguisme canadien. Si au Canada les textes s'adressent à quatre auditoires différents⁷⁸³, la situation devient vite inextricable lorsqu'on est confronté à vingt langues, ce qui fait croire que la co-rédaction serait « *impraticable au sein de l'Union européenne* »⁷⁸⁴. Les facteurs « temps » et « coûts » sont par conséquent à prendre en compte. D'une part, l'élaboration d'un code civil européen ne peut être envisagée de façon sérieuse qu'à très long terme, sous peine d'être vouée à l'échec⁷⁸⁵. D'autre part, étant donné l'importance⁷⁸⁵ du budget européen consacré aux dépenses

⁷⁷⁸ Le juge canadien souligne que la notion civiliste de « dommages corporels » renvoie clairement au seul préjudice causé au corps humain.

⁷⁷⁹ SACCO R., « Les problèmes d'unification du droit », in *Droit global, Unifier le droit : le rêve impossible ?*, op. cit., page 24.

⁷⁸⁰ Concernant l'enseignement universitaire, il faut noter deux approches différentes de former au bijuridisme, soit la mise en place d'un double cursus en common et civil law permettant d'obtenir le double diplôme, soit la mise en place d'un enseignement qui se veut « transsystémique » tout au long du cursus universitaire. Sur cette question : POPOVICI A., « Droit comparé et enseignement », *Revue juridique Thémis*, Montréal, 2002, vol. 36, n°3, spécialement pages 809-811.

⁷⁸¹ Sur le métier de jurilinguiste au Canada, voir le colloque : GEMAR JC. ET KASIRER N., *Jurilinguistique : entre langue et droit*, coéd. Thémis et Bruylant, 2005.

⁷⁸² LEROUCHE P., « L'intégration, les systèmes juridiques et la formation juridique », *Revue de droit McGill* 2001, n°46, page 1011 et s.

⁷⁸³ A savoir, les common lawyers anglophones et francophones, les civilistes francophones et anglophones : BASTARACHE M., « Le bijuridisme au Canada », conférence du 4 février 2000, in Ministère de la Justice du Canada, *L'harmonisation de la législation fédérale du droit civil québécois et le bijuridisme canadien*, disponible sur <http://www.justice.gc.ca>.

⁷⁸⁴ CORNU G., « Rapport de synthèse », in *Les mots de la loi*, op. cit., page 101.

⁷⁸⁵ Comme le disait si bien PORTALIS, « *Les codes des peuples se font avec le temps mais à proprement parler, on ne les fait pas* ». Voir, FAUVARQUE-COSSON B., « Faut-il un code civil européen ? », *RTDC* 2002, page 465 : « *C'est dire qu'un code civil européen ne se fera pas en quelques années sous peine d'être voué à l'échec* » ;

liées au multilinguisme⁷⁸⁶, la traduction du code civil européen dans l'ensemble des langues officielles sera nécessairement coûteuse. Toutefois, si le coût total de traduction et d'interprétation de toutes les institutions européennes s'élève chaque année à environ 800 millions d'euros, cela représente moins de 1 % du budget total de l'Union européenne.⁷⁸⁷ La traduction du code civil européen dans l'ensemble des langues officielles ne devrait donc pas grever de façon considérable le budget européen.

217. En outre, en raison de l'ampleur de la tâche, la co-rédaction dans toutes les langues de l'Union risque d'allonger le temps nécessaire à l'élaboration d'un code civil européen. Sur le modèle du mécanisme dit des « langues pivots » mis en place au sein de la Cour de Justice et déjà évoqué plus haut⁷⁸⁸, une limitation des langues de travail⁷⁸⁹ entre cinq et dix langues, dans lesquelles le texte du code civil européen sera corédigé, paraît le plus raisonnable et rationnel en termes de coût et d'efficacité⁷⁹⁰. Cette solution conjugue au mieux efficacité et diversité linguistique. Une traduction dans toutes les langues aura lieu par la suite, toutes les versions devant faire également foi, en vertu des principes de l'Union auxquels il n'est pas justifié ni judicieux de déroger.⁷⁹¹ Sans quoi on peut craindre une perte de confiance légitime dans les textes communautaires non considérés ainsi comme des versions originales⁷⁹².

218. Face à l'élargissement prévu à de nouveaux Etats membres, l'ampleur de la tâche risque de s'accroître davantage.

TALLON D., « Droit uniforme américain, code civil européen – Quels rapports ? », in *Pensée juridique française et harmonisation européenne du droit*, op. cit., page 66 : « L'élaboration d'un code civil européen ne pourra se faire qu'à la fin d'un long processus ».

⁷⁸⁶ SCHÜBEL-PFISTER I., « Enjeux et perspectives du multilinguisme dans l'Union européenne : après l'élargissement, la « babélisation » ? », RMCUE 2005, page 328 : l'auteur constate qu'avec 11 langues officielles, 50 % des dépenses administratives des institutions étaient imputables à la pluralité des langues utilisées. Suite à l'élargissement, les coûts de traduction et d'interprétariat risquent d'augmenter de plus de 800 millions d'euros par an.

⁷⁸⁷ Communiqué de presse de la Commission du 20 décembre 2006, « La Commission s'apprête à accueillir trois nouvelles langues officielles au 1^{er} janvier 2007 » : IP/06/1854.

⁷⁸⁸ BELORGEYS J.-M., GERVASONIC S. ET LAMBERT C., « Actualité de droit communautaire », *Chronique*, AJDA 2004, page 1076.

⁷⁸⁹ SCHÜBEL-PFISTER I., « Enjeux et perspectives du multilinguisme dans l'Union européenne : après l'élargissement, la « babélisation » ? », RMCUE 2005, spéc. page 333 : C'est ce que propose déjà Mme Schübel-Pfister pour le fonctionnement tout entier de l'Union européenne.

⁷⁹⁰ LEQUETTE Y., « Quelques remarques à propos du projet de code civil européen de M. Von Bar », D. 2002, chron. page 2209 : « c'est dire que c'est vers une co-rédaction dans les grandes langues de l'Union qu'il faudrait s'orienter ».

⁷⁹¹ Certains proposent que seuls les textes rédigés dans les langues de travail fassent foi : SCHÜBEL-PFISTER I., « Enjeux et perspectives du multilinguisme dans l'Union européenne : après l'élargissement, la « babélisation » ? », RMCUE 2005, spéc. page 333.

⁷⁹² On peut même y voir une certaine discrimination linguistique.

Paragraphe II - L'élargissement de l'Union européenne

219. Au cours de la construction européenne, l'Union a connu plusieurs vagues d'élargissements. C'est par le traité d'Athènes du 16 avril 2003 qu'elle s'est agrandie de façon la plus massive, passant de quinze à vingt-cinq Etats membres⁷⁹³. Le dernier élargissement de l'Union européenne, intervenu au 1^{er} janvier 2007, a permis l'entrée de deux nouveaux Etats membres, la Bulgarie et la Roumanie.⁷⁹⁴

220. La déclaration commune « *Une seule Europe* »⁷⁹⁵ réaffirme que l'élargissement de l'Union européenne reste un processus en cours ayant un caractère « *continu, inclusif, irréversible* ». Par conséquent, les élargissements prévus à échéance plus ou moins brève (A) pourraient bien compliquer l'entreprise de codification européenne⁷⁹⁶, qui ne peut assurément pas les éluder (B).

A) Les élargissements prévus

221. Si, à l'origine, les traités fondateurs posaient comme seule condition à l'adhésion d'avoir la qualité d'Etat européen, il est clairement indiqué depuis le Traité de Maastricht que « *le candidat à l'adhésion doit adhérer aux standards démocratiques de l'Europe occidentale* »⁷⁹⁷. Lors du Conseil européen de Copenhague du 22 juin 1993, ont été posés certains critères, dits « *critères de Copenhague* »⁷⁹⁸, qu'il est nécessaire de remplir pour

⁷⁹³ Traité d'Athènes du 16 avril 2003, relatif à l'adhésion à l'Union européenne de la République Tchèque, de l'Estonie, de Chypre, de la Lettonie, de la Lituanie, de la Hongrie, de Malte, de la Pologne, de la Slovaquie, JO CE du 23 septembre 2003, L n°236 (entré en vigueur le 1^{er} mai 2004). Voir, GARCIA-DURAN HUET P., « Le traité d'Athènes, un traité d'adhésion comme les autres ? », RMCUE 2004, page 290 et s.

⁷⁹⁴ Traité relatif à l'adhésion de la Roumanie et de la Bulgarie à l'Union européenne, 25 avril 2005, JO UE du 21 juin 2005, L, n°157, page 11 ; voir aussi, LEFEBVRE M., « Le grand bond vers l'Est : une nouvelle Europe », RMCUE 2004, page 281.

⁷⁹⁵ Citée in Exposé des motifs du projet de loi n°1048 autorisant la ratification du Traité d'adhésion à l'Union européenne de la République Tchèque, de l'Estonie, de Chypre, de la Lettonie, de la Lituanie, de la Hongrie, de Malte, de la Pologne, de la Slovaquie, présenté devant l'Assemblée nationale le 22 juillet 2003. Loi n°2003-1210 du 19 décembre 2003, parue au JO AN n°294 du 20 décembre 2003.

⁷⁹⁶ TALLON D., « Les principes pour le droit européen du contrat : quelles perspectives pour la pratique ? », Defrénois 2000, art. 37182, page 687.

⁷⁹⁷ BLUMANN C. ET DUBOUIS L., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Litec 2004, page 51. L'article 49 du Traité UE dispose en effet que « *tout Etat européen qui respecte les principes énoncés à l'article 6 § 1 peut demander à devenir membre de l'Union* ».

⁷⁹⁸ KATZ D., « Les critères de Copenhague », RMCUE 2000, page 483 et s.

adhérer à l'Union⁷⁹⁹. On requiert ainsi du pays candidat « *qu'il ait des institutions stables garantissant la démocratie, la primauté du droit, les droits de l'Homme, le respect des minorités et leur protection, qu'il soit doté d'une économie de marché viable et qu'il ait la capacité de faire face à la pression concurrentielle du marché intérieur, et enfin, qu'il ait la capacité d'en assumer les obligations, et notamment de souscrire aux objectifs de l'union politique, économique et monétaire* »⁸⁰⁰.

222. Concernant les élargissements projetés, il faut distinguer trois groupes de pays⁸⁰¹. Deux catégories ont vocation à intégrer à terme l'Union européenne. La première est composée d'Etats à qui a été reconnue de façon « officielle » la qualité de « pays candidats » en 1999 mais qui n'ont pas rejoints l'Union pour cause de préparation insuffisante⁸⁰². Ce sont à l'heure actuelle la Croatie, la Turquie et l'Ancien République Yougoslave de Macédoine (ARYM). Tout d'abord, l'adhésion de la Croatie devrait arriver en 2008 ou 2009, et seulement dans la mesure où ce pays coopèrera pleinement avec le Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie⁸⁰³. Concernant la Turquie, les institutions communautaires et les Etats membres sont davantage partagés quant à une éventuelle adhésion⁸⁰⁴. En témoigne le débat survenu à ce sujet⁸⁰⁵ et qui a trouvé un écho particulier lors du vote pour le traité établissant une Constitution pour l'Europe⁸⁰⁶. Il semble que le principal obstacle à l'adhésion de la Turquie à l'Union réside dans son aptitude à remplir les critères de Copenhague⁸⁰⁷. Enfin, l'ARYM s'est vue reconnaître récemment le statut de pays candidat.⁸⁰⁸

⁷⁹⁹ LEQUESNE C., « Adhérer à l'Union européenne : réflexion sur les critères, in Les dynamiques du droit européen en début de siècle », *Mélanges en l'honneur de GAUTRON G.*, 2004, page 745 et s.

⁸⁰⁰ Décision du Conseil européen du 19 mai 2003 concernant les principes, priorités, objectifs intermédiaires et conditions du partenariat pour l'adhésion de la Turquie, JO UE du 12 juin 2003, L n°145, page 42.

⁸⁰¹ Rapport VINÇON, Sénat 2003/2004, in *L'Union à vingt-cinq – Traité d'Athènes du 16 avril 2003*, page 118.

⁸⁰² JOLY G., « Le processus d'élargissement de l'Union européenne », RMCUE 2002, page 239 et s.

⁸⁰³ La Croatie a le statut de pays candidat depuis juin 2004 et les négociations concernant son adhésion ont débuté le 17 mars 2005. YAKEMTCHOUK R., « La Croatie deviendra-t-elle membre de l'Union européenne ? », RMCUE 2005, page 317 et s.

⁸⁰⁴ Voir à titre d'exemple, le Rapport de la Commission européenne du 6 octobre 2004, COM (2004) 676 final – SEC (2003) 1212, non publié au JO : tout en soulignant les progrès réalisés par ce pays, la Commission émet des réserves sur certains aspects tels que l'égalité homme/femme, la protection des minorités ou la liberté religieuse.

⁸⁰⁵ AKAGUL D., « Le cinquième élargissement de l'Union européenne et la question de la candidature turque », RMCUE 1998, page 359 et s. ; AKYOL N., « La Turquie et le processus d'élargissement », RMCUE 2002, page 239 et s. ; SCHMID D., « Europe/Turquie : en attendant l'heure », RMCUE 2004, page 492 et s. ; TEZCAN E., « La Turquie et l'Union européenne : le point sur les arguments des partisans et des adversaires de l'adhésion à la Turquie à l'Union européenne », RMCUE 2004, page 569 et s.

⁸⁰⁶ Voir par exemple, EWALD F., « Identité européenne ? », Les échos, 28/12/2004 ; SAINT-ETIENNE C., « Europe, Turquie et Traité constitutionnel : la solution », Les échos, 31/01/2005.

⁸⁰⁷ SCHMID D., « Europe/Turquie : en attendant l'heure », RMCUE 2004, page 493. Voir aussi, BAYRAM M., « Le droit turc confronté à l'acquis communautaire – L'exemple de l'application des règles de concurrence aux entreprises économiques publiques », RMCUE 2002, page 305 et s.

Lors du premier bilan annuel remis par la Commission le 8 novembre 2006, l'Union a considéré que cet Etat était en bonne voie pour respecter les critères politiques et économiques. Il doit cependant persévérer et accentuer les réformes afin de se mettre en conformité avec l'acquis communautaire.

223. La deuxième catégorie de pays correspond aux pays qualifiés de « candidats potentiels ». Ce sont principalement les pays qui composent les Balkans occidentaux, Etats loin de respecter encore les critères requis à l'adhésion⁸⁰⁹. Un objectif de cohésion au sein d'une Union élargie implique en effet une certaine stabilité des frontières avant que l'on ne soit en mesure d'accueillir ces nouveaux membres⁸¹⁰.

224. Enfin, une troisième catégorie est composée de pays n'ayant pas vocation à être candidats mais qui seraient concernés par une politique de « voisinage »⁸¹¹. Pour l'Union européenne, cette politique a pour but de se rapprocher des pays voisins de ses frontières extérieures, terrestres ou maritimes⁸¹². Ce troisième groupe de pays est composé à l'est de la Russie, de l'Ukraine ou de la Biélorussie, au sud du Maroc, de l'Algérie, de l'Egypte ou encore d'Israël⁸¹³. Leur adhésion n'étant pas envisageable, ces pays n'auront aucune répercussion sur les travaux d'élaboration du code civil européen.

225. Seul le premier groupe d'Etats candidats à l'élargissement doit entrer en ligne de compte dans les initiatives privées. Une distinction sera toutefois opérée entre les pays de l'Est et la Turquie.

⁸⁰⁸ Lors du Conseil européen de Bruxelles des 15 et 16 décembre 2005. Voir les conclusions de la présidence du 30 janvier 2006, disponible à http://www.Consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/fr/ec/87645.pdf.

⁸⁰⁹ SOBIESKY T., « L'Union européenne et les pays des Balkans – Le processus de stabilisation et d'association », RMCUE 2002, page 299 et s.

⁸¹⁰ Rapport VINÇON, Sénat 2003/2004, in *L'Union à vingt-cinq – Traité d'Athènes du 16 avril 2003*, page 119.

⁸¹¹ Communication de la Commission du 11 mars 2003, intitulée « l'Europe élargie – un nouveau voisinage », COM (2003) 104 déf. Voir aussi, « Elargissement : les nouveaux voisins de l'Europe », EURinfo février 2004, n°282, Représentation en Belgique de la Commission européenne, Bruxelles.

⁸¹² GOMART T., « Le partenariat entre l'Union européenne et la Russie à l'épreuve de l'élargissement », RMCUE 2004, page 349 et s. ; RIEKER P. ET SVERDRUP U., « L'élargissement de l'Union européenne dans une perspective norvégienne », RMCUE 2004, page 355 et s.

⁸¹³ « Elargissement : les nouveaux voisins de l'Europe », EURinfo février 2004, n°282, Représentation en Belgique de la Commission européenne, Bruxelles.

B) Les conséquences sur l'entreprise de codification

226. Les perspectives d'élargissement de l'Union européenne doivent être prises en compte dans le travail d'élaboration du code civil européen. L'entrée de pays tels que la Croatie ou l'Ancienne République Yougoslave de Macédoine (ARYM) ne devrait pas poser de problèmes particuliers, à rebours de ce qu'affirme M. Denis Tallon puisqu'il est difficile de ne pas rattacher ces pays, comme la plupart des pays de l'Europe centrale et de l'Est, à la famille romano-germanique.⁸¹⁴

227. Les classifications traditionnelles de familles de droit sont aujourd'hui largement dépassées et inadaptées, suite notamment à l'éclatement du bloc soviétique ainsi que « *des phénomènes d'émiettement illustrés par la scission de la Tchécoslovaquie* »⁸¹⁵ ou encore de la Yougoslavie. C'est pourquoi nous avons précédemment affirmé⁸¹⁶ que les derniers Etats à avoir adhéré à l'Union, anciennement pays de droit socialiste, pouvaient sans difficulté désormais se rattacher à la tradition civiliste. Le même constat peut être fait à propos de la Croatie et de l'ARYM.⁸¹⁷ Ainsi, concernant la Croatie, l'introduction en 1806 du code Napoléon dans les provinces illyriennes a influencé de façon déterminante le droit civil croate. Il contribue encore aujourd'hui à son évolution⁸¹⁸.

228. A rebours de ce qu'énonce Monsieur Denis Tallon,⁸¹⁹ la question de la Turquie est plus délicate à résoudre. En effet, la Turquie ne peut être rattachée à aucune des deux familles partageant l'Union européenne. Pour reprendre Monsieur Jaakko Husa⁸²⁰, la classification fondamentale doit être faite entre la « *western legal culture* », qui regroupe les pays romanistes, de *common law*, les pays scandinaves et les anciens pays socialistes ; la « *non western legal culture* » composée des pays de droit islamique et de droit indien ainsi

⁸¹⁴ LEGEAIS R., *Grands systèmes de droit contemporains – Approche comparative*, Litec, 2004, page 158.

⁸¹⁵ LEGEAIS R., *Grands systèmes de droit contemporains – Approche comparative*, Litec, 2004, page 158.

⁸¹⁶ Voir dans cette partie, Titre I, Chapitre II

⁸¹⁷ Même s'il faut bien émettre quelques réserves sur ces deux pays quant à leur difficulté à faire respecter les droits de l'Homme.

⁸¹⁸ Colloque du 26 novembre 2004 consacré au code civil à l'occasion de son bicentenaire, organisé par l'Université de Rijeka.

⁸¹⁹ TALLON D., « Les principes pour le droit européen du contrat : quelles perspectives pour la pratique ? », Defrénois 2000, art. 37182, page 687 : nous ne sommes pas d'accord avec l'auteur qui affirme que « *L'entrée de la Turquie ne présenterait pas de difficultés majeures, pour autant qu'elle conserve son droit actuel, parfaitement européenisé. Il en irait différemment pour les pays ex-socialistes d'Europe dont certains n'ont pas encore totalement « digéré », au plan juridique, le passage à l'économie de marché. Il ne faut pas se dissimuler qu'à leur égard l'adoption d'un Code civil européen se fera d'une autre façon* ».

⁸²⁰ HUSA J., « Classification of legal families today : is it time for a memorial hymn ? », RIDC 2004, n°1, page 12 et s.

que des pays de droit africain et de droit asiatique ; et enfin, la « *hybrid legal culture* » regroupant les systèmes de droit tels que celui d’Israël, de Québec, d’Ecosse ou de Louisiane. A l’exception de l’Ecosse dont la culture juridique est hybride⁸²¹, l’ensemble des pays de l’Union européenne appartient à la première catégorie, ce qui indique une certaine homogénéité de leurs droits privés, et plus particulièrement civils. La Turquie se range à l’opposé parmi les pays de la « *non western legal culture* ». Bien que la Turquie fasse des efforts pour remplir les critères de Copenhague⁸²² et qu’elle ait adhéré à la Convention européenne des droits de l’Homme⁸²³, il semble difficile de pouvoir rapprocher le droit civil turc des autres droits de l’Union. Plus particulièrement, en matière de théorie générale des contrats, parler de concordance entre le droit musulman et les droits occidentaux serait plus que discutable, en dépit de quelques ressemblances et d’un code civil emprunté à la Suisse.⁸²⁴ De façon globale, contrairement aux droits occidentaux, le droit privé turc a toujours été davantage lié aux principes moraux et religieux qu’aux considérations économiques.⁸²⁵ Cependant, l’attrait d’une adhésion à l’Union européenne sera un facteur déterminant à long terme d’une européanisation du droit civil turc, que certains présentent pourtant comme un droit parfaitement européanisé⁸²⁶. En attendant, la candidature turque, en raison des incertitudes qui l’entourent, ne doit pas être prise en compte dans les travaux en vue d’un code civil européen.

229. Outre le multilinguisme et les perspectives d’élargissement, ce sont les coûts de l’entreprise de codification qui doivent être quantifiés et qui peuvent constituer un obstacle non négligeable.

⁸²¹ LEGEAIS R., *Grands systèmes de droit contemporains – Approche comparative*, Litec, 2004, page 93 et s.

⁸²² TEZCAN E., « La Turquie et l’Union européenne : le point sur les arguments des partisans et des adversaires de l’adhésion à la Turquie à l’Union européenne », RMCUE 2004, page 569 et s.

⁸²³ La Turquie a ratifié la Convention européenne de sauvegarde des libertés fondamentales et des droits de l’Homme le 10 mars 1954 et a reconnu depuis le 27 janvier 1987 le droit de recours individuel. A ce jour, la Turquie a fait l’objet de nombreuses condamnations en matière civile et la Cour européenne des droits de l’Homme n’hésite pas à rappeler à la Turquie que la Convention fait partie intégrante de son droit.

⁸²⁴ A ce titre, voir l’ouvrage de COMAIR-OBEID N., *Les contrats en droit musulman des affaires*, coll. Droit des affaires et de l’entreprise, Economica, 1995 ; LEGEAIS R., *Grands systèmes de droit contemporains – Approche comparative*, Litec, 2004, page 213.

⁸²⁵ LEGEAIS R., *Grands systèmes de droit contemporains – Approche comparative*, Litec, 2004, page 212.

⁸²⁶ TALLON D., « Les principes pour le droit européen du contrat : quelles perspectives pour la pratique ? », Defrénois 2000, art. 37182, page 687 : « L’entrée de la Turquie ne présenterait pas de difficultés majeures, pour autant qu’elle conserve son droit actuel, parfaitement européanisé ».

Paragraphe III - Les coûts

230. L'entreprise de codification européenne aura un coût financier non négligeable, comme nous l'avons entraperçu à travers les problèmes du multilinguisme et de l'élargissement. Ce n'est pas seulement à travers ses seules incidences pécuniaires que la question des coûts doit être abordée (B). Le facteur humain entre aussi en ligne de compte puisque l'effort intellectuel doit aussi être quantifié (A).

A) Le coût scientifique

231. Conscientes de ne pas disposer « *des ressources financières, personnelles et logistiques suffisantes* »⁸²⁷ pour mener à bien une codification globale du droit civil européen, les institutions communautaires ont laissé le soin à la doctrine européenne de faire progresser l'entreprise. Le travail mené à bien jusqu'ici n'est pourtant qu'un début. Il est nécessaire qu'émerge une science juridique transnationale, sous l'impulsion d'un institut européen coordonnateur des différentes initiatives privées, sans lequel le projet de code civil européen ne pourra avancer.

1) L'élaboration du code par des initiatives privées

232. Tout en étant conscientes de la difficulté et de l'ampleur de la tâche, les institutions communautaires ont encouragé la doctrine européenne à se saisir de la question du code civil européen. A différents degrés, des groupes de travail se sont structurés. Certains d'entre eux ont été désignés par la Commission et le Parlement européen comme les mieux à même d'élaborer un projet de code.⁸²⁸ Si les institutions communautaires semblent donner toutefois plus d'importance à certains groupes qu'à d'autres, c'est avant tout parce que les

⁸²⁷ CHAMBOREDON A. ET SCHMID C. U., « Pour la création d'un « Institut européen du droit »-Entre une unification législative ou non législative, l'émergence d'une science juridique transnationale en Europe », RIDC 2001, n°3, page 703.

⁸²⁸ FAUVARQUE-COSSON B., « Faut-il un code civil européen ? », RTDC 2002, page 476 ; PRIETO C., « Une culture contractuelle commune en Europe, in Regards croisés sur les principes du droit européen du contrat et sur le droit français », page 43 : en effet, les travaux de la Commission Lando, relayée par les travaux du Study group de M. von Bar, ainsi que les travaux de l'académie des privatistes européennes de M. Gandolfi ont été cités notamment dans la communication de la Commission du 11 juillet 2001.

travaux sont actuellement si dispersés que les diverses propositions faites « *sont peu ou mal connues des principaux intéressés – les institutions communautaires en particulier* ». ⁸²⁹

233. Le *Study group* de Monsieur von Bar s'est plus particulièrement trouvé dans la ligne de mire de la doctrine française, celle-ci dénonçant une certaine opacité et un manque de transparence et, par conséquent, d'indépendance des travaux de ce groupe ⁸³⁰. Le mimétisme entre les travaux de ce groupe de travail et ceux du Parlement a permis de spéculer qu'il serait à la solde des institutions communautaires. ⁸³¹ On peut en effet émettre des doutes quant à la légitimité des différents groupes de travail qui se sont constitués, sur leur représentativité ou sur les raisons, sans doute plus utilitaristes qu'altruistes, qui les ont poussé à se lancer dans de tels projets ⁸³². Si les critiques sont salutaires, il faut *a contrario* louer les efforts des membres des différents groupes, ayant pour une large part consacré bénévolement leur temps et leur travail au projet de codification ⁸³³. On ne peut que se réjouir de voir fleurir ces projets de code, source incontestable de connaissance et d'enrichissement ⁸³⁴. Comme en témoigne le désir plus ou moins intense de ces groupes de voir leur projet transformé en législation européenne ⁸³⁵, nul ne peut prédire quel groupe emportera la mise si un code civil européen voit le jour. Peut-être aucun d'entre eux.

234. « *Quoi qu'il en soit, les groupes ne sont que l'un des rouages d'un processus qui les dépasse et dans lequel la doctrine doit, en toute indépendance, jouer le rôle qui lui*

⁸²⁹ CHAMBOREDON A. ET SCHMID C. U., « Pour la création d'un « Institut européen du droit »-Entre une unification législative ou non législative, l'émergence d'une science juridique transnationale en Europe », RIDC 2001, n°3, spéc. page 692.

⁸³⁰ FAUVARQUE-COSSON B., « Faut-il un code civil européen ? », RTDC 2002, page 477.

⁸³¹ De nombreux auteurs relèvent notamment que le calendrier avancé par le Parlement européen dans sa résolution du 15 novembre 2001 coïncide avec les propositions faites par le groupe : LEQUETTE Y., « Quelques remarques à propos du projet de code civil européen de M. Von Bar », D. 2002, chron. page 2211 plus spécialement. D'autres remarquent que, pur fruit du hasard ou non, les thèmes retenus par le groupe suivent précisément les thèmes annoncés par cette même institution : FAUVARQUE-COSSON B., « Faut-il un code civil européen ? », RTDC 2002, page 476.

⁸³² PRIETO C., « Une culture contractuelle commune en Europe », in Regards croisés sur les principes du droit européen du contrat et sur le droit français, page 46 : à propos du *Study group*, nous comprenons que l'auteur affirme que « *La suspicion existe qu'il se sente ainsi autorisé à lancer une marche forcée pour la rédaction d'un prototype de code civil européen* ».

⁸³³ ROUHETTE G., DE LAMBERTERIE I., TALLON D. ET WITZ C., Principes du droit européen du contrat, 2003, page 11.

⁸³⁴ HUET J., « Nous faut-il un « euro » droit civil ? », D. 2002, Point de vue, page 2613-2614 : pour cet auteur, il faut encourager les travaux en cours car « *le travail accompli de cette manière peut être riche de conséquences positives* ».

⁸³⁵ GANDOLFI G., Introduction, in *Le code européen des contrats-Avant projet*, 2001, pages LVII-LVIII : « *Je dois pour conclure préciser que le groupe de travail ne s'est pas expressément posé le problème de la voie par le truchement de laquelle l'avant-projet pourra devenir un code en vigueur pour les citoyens de l'UE. (...) Mais une fois entreprise la rédaction concrète de l'avant-projet, il nous apparut excessif, voire exagérément prétentieux, de nous occuper à nouveau d'une telle perspective* ».

revient : (...) tracer les grandes étapes d'un projet »⁸³⁶. Une telle oeuvre de systématisation doit logiquement être placée sous l'égide de la doctrine⁸³⁷. En effet, la doctrine a pour principale fonction de rechercher de grands principes, de confectionner des théories générales⁸³⁸. Mais elle a aussi pour fonction de prendre parti et, grâce à une certaine liberté de ton et donc d'indépendance, de critiquer individuellement ou collectivement les propositions faites pour un code civil européen⁸³⁹. Cette « prise de pouvoir doctrinale »⁸⁴⁰ ne doit donc pas s'analyser de façon négative. C'est également la possibilité, dans une Union européenne que l'on dit « technocratique », de pallier un manque de proximité dans l'élaboration de la législation communautaire. Contrairement à la majorité des textes communautaires, le code civil européen pourra être le fruit d'une réflexion doctrinale transnationale et non celui de fonctionnaires européens. Cette prise de pouvoir doctrinale assurera par conséquent une certaine légitimité au projet et en garantira au mieux l'acceptation future par les peuples européens.⁸⁴¹

235. Pour autant, dans un souci d'une discussion juridique la plus large possible⁸⁴², la doctrine ne peut s'acquitter seule de cette tâche⁸⁴³. Ce travail de codification européenne doit aussi être entrepris avec les praticiens. Il serait en effet « dommage d'occulter la part que peuvent apporter les praticiens. Ceux-ci sont, par définition, au contact de la réalité et sont les mieux placés pour apprécier et anticiper les besoins du corps social »⁸⁴⁴. La création au niveau communautaire d'un institut indépendant permettrait une meilleure coordination de l'ensemble de ces forces vives et un aboutissement plus rapide vers un projet sérieux de codification.

⁸³⁶ FAUVARQUE-COSSON B., « Faut-il un code civil européen ? », RTDC 2002, page 477.

⁸³⁷ RACINE J.-B., « Pourquoi unifier le droit des contrats en Europe ? Plaidoyer en faveur de l'unification », Revue du droit de l'UE 2003, page 396.

⁸³⁸ JESTAZ P. ET JAMIN C., *La doctrine*, Dalloz, 2004, pages 228-232 spécialement.

⁸³⁹ Le moins que l'on puisse dire est que la doctrine française remplit très bien cette fonction. Voir JESTAZ P. et JAMIN C., *La doctrine*, Dalloz, 2004, page 244 : à propos de la réponse -hors délai- faite par Philippe Malinvaud à la Communication de la Commission du 11 juillet 2001, les auteurs font remarquer que M. Malinvaud n'exprime pas ici son opinion individuelle mais celle de différents membres de l'association H. Capitant.

⁸⁴⁰ Selon l'expression empruntée au Professeur B. FAUVARQUE-COSSON, in « Faut-il un code civil européen ? », RTDC 2002, page 475.

⁸⁴¹ SONNENBERGER H. J., « L'harmonisation ou l'uniformisation européenne du droit des contrats sont-elles nécessaires ? Quels problèmes suscitent-elles ? », RCDIP 2002, p. 412.

⁸⁴² SONNENBERGER H. J., « L'harmonisation ou l'uniformisation européenne du droit des contrats sont-elles nécessaires ? Quels problèmes suscitent-elles ? », RCDIP 2002, p. 412.

⁸⁴³ MALINVAUD P., « Réponse -hors délai- à la Commission européenne : à propos d'un code européen des contrats », D. 2002, chron. page 2551 : « L'unité juridique en Europe ne saurait être imposée par la force, ni a fortiori par les seuls universitaires ».

⁸⁴⁴ RACINE J. B., « Pourquoi unifier le droit des contrats en Europe ? Plaidoyer en faveur de l'unification », Revue du droit de l'UE 2003, page 396.

2) La création d'un Institut fédérateur d'une doctrine européenne émergente

236. Suite à la communication de la Commission du 11 juillet 2001, l'idée a germé de créer un organisme européen pour coordonner en toute indépendance les différents projets, et qui serait le reflet d'une science juridique européenne émergente⁸⁴⁵. Le Parlement voulait qu'une telle cellule soit créée pour 2002 afin de jeter les bases de la réforme du droit européen des contrats⁸⁴⁶. Il est regrettable que la Commission n'ait pas jugé utile de le suivre sur ce point. Sa création s'avère, comme nous allons le voir, essentielle. S'appuyant sur ce que préconise la Commission en matière de simplification législative⁸⁴⁷, cette « *structure créée ad hoc* »⁸⁴⁸ devra être composée non seulement d'universitaires, mais aussi de praticiens, de fonctionnaires européens, d'experts, offrant ainsi un panel le plus large et le plus représentatif possible du monde des juristes. Cette diversification assurera ainsi une plus grande indépendance vis-à-vis des institutions communautaires et une plus grande impartialité.⁸⁴⁹

237. Car, au sein de cette structure, que la doctrine nomme de différentes manières⁸⁵⁰ et que nous appellerons « Institut du droit européen », pourront être rationalisés les travaux jusqu'ici entrepris⁸⁵¹. Sera ainsi pallié l'actuel éparpillement des forces vives qui ne profite à personne. Cet organisme devra avoir en charge de coordonner les différentes initiatives, non

⁸⁴⁵ RACINE J.B., « Pourquoi unifier le droit des contrats en Europe ? Plaidoyer en faveur de l'unification », *Revue du droit de l'UE* 2003, page 396.

⁸⁴⁶ PRIETO C., « Pour l'expérimentation d'un droit commun des contrats transfrontaliers sous l'égide d'un institut du droit européen », in *Regards croisés sur les principes du droit européen du contrat et sur le droit français*, page 95.

⁸⁴⁷ Communication plan d'action « Simplifier et améliorer l'environnement réglementaire », COM (2002) 278, spéc. note 29.

⁸⁴⁸ Selon ce qu'avance : PRIETO C., « Pour l'expérimentation d'un droit commun des contrats transfrontaliers sous l'égide d'un institut du droit européen », in *Regards croisés sur les principes du droit européen du contrat et sur le droit français*, page 86.

⁸⁴⁹ CHAMBOREDON A. ET SCHMID C. U., « Pour la création d'un « Institut européen du droit » - Entre une unification législative ou non législative, l'émergence d'une science juridique transnationale en Europe », RIDC 2001, n°3, page 706.

⁸⁵⁰ On parle de Commission indépendante pour le droit européen (VAN GERVEN W., « Codifying european private law ? Yes, if ... ! », *ELR* 2002, n°27, page 176 : reprenant la proposition faite par W. Snijders lors de la réforme du code civil néerlandais), d'institut de recherches juridiques européennes (encore, VAN GERVEN W., « Rapport introductif », in *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, op. cit., page 8) ou d'Institut européen du droit (PRIETO C. et CHAMBOREDON A. ET SCHMID, C.U., précités)

⁸⁵¹ CHAMBOREDON A. ET SCHMID C. U., « Pour la création d'un « Institut européen du droit » - Entre une unification législative ou non législative, l'émergence d'une science juridique transnationale en Europe », RIDC 2001, n°3, spéc. page 686.

de les fusionner, « afin de profiter de leur synergie ».⁸⁵² Ce sera donc avant tout un lieu de rencontre et d'échange entre juristes en provenance de l'ensemble des pays membres de l'Union européenne, jetant ainsi les bases d'une réelle communication inter-juristes⁸⁵³. De cet organisme pérenne pourra résulter une réflexion comparative continue et approfondie. Concernant encore la structuration des moyens scientifiques, un Institut du droit européen s'avèrera essentiel pour assurer, à moindre frais notamment par le biais d'Internet⁸⁵⁴, la diffusion de la jurisprudence relative au code, du moins la plus significative, à l'ensemble des Etats membres⁸⁵⁵. Plusieurs organismes, européens ou non, peuvent à cet égard servir d'exemples. Sur le modèle des instituts les plus réputés en Europe, tels l'Institut universitaire européen de Florence ou l'Institut Max Planck de Hambourg⁸⁵⁶, l'Institut du droit européen servira tant à la recherche fondamentale qu'à la mise à disposition d'informations aux autorités et juridictions nationales. De même, à l'image de l'*American Law Institute*⁸⁵⁷, à l'origine conjointement avec la *National Conference of Commissioners* du Code uniforme de Commerce des Etats Unis, l'Institut du droit européen permettra un ré-exposé du droit civil européen de façon plus claire et ordonnée, propre à faciliter l'élaboration et la mise en application d'un code civil européen.

238. La création d'un institut du droit européen, loin d'être une solution « miracle », reste indispensable à la fédération d'une doctrine européenne émergente et à la diffusion d'une science juridique européenne. A l'heure où la plupart « *des juristes restent imprégnés exclusivement par les dogmes de leur droits nationaux* »⁸⁵⁸, les universitaires et les praticiens accèderont à une nécessaire ouverture sur les autres systèmes composant l'Union

⁸⁵² VAN GERVEN W., « Rapport introductif », in *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, op. cit., page 8.

⁸⁵³ PRIETO C., « Pour l'expérimentation d'un droit commun des contrats transfrontaliers sous l'égide d'un institut du droit européen », in *Regards croisés sur les principes du droit européen du contrat et sur le droit français*, op. cit., page 92 : « *C'est à partir d'une instance permettant les échanges et les controverses intellectuelles que pourra se forger une identité collective forte. Cette identité sera authentiquement européenne si toutes les cultures se sentent scientifiquement représentées* ».

⁸⁵⁴ CHAMBOREDON A. ET SCHMID C. U., « Pour la création d'un « Institut européen du droit » - Entre une unification législative ou non législative, l'émergence d'une science juridique transnationale en Europe », RIDC 2001, n°3, page 706.

⁸⁵⁵ RUFFINI-GANDOLFI M.-L., « Problèmes d'unification du droit en Europe et le code européen des contrats », RIDC 2002, n°4, page 1102.

⁸⁵⁶ KNUDSEN H., « L'information en droit comparé – Expériences étrangères, l'Institut Max Planck », RIDC 1996, page 371 et s.

⁸⁵⁷ TUNC A., « Préface », in *Le code de commerce uniforme des Etats Unis*, op. cit., pages 13-18

⁸⁵⁸ SONNENBERGER H. J., « L'harmonisation ou l'uniformisation européenne du droit des contrats sont-elles nécessaires ? Quels problèmes suscitent-elles ? », RCDIP 2002, p. 414.

européenne⁸⁵⁹. La mise en place d'un institut du droit européen, pourquoi pas aussi consacré aux études européennes, permettra par ailleurs de repenser la place faite à l'enseignement du droit comparé dans la formation juridique. Comme nous l'avons déjà relevé, une formation transsystémique s'impose sur le modèle canadien, où le droit comparé n'est plus enseigné comme matière mais devient méthode.⁸⁶⁰ Or, ces propositions ne verront jamais le jour sans les moyens financiers nécessaires à leur mise en œuvre.

B) Le coût financier

239. Les besoins logistiques à l'élaboration et la mise en application d'une législation européenne nouvelle sont de taille. Une mobilisation scientifique, dans l'ensemble des pays membres de l'Union, faciliterait la tâche. Outre le coût scientifique, le coût financier est un obstacle de taille à l'élaboration et à la mise en œuvre d'un code commun pour l'Union.

1) Le coût lié à l'élaboration du code

240. Si on part de l'exemple des recodifications civiles récentes opérées aux Pays Bas⁸⁶¹ ou au Québec⁸⁶², force est de constater que le coût financier de ces projets a été élevé. Pourtant, il ne s'agissait que de réformer des codes déjà existants, ce qui n'est en rien comparable avec le projet de code civil européen⁸⁶³. Concernant cette entreprise, la plupart des initiatives privées subsistent grâce aux subventions attribuées à l'échelle nationale. De façon plus occasionnelle, les subsides sont européennes mais elles tendent à se réduire. À propos de la Commission Lando, ses travaux ont principalement été financés par le service juridique de la Commission européenne jusqu'en 1994, et de façon subsidiaire par différents

⁸⁵⁹ TUNC A., « Présentation de la 1^{ère} édition », in *Le code européen des contrats – Avant-projet*, 2001, page XXXIX : « Il s'agit de dépasser les habitudes de pensée nationale et les sentiments du juriste français, allemand ou italien, pour ne citer qu'eux, que les solutions données par son code civil sont satisfaisantes et, sinon les seules concevables, du moins les meilleures ».

⁸⁶⁰ LEROUCHE P., « L'intégration, les systèmes juridiques et la formation juridique », *Revue de droit de McGill* 2001, n°46, page 1023 : il souligne la nécessité d'intégrer le droit comparé à chaque matière, enseignée chacune de manière transversale, à travers plusieurs ordres juridiques pour un travail plus en profondeur.

⁸⁶¹ HONDIUS E., « Le code civil néerlandais - les douze premières années », *JDT* 2004, page 236, spécialement note 21 : l'introduction du N. B. W. a coûté plus de trois millions d'euros pour les cinq premières années et plus de six millions et demi d'euros pour les vingt premières années.

⁸⁶² NORMAND S., « L'expérience québécoise de recodification du droit civil », *JDT* 2004, page 230 et s.

⁸⁶³ Comme le souligne : LEROUCHE P., « L'intégration, les systèmes juridiques et la formation juridique », *Revue de droit de McGill* 2001, n°46, page 1016.

instituts, centres de recherches et départements juridiques universitaires de divers pays européens.⁸⁶⁴ Le groupe de M. von Bar, quant à lui, est essentiellement subventionné par la société allemande de recherche scientifique et, de façon plus épisodique, par les institutions communautaires.⁸⁶⁵ Le bénévolat est de toute façon de rigueur pour les membres de ces groupes, ce qui a déjà été souligné.⁸⁶⁶

241. Si un programme de recherche se mettait en marche au niveau européen, cela ne serait pas suffisant pour financer cette tâche immense qu'est d'élaborer un code civil européen⁸⁶⁷. Un partage des coûts s'impose entre l'Union et les Etats membres. Si les centres de recherche nationaux doivent apporter une contribution essentielle, il serait en effet peut-être plus avantageux pour les Etats membres de donner une subvention globale, calculée bien entendu de façon proportionnelle aux moyens économiques de chaque Etat, que de subventionner chaque groupe en faisant la demande. De plus, cela rétablirait ainsi une certaine égalité entre les groupes, certains étant au final plus subventionnés que d'autres. Outre ces subventions publiques, en provenance tant de l'Union que des Etats membres, des subventions privées peuvent aussi aider à financer l'entreprise codificatrice. Elles posent toutefois des problèmes d'éthique et d'indépendance des recherches. Mais un financement diversifié du projet de code européen ne serait-il pas non plus un gage d'une plus grande indépendance dans la conduite des travaux ? Nonobstant le coût lié à l'élaboration même du projet de code, des dépenses liées à la mise en application du code viendront croître le montant pécuniaire nécessaire à cette entreprise.

2) Le coût lié à la mise en application du code

242. La mise en application du code entraînera des coûts liés à la formation des juristes, qu'ils soient étudiants, universitaires ou praticiens, au droit nouveau créé par le code européen. En effet, en raison du caractère spécifique du droit communautaire, le code

⁸⁶⁴ ROUHETTE G., DE LAMBERTERIE I., TALLON D. ET WITZ C., *Principes du droit européen du contrat*, 2003, page 11.

⁸⁶⁵ LEQUETTE Y., « A propos du projet de code civil européen de M. von Bar », page 84 ; TALLON D., « Les travaux de la Commission Lando », in *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, op. cit., page 124.

⁸⁶⁶ ROUHETTE G., DE LAMBERTERIE I. ET TALLON D. ET WITZ C., *Principes du droit européen du contrat*, Société de législation comparée, coll. Droit privé comparé et européen, 2003, page 11.

⁸⁶⁷ PRIETO C., « Pour l'expérimentation d'un droit commun des contrats transfrontaliers sous l'égide d'un institut du droit européen », in *Regards croisés sur les principes du droit européen du contrat et sur le droit français*, PUAM, 2003, page 67 et s.

européen viendra se superposer aux législations nationales, plutôt que s'y substituer. Par conséquent, les sources du droit civil seront multipliées et nouvelles, ce qui générera, selon Monsieur Jérôme Huet, un coût lié à l'obsolescence des manuels, des codes ou des banques de données.⁸⁶⁸

243. Or, une telle apocalypse n'aura peut-être pas lieu.⁸⁶⁹ Si on en revient aux expériences de recodification civile menées aux Pays Bas et au Québec ces dernières années, il est vrai que l'élaboration des codes a été le fruit d'une très longue réflexion et gestation, ce qui a permis une familiarisation progressive avec les règles nouvelles du code. Par exemple, concernant le NBW hollandais, les nouveautés juridiques ont été annoncées tant par la doctrine qui a commenté le projet, que par les juridictions qui ont parfois interprété le texte par voie d'anticipation, bien avant son entrée en vigueur.⁸⁷⁰ Comme l'explique Monsieur Ewoud Hondius, le désavantage d'une mise en application très longue de ce nouveau code civil, d'environ neuf années, a permis une meilleure préparation des juristes.⁸⁷¹ Ainsi, la transition n'a pas été trop brutale. De plus, si l'on s'attache à l'exemple des réformes successives du droit civil en France, il faut bien prendre conscience que le code civil ne codifie pas les sources européennes. Au mieux sont-elles indiquées en note sous les articles concernés. Cela ne bouleversera donc pas nos habitudes. Les manuels seront renouvelés comme à l'accoutumée ainsi que les banques de données, sans véritable problème.

244. Si une formation des juristes au droit nouveau pouvait être assurée par l'Institut du droit européen, elle doit aussi être relayée au sein de chaque Etat membre. Les praticiens et juges nationaux doivent aussi être formés à ce droit nouveau pour pouvoir l'appliquer ou demander à titre préjudiciel des précisions à la Cour de Justice des Communautés européennes. Plus qu'un coût lié à la formation, c'est un coût logistique et institutionnel dont il faut tenir compte, l'interprétation de ce texte risquant d'engendrer un contentieux important devant la Cour de Justice, juridiction faut-il le rappeler tenue de respecter des délais

⁸⁶⁸ HUET J., « Nous faut-il un euro droit civil ? », D.2002, Point de vue n°34, page 2613. Rapprocher de DECOQ B., « Droit communautaire des affaires », Tome 1 – Droit professionnel communautaire, Litec, Les cours de droit 1994-1995, page 7 : « qui dit uniformisation des législations dit changement de ces législations. Or -c'est un fait d'expérience- toute règle impérative nouvelle attend fatalement au progrès économique par ce qu'elle suppose de temps, d'énergie et d'argent consacrés à l'adaptation des activités en cause à ses exigences ».

⁸⁶⁹ HONDIUS E., « Le code civil néerlandais – les douze premières années », JTD 2004, page 235.

⁸⁷⁰ HONDIUS E., « Le code civil néerlandais – les douze premières années », JTD 2004, page 237.

⁸⁷¹ HONDIUS E., « Les bases doctrinales du nouveau code néerlandais », in colloque « Traditions savantes et codifications », Poitiers 8, 9 et 10 septembre 2005.

raisonnables, au sens de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme. Mais c'est déjà aborder là les difficultés plus spéciales liées à la superposition des ordres juridiques.

Section II- Les difficultés spéciales liées à la superposition et à la coexistence des ordres juridiques

245. L'élaboration et la mise en application d'un code civil européen pourraient se heurter à des conflits surgissant entre droit communautaire et droits nationaux d'une part, ainsi qu'à ceux existant entre droit communautaire et droit international et européen non communautaire d'autre part. Ces conflits sont inhérents au pluralisme juridique et ne cesseront pas tant que le pluralisme juridique sera présent au sein de l'Union européenne. Ce dernier ayant encore de beaux jours devant lui, des solutions doivent donc être envisagées pour apaiser et résoudre les conflits.

246. La récente théorie dialectique du droit proposée par Messieurs Ost et van de Kerchove⁸⁷², que Madame Laurence Idot résume de la manière suivante : « *Oublions la pyramide de Kelsen, tout est réseau* »⁸⁷³, rend bien compte de toute la complexité des rapports entre droit communautaire et droits des Etats membres. Cette complexité s'explique par la superposition des normes et des ordres juridiques communautaire et nationaux⁸⁷⁴. Des solutions sont à chercher pour résoudre les conflits potentiels pouvant surgir entre les dispositions nationales et celles du code civil européen, le droit communautaire prévalant sur le droit interne (Paragraphe I).

247. Si on peut parler de « superposition » à propos de l'ordre juridique communautaire et des ordres juridiques internes aux Etats membres, on préférera le terme de

⁸⁷² OST F. ET VAN DE KERCHOVE M., « De la pyramide au réseau ? Vers un nouveau mode de production du droit ? », RIEJ 2000, page 44 et s. ; mêmes auteurs, *De la pyramide au réseau : pour une théorie dialectique du droit*, Presses St Louis, 2002.

⁸⁷³ IDOT L., « Propos introductifs », in *Internormativité et réseaux d'autorités : l'ordre communautaire et les nouvelles formes de régulation*, PA du 5/10/2004, n°199, page 3.

⁸⁷⁴ AZOULAY L., « Autonomie et antinomie du droit communautaire : la norme communautaire à l'épreuve des intérêts et des droits nationaux », in *Internormativité et réseaux d'autorités : l'ordre communautaire et les nouvelles formes de régulation*, PA du 5/10/2004, n°199, page 4.

« coexistence »⁸⁷⁵ pour aborder la question des conflits entre droit communautaire et droit international et européen des droits de l'Homme, puisqu'on sort du cadre de l'intégration communautaire. Ces conflits potentiels doivent être identifiés et résolus afin que le futur code civil de l'Union n'entre pas en contradiction avec les normes européennes non communautaires et internationales (Paragraphe II).

Paragraphe I- Les problèmes inhérents à la superposition des ordres juridiques nationaux et de l'ordre juridique communautaire

248. La possible mise en place d'un code civil européen implique que les problèmes majeurs, liés d'une part à la détermination des critères d'applicabilité du code civil européen, et d'autre part, à la détermination des juges en charge de ce même code, soient dépassés sans quoi la superposition des codes européen et nationaux ne saurait être viable.

249. En effet, on ne peut souscrire à la thèse selon laquelle « *la mort des codes civils nationaux est clairement programmée* »⁸⁷⁶. Elle méconnaît la nature même du droit communautaire, qui n'a pas pour vocation de supprimer les droits nationaux mais de les intégrer en s'y superposant. Si un code civil européen voyait le jour, les codes civils nationaux continueraient donc d'exister et de régir les situations purement internes. Au code civil européen seraient dévolues les situations intracommunautaires. En raison de la spécificité de l'ordre juridique communautaire, un code civil européen ne pourra avoir qu'un champ d'application communautaire (A).

250. Cependant, cette délimitation des champs d'application des codes n'empêche nullement que des conflits surgissent entre droit national et droit communautaire. Un juge doit donc être trouvé au code civil européen, afin qu'il assure son interprétation et son application uniforme sur l'ensemble des territoires des Etats membres. C'est encore en raison de la spécificité de l'ordre communautaire que le code civil européen ne saurait avoir pour seul

⁸⁷⁵ GAUDIN H., « Diversité et évolution des champs d'application en droit communautaire », RAE 2003/2004 n°1, pages 9-10.

⁸⁷⁶ LEQUETTE Y., « Quelques remarques à propos du projet de code civil européen de M. von Bar », D.2002, chronique, page 2202. Voir aussi, CORNU G., « Un code civil n'est pas un instrument communautaire », D. 2002, chron. page 351 : « *Un code civil européen qui viendrait se substituer aux codes civils des Etats serait, sur la tête des citoyens, comme un acte de spoliation...* ».

juge les juridictions communautaires. Les juges nationaux ont aussi un rôle important à jouer (B).

A) La détermination des critères d'applicabilité du code civil européen

251. Comme le souligne M. l'avocat général La Pergola dans ses conclusions présentées à propos de l'affaire Kremzov, « *l'ordre juridique communautaire n'a pas un caractère d'omniprésence* »⁸⁷⁷. En effet, le code civil européen aurait vocation à s'appliquer dans un champ d'application déterminé et donc communautaire. Or, nous allons voir que les juridictions communautaires tendent à concevoir l'applicabilité du droit communautaire de façon extensive.

252. En vertu des principes de subsidiarité et de spécialité régissant l'ordre communautaire, et quelle que soit la forme que revêtira le futur code civil européen, cet acte communautaire sera soumis à des conditions d'applicabilité. Le droit communautaire a un champ d'application déterminé, qui se distingue du champ d'application national, interne aux Etats membres. Il est délimité de façon classique *rationae loci et materiae*, soit sur le territoire communautaire et par domaine d'intervention, mais aussi depuis peu *rationae personae*, en fonction de la personne, grâce à une jurisprudence constructive de la Cour de Justice en ce domaine. Tant matériellement, territorialement que personnellement, le droit communautaire ne s'intéresse pas en principe aux situations purement internes. Comme le souligne à maintes reprises la Cour de justice, « *il résulte d'une jurisprudence constante [que] les règles du traité en matière de libre circulation et les règlements pris en exécution de celles-ci ne peuvent être appliquées à des activités qui ne présentent aucun facteur de rattachement à l'une quelconque des situations envisagées par le droit communautaire et dont tous ses éléments se cantonnent à l'intérieur d'un seul Etat membre* ».⁸⁷⁸ Le code civil de l'Union européenne ne pourrait donc s'appliquer qu'aux litiges présentant un élément d'extranéité⁸⁷⁹, soit un rattachement

⁸⁷⁷ Conclusions de l'avocat général LA PERGOLA présentées sous l'affaire C-299/95, Kremzov.

⁸⁷⁸ CJCE 5 juin 1997, Kari Uecker et V. Jacquet, points 16-17 et plus récemment, CJCE 11 juillet 2002, Mary Carpenter, C-60/00, Recueil I, page 6279, point 28 : « *Les dispositions du Traité relatives à la libre prestation de services et la réglementation adoptée pour leur exécution ne sauraient être appliquées à des situations qui ne présentent aucun élément de rattachement à l'une quelconque des situations envisagées par le droit communautaire* ».

⁸⁷⁹ CJCE 7 mai 1997, Pistre, aff. C-32/94.

communautaire⁸⁸⁰. Par une vision largement restrictive de la situation purement interne, le juge communautaire va procéder à une extension considérable du champ d'application de son droit. Ainsi, bien qu'il soit difficile d'opérer une distinction claire et précise entre les différents champs d'application⁸⁸¹, trois tendances se dessinent au travers de la jurisprudence de la Cour de Justice.

253. Territorialement, les Traités et la réglementation prise en application de ceux-ci ne sont applicables que sur le territoire communautaire, somme des territoires nationaux.⁸⁸² Mais le champ territorial ne coïncide pas exactement avec l'étendue du territoire de chaque Etat membre tel qu'il est défini par le droit interne⁸⁸³. L'article 299 § 4 du Traité CE dispose en effet que le droit primaire et dérivé s'applique aux territoires européens dont un Etat membre assume les relations extérieures, ces territoires étant considérés comme faisant partie intégrante de l'Etat membre. A titre d'exemple, le code civil européen a donc vocation à s'appliquer pour la France, aux territoires et départements d'outre-mer, ou aux îles anglo-normandes et à l'île de Man pour le Royaume Uni.⁸⁸⁴ Dès lors, on aurait pu croire que des situations litigieuses entre un Etat membre et un de ces territoires soient considérées comme internes. Or, le droit communautaire s'appliquera à certaines situations nationales comme le démontre la jurisprudence *Lancry*⁸⁸⁵ rendue en matière d'octroi de mer, confirmée par la suite dans les arrêts *Simitzi et Carbonati Apuani*.⁸⁸⁶ Dans ces différentes affaires, l'existence de « discriminations à rebours »⁸⁸⁷, pour lesquelles la Cour pose le principe d'une exclusion du champ d'application du droit communautaire dans la mesure où celles-ci affectent des

⁸⁸⁰ GAUDIN H., « Diversité et évolution des champs d'application en droit communautaire », Revue des Affaires Européennes 2003/2004 n°1, page 16. La notion de rattachement est définie comme l'ordre juridique compétent et désigne ainsi la soumission de la situation à celui-ci.

⁸⁸¹ GAUTRON J-C, « Rapport de synthèse », Revue des Affaires Européennes 2003/2004 n°1, page 112.

⁸⁸² Gaudin H., Diversité et évolution des champs d'application en droit communautaire, Revue des Affaires Européennes 2003/2004 n°1, page 13.

⁸⁸³ Conclusions de l'avocat général P. LEGER, présentées le 3 mai 2005, sous C-293/02, Jersey Produce Marketing Organisation Ltd, point 32.

⁸⁸⁴ Conclusions de l'avocat général P. LEGER, présentées le 3 mai 2005, sous C-293/02, Jersey Produce Marketing Organisation Ltd, point 33 : concernant l'île de Jersey, Philippe Léger rappelle qu'à l'instar des autres îles anglo-normandes et de l'île de Man, elle ne fait pas partie du territoire du Royaume uni. Toutefois, sur le plan international, celle-ci dépend étroitement du Royaume Uni dans la mesure où ce dernier en assume les relations extérieures.

⁸⁸⁵ CJCE 9 août 1994, Lancry, aff. C-363/93.

⁸⁸⁶ CJCE 14 septembre 1995, Simitzi, aff. C-485/93, et CJCE 9 septembre 2004, Carbonati Apuani, aff. C-72/03.

⁸⁸⁷ Sur la définition de la discrimination à rebours, voir par exemple : Conclusions de l'avocat général P. Léger, présentées le 3 mai 2005, sous C-293/02, Jersey Produce Marketing Organisation Ltd, point 112 : « Une situation de discrimination à rebours se présente, notamment, lorsque les produits originaires d'un Etat membre sont soumis (en vertu d'une réglementation nationale), pour leurs échanges à l'intérieur de ce seul et même Etat membre, à un régime moins favorable que celui réservé soit aux produits importés d'autres Etats membres, soit aux produits destinés à y être exportés (en vertu des règles du traité relatives à la libre circulation des marchandises). »

situations purement internes⁸⁸⁸, n'a pas constitué un obstacle à la qualification de situation intracommunautaire. La juridiction communautaire débusque un élément d'extranéité virtuel, comme elle l'avait déjà fait dans ses arrêts *Pistre* puis *Guimont*⁸⁸⁹. De la sorte, des situations qui se trouvent cantonnées à l'intérieur d'un Etat membre n'échapperont pas à la juridiction communautaire.

254. Matériellement et personnellement, la jurisprudence a connu une évolution spectaculaire, effet utile oblige. Le champ d'application du droit communautaire s'est progressivement dématérialisé. Ainsi, la notion de travailleur a d'abord été entendue de façon très large par la jurisprudence⁸⁹⁰. Ensuite, s'appuyant sur l'article 18 du Traité CE, à qui elle confère un effet direct, la Cour de Luxembourg s'est fondée sur le statut fondamental, mais non inconditionnel, de citoyen de l'Union européenne pour abandonner l'exigence de l'exercice d'une activité professionnelle ou indépendante afin que les ressortissants puissent bénéficier des droits découlant des libertés de circulation⁸⁹¹. Le rattachement communautaire ne se fait donc plus seulement en fonction d'une activité matérielle mais aussi en considération de la personne du ressortissant⁸⁹², par l'intermédiaire de la citoyenneté européenne, ce qui étend considérablement le champ d'application *rationae personae* du droit communautaire. Comme Monsieur Olivier Dubos le relève à juste titre, on assiste à un phénomène d'« *anthropocentrisme* »⁸⁹³ du droit européen, qui tend à resserrer son intérêt autour du ressortissant des Etats membres de l'Union. Cette jurisprudence est de bon augure pour le code civil européen, qui fera une large place aux droits de la personne. Si la Cour s'appuie sur la nationalité, elle a précisé en outre qu'un citoyen européen peut invoquer les

⁸⁸⁸ CJCE 23 octobre 1990, *Driancourt*, aff. C-355/85.

⁸⁸⁹ Dans CJCE 7 mai 1997, *Pistre*, était en cause l'application d'une réglementation française réservant l'appellation de « montagne » à de la charcuterie fabriquée dans certaines zones nationales. Monsieur *Pistre* est un producteur poursuivi du fait qu'il n'avait pas demandé l'autorisation de vendre son produit sous cette appellation. Ici, la Cour refuse d'écarter l'application de l'article 28 CE pour la seule raison que le cas serait soumis à la juridiction nationale et que tous les éléments sont cantonnés à l'intérieur d'un seul Etat membre. Elle considère que le simple fait que la réglementation en cause soit susceptible de concerner également les échanges intracommunautaires suffit. Cette jurisprudence a été confirmée par CJCE 5 décembre 2000, *Guimont*, à propos de l'appellation d'« emmenthal », même si la Cour a une position plus nuancée et opère une distinction entre les situations.

⁸⁹⁰ Par exemple, CJCE 7 septembre 2004, *Trojani*, aff. C-456/02, Europe novembre 2004, pages 10-11, com. D. Simon. La Cour considère qu'un ressortissant français accueilli par l'armée du salut en Belgique, qui effectue pour cette dernière diverses prestations dans le cadre d'un projet d'insertion socioprofessionnelle, est considéré comme un « travailleur ». Il faut noter qu'elle ne suit aucunement les conclusions de l'avocat général GEELHOED qui, rejetant l'existence même d'un travail salarié, avait nié cette qualité au requérant.

⁸⁹¹ CJCE 17 septembre 2002, *Baumbast*, aff. C-413/99, Rec. CJCE 2002, I, page 7091.

⁸⁹² GAUDIN H., « Diversité et évolution des champs d'application en droit communautaire », *Revue des Affaires Européennes* 2003/2004 n°1, page 8.

⁸⁹³ DUBOS O., « Les conflits entre normes communautaires et normes nationales », in *L'harmonisation du droit sur les continents africain et européen*, colloque Bordeaux des 20 et 21 septembre 2005, ronéo.

quatre libertés de circulation sans qu'il ait besoin de franchir une quelconque frontière. L'élément transfrontalier de la situation disparaît. Ainsi dans l'affaire Gambelli⁸⁹⁴, la Cour de Justice a reconnu l'application de la liberté de prestation de services à des jeux de paris clandestins organisés par le biais d'Internet, donc sans déplacement ni du prestataire, ni du destinataire de la liberté de prestation de services à l'intérieur de l'Union européenne. Il en est de même en matière de libre circulation des personnes. Le ressortissant de l'Union n'a pas besoin d'exercer effectivement sa libre circulation en quittant son Etat membre d'origine pour se rendre dans un autre Etat membre, dit d'accueil, comme le montre l'arrêt Garcia Avello⁸⁹⁵. On aurait pu aussi s'appuyer sur l'arrêt Barbier rendu en matière de libre circulation de capitaux, dans lequel la Cour affirme que des investissements immobiliers, tels que ceux effectués en l'espèce exclusivement sur le territoire néerlandais par M. Barbier depuis la Belgique, constituent manifestement des « mouvements de capitaux » au sens de la directive en cause et que la liberté de circulation des capitaux est applicable, même en l'absence d'éléments transfrontaliers.⁸⁹⁶

255. Enfin, une autre avancée doit être soulignée dans l'extension du champ d'application *rationae materiae*. La Cour de Luxembourg a mis au point une jurisprudence constructive qui édifie une sorte de « *protection par ricochet* »⁸⁹⁷ des ressortissants des Etats tiers présentant un rattachement avec un citoyen européen. La Cour considère en effet dans son arrêt *Mary Carpenter*⁸⁹⁸ que l'épouse philippine d'un ressortissant d'un Etat membre de l'Union, le Royaume-Uni en l'occurrence, peut se prévaloir d'un titre de séjour conformément à la liberté de circulation des personnes dont elle est aussi bénéficiaire. Par cette jurisprudence que Monsieur Jean-Claude Gautron qualifie de « *libérale* », la Cour octroie un certain nombre de droits concrets à des ressortissants d'Etats tiers qui entretiennent avec les citoyens de l'Union européenne un lien personnel, familial ou quasi-familial⁸⁹⁹. Plus récemment, dans une

⁸⁹⁴ CJCE 6 novembre 2003, Gambelli, aff. C-243/01. Par cet important arrêt, la CJCE dépasse tant sa jurisprudence traditionnelle d'acceptation de la libre prestation de services active, avec un déplacement classique du prestataire que celle où, allant au delà des textes du Traité, elle avait considéré que la libre prestation de services vise aussi la situation où le destinataire de services se déplace vers le pays d'origine du prestataire (CJCE 31 janvier 1984, Luisi et Carbone).

⁸⁹⁵ CJCE 2 octobre 2003, Garcia Avello, aff. C-148/02, Recueil I, page 11613, points 13 et 27.

⁸⁹⁶ CJCE 11 décembre 2003, Héritiers de M. Barbier, aff. C-364/01, points 58 et 59.

⁸⁹⁷ GAUDIN H., « Diversité et évolution des champs d'application en droit communautaire », Revue des Affaires Européennes 2003/2004 n°1, page 19 spécialement.

⁸⁹⁸ CJCE 11 juillet 2002, Mary Carpenter, aff. C-60/00, points 41 et 43

⁸⁹⁹ GAUTRON J.-C., « Rapport de synthèse », Revue des Affaires Européennes 2003/2004 n°1, page 113.

affaire *Catherine Chen*⁹⁰⁰, la Cour a refusé d'accueillir les arguments du Royaume-Uni qui objectait qu'en l'espèce le litige concernerait une situation interne du seul fait que la nationalité britannique de Catherine Chen serait le résultat artificieux d'une manœuvre des parents de la fillette, s'analysant comme un abus de droit. En l'occurrence, les parents, de nationalité chinoise, avaient choisi que leur fille naîtrait sur le sol irlandais, dans le but de contourner la législation démographique restrictive de leur pays d'origine. On peut donc conclure qu'en application de la jurisprudence que nous venons de décrire, le code civil européen aura un champ d'application des plus larges, en partie grâce à la notion de citoyenneté de l'Union européenne. Cependant, ce champ d'application considérable risque par conséquent de s'entrecroiser ou de se confondre avec le champ d'application national ou interne aux Etats membres. C'est le cas à l'image en droit de la concurrence où, d'une part, le droit communautaire a vocation à s'appliquer aux affaires ayant une dimension seulement communautaire et où, d'autre part, le droit national s'applique à celles présentant une dimension nationale mais aussi communautaire.⁹⁰¹ Des conflits ne manqueront pas de surgir entre la norme communautaire, à savoir le code civil européen, et la norme nationale, le code civil ou la législation civile interne. Ces heurts paraissant inévitables, il faut se demander quel juge sera chargé du contentieux relatif à l'interprétation et à l'application du code civil européen.

B) La détermination des juges en charge du code civil européen

256. En raison du caractère spécifique du droit communautaire, le code civil européen ne saurait avoir pour seul juge les juridictions communautaires, autrement dit le Tribunal de première instance et la Cour de Justice. Le juge national est en effet le premier juge du droit communautaire, son juge de droit commun. Cette dualité de juridictions compétentes pour connaître des litiges qui porteront sur ce code peut poser des problèmes de conflits tant dans l'interprétation que dans l'application des règles issues du code civil de l'Union.

⁹⁰⁰ CJCE 19 octobre 2004, *Zhu et Chen*, aff. C-200/02 : RUDH 2004, page 473. Dans cette affaire, la naissance géographique ciblée procure à l'enfant de parents chinois aisés la nationalité de la République irlandaise et par ce biais la citoyenneté de l'Union européenne, qui garantit le droit de séjour en Angleterre au profit de la mère.

⁹⁰¹ GAUTIER M. ET MELLERAY F., « Le champ d'application matériel, limite à la primauté du droit communautaire », *Revue des Affaires Européennes* 2003/2004 n°1, page 29.

257. Afin de rendre cette superposition de juridictions viable, le système communautaire a prévu différentes techniques, telles principalement la technique des notions autonomes et le mécanisme du renvoi préjudiciel, qui vont permettre de remédier à un risque de divergences dans l'interprétation et l'application de ce droit communautaire. Cependant, à vouloir peut-être trop étouffer les disparités, le système communautaire n'évite pas certains écueils, propres à le mettre en péril. Ces écueils doivent donc être identifiés puis surmontés avant la mise en place d'un code civil européen qui demandera un travail supplémentaire considérable aux juridictions communautaires. Enfin, en cas de non respect par les Etats membres des règles découlant du code civil de l'Union, des sanctions doivent être prévues au niveau communautaire et peuvent être recherchées dans le mécanisme de responsabilité des Etats membres pour manquement à leurs obligations leur incombant en vertu des Traités. Néanmoins, le juge national étant le juge de droit commun, seul ce dernier pourra effectivement écarter toute norme interne contraire au droit communautaire.

1) La compétence pour l'interprétation et l'application du Code civil européen

258. Il est primordial qu'une Cour assure l'unité dans l'interprétation et l'application faites par les juges nationaux des règles découlant du code civil européen. Dans cette optique, certains écueils devront être évités.

a) La nécessaire unité dans l'interprétation et l'application du code

259. Pour paraphraser ce qu'avance Monsieur Joël Andriantsimbazovina à propos de la Cour européenne des droits de l'Homme, il est évident que si les juridictions internes sont l'interprète de droit commun du droit de l'Union européenne, la Cour de Luxembourg en est l'interprète authentique⁹⁰². Afin d'assurer une interprétation et une application uniforme du code civil de l'Union sur l'ensemble des territoires des Etats membres, la mise en œuvre de la méthode des « notions autonomes » dégagée par la Cour de Justice ainsi que du mécanisme

⁹⁰² ANDRIANTSIMBAZOVINA J., « Les méthodes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'Homme, instrument de dialogue ? », in LICHÈRE F., POTVIN-SOLIS L. ET RAYNOUARD A. (dir.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?*, collection Droit et justice n°53, Bruylant, Bruxelles, 2004, page 168.

du renvoi préjudiciel institué par les Traités fondateurs, permettent de limiter les conflits entre les juges communautaires et nationaux, et d’instaurer un dialogue salubre.

260. Comme l’a souligné la Cour de Luxembourg à de nombreuses reprises, « *sauf renvoi, explicite ou implicite au droit national, les notions juridiques utilisées par le droit communautaire doivent être interprétées et appliquées de façon uniforme dans l’ensemble de la Communauté* »⁹⁰³. A cette fin, face à des notions revêtant des significations différentes selon les législations nationales, la Cour va les doter d’un sens communautaire, ces notions étant définies de façon autonome, excluant ainsi le recours aux définitions internes à chaque Etat membre. Par ce biais, la Cour de Justice veille à ce que les notions auxquelles se réfère ce droit ne varient pas en fonction des particularités de chaque droit national, mais reposent sur des critères objectifs définis dans un cadre communautaire⁹⁰⁴. Ainsi, il est à parier que les notions juridiques floues ou imprécises, les nombreux standards que recèlera le code civil européen auront un sens communautaire défini par la Cour, et auquel les Etats membres devront se soumettre pour interpréter et appliquer les dispositions du code, quand bien même ces notions sembleraient avoir leur équivalent en droit national⁹⁰⁵.

261. Cette technique des « *notions autonomes* » développée par la Cour de Justice n’est pas sans rappeler celle développée par la Cour européenne des droits de l’Homme, à qui le vocabulaire même de « *notions autonomes* » semble avoir été emprunté. En effet, ce qui importe aux juges européens, c’est de retenir la définition qui leur semble la plus compatible avec l’objet et le but de leur droit, afin de donner tout « *effet utile* » aux notions en découlant.⁹⁰⁶ Par cette méthode, la Cour de Justice verrouille par la même occasion le champ d’application du droit communautaire, tout en l’élargissant.⁹⁰⁷ Il ressort en effet de l’examen de la jurisprudence communautaire que, lorsque la Cour dote une notion juridique d’un sens communautaire, elle prend soin de préciser qu’elle ne doit pas être interprétée de manière trop restrictive.⁹⁰⁸ Il en résulte que le juge luxembourgeois semble avoir le dernier mot en matière

⁹⁰³ CJCE 1^{er} février 1972, Hagen OHG, aff. C-49/71, Recueil 1972, page 23 et CJCE 1^{er} février 1972, Wünsche, aff. C-50/71, Recueil 1972, page 53.

⁹⁰⁴ CJCE 10 janvier 1980, Jordens-Vosters, aff. C-69/79, Recueil 1980, page 75.

⁹⁰⁵ Par exemple, des standards tel celui de « bonne foi » en matière de contrat.

⁹⁰⁶ SUDRE F. ET ALLII, *Les grands arrêts de la CEDH*, 2^{ème} éd. 2003, page 37 spécialement : tant la CJCE que la CEDH se réfère à la notion d’effet utile. Comparer par exemple : CEDH 28 février 1978, König c/ RFA, § 88 et CJCE 24 février 2000, Commission c/ France, C-434/97, Recueil I, page 1129, point 21.

⁹⁰⁷ GAUDIN H., « Diversité et évolution des champs d’application en droit communautaire », *Revue des Affaires Européennes* 2003/2004 n°1, page 8.

⁹⁰⁸ Pour un exemple récent, CJCE 7 septembre 2004, Trojani, aff. C-456/02, Europe novembre 2004, pages 10 et 11, com. D. Simon.

d'interprétation du texte du code, et par conséquent quant à son application, comme le prouve le mécanisme du renvoi préjudiciel, institué par les Traités.

262. Le mécanisme du renvoi préjudiciel, prévu par l'article 234 CE, permet à la Cour, et depuis peu au Tribunal de Première Instance des Communautés européennes⁹⁰⁹, d'apporter l'éclairage juridique nécessaire à la solution d'un litige pendant devant le juge interne.⁹¹⁰ Cependant, il n'existe pas de subordination institutionnelle des juridictions nationales au juge communautaire.⁹¹¹ Ces dernières n'ont en effet aucune obligation de saisir le juge communautaire, d'autant plus si le litige ne pose aucune difficulté en matière d'interprétation des textes communautaires, soit parce qu'elles ont déjà saisi la Cour sur un problème similaire, soit qu'une autre juridiction, du même Etat membre ou d'un autre Etat membre, ait déjà amené la Cour à se prononcer sur la question en cause. Cela relève du seul pouvoir d'appréciation du juge national, la Cour de Justice ne pouvant s'auto-saisir. Pourtant, il suffit de constater le nombre croissant de renvois pour en déduire que les juges nationaux, n'hésitent pas, en cas de doute, à saisir la Cour, afin d'interpréter et d'appliquer au mieux les dispositions communautaires. Ce mécanisme se révèle particulièrement efficace dans le traitement préventif des conflits d'interprétation et d'application du droit communautaire. En témoigne une jurisprudence constructive de la CJCE ayant permis de répondre à des questions préjudicielles posées par les juges nationaux bien que celles-ci portent sur une situation purement interne. La Cour répond aux préoccupations du juge national exprimées à propos d'une situation de discrimination à rebours, en principe exclue du champ d'application du droit communautaire.⁹¹² De même, dans ses arrêts *Dzodzi et Leur-Bloem*⁹¹³, la Cour de Luxembourg s'est autorisée à répondre à une question préjudicielle portant sur une situation purement interne du seul fait que le droit national s'était largement inspiré des règles communautaires, même si le législateur national n'avait aucune obligation de les appliquer.⁹¹⁴

⁹⁰⁹ Depuis le Traité de Nice, l'article 225 § 3 du traité CE permet au TPI de connaître des questions préjudicielles, soumises en vertu de l'article 234 CE, dans certaines matières spécifiques.

⁹¹⁰ GERVASONI S., « La Cour de Justice et le dialogue des juges », in LICHERE F., POTVIN-SOLIS L. ET RAYNOUARD A. (dir.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?*, collection Droit et justice n°53, Bruylant, Bruxelles, 2004, page 144.

⁹¹¹ GAUTIER Y., « Le renvoi préjudiciel, un instrument efficace de dialogue ? », in LICHERE F., POTVIN-SOLIS L. ET RAYNOUARD A. (dir.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?*, collection Droit et justice n°53, Bruylant, Bruxelles, 2004, pages 203-204.

⁹¹² CJCE 5 décembre 2000, Guimont, aff. C-448/98.

⁹¹³ CJCE 18 octobre 1990, Dzodzi, aff. C-297/88 et C-197/89 et CJCE 17 juillet 1997, Leur-Bloem, aff. C-28/95.

⁹¹⁴ GAUTRON J.-C., « Rapport de synthèse », *Revue des Affaires Européennes* 2003/2004 n°1, page 114.

Cette solution, confirmée par la suite⁹¹⁵, n'aurait pour seul but que « *d'être utile au juge national* », « *la Cour se [fondant] sur la présomption presque irréfragable que le juge qui la saisit a de bonnes raisons de le faire* »⁹¹⁶. Dans l'hypothèse où le futur code civil européen n'aurait pas de force obligatoire pour les Etats membres, notamment s'il est optionnel, tout juge d'un Etat membre dont la législation s'en inspirerait pourrait, à l'occasion d'un litige même interne pendant devant lui, saisir le TPICE ou la CJCE d'un renvoi préjudiciel pour obtenir un éclairage juridique sur la question. Cette jurisprudence est donc loin d'être anodine.

263. Ces différentes techniques d'autonomie notionnelle et de renvoi préjudiciel évitent, préventivement, les dissensions qui pourraient exister entre les juges nationaux et communautaires. Bien que la Cour ait, par une interprétation dynamique, tendance à accroître ses compétences, il ne faut pas pour autant en conclure que le conflit d'interprétation pouvant surgir se règle toujours forcément de façon favorable au droit communautaire⁹¹⁷. Néanmoins, dans sa volonté d'assurer au mieux l'unité d'interprétation et d'application du droit communautaire, la Cour n'a pas évité certains écueils, qu'il convient de résoudre avant qu'un code civil européen ne soit mis en œuvre et ne vienne compliquer singulièrement la donne.

b) Les écueils de l'unité d'interprétation et d'application du code

264. Deux écueils doivent principalement être mis en lumière. Ils ne sont certes pas inhérents à la mise en place d'un code civil européen. Ils sont bien au contraire caractéristiques des maux chroniques dont souffre la juridiction communautaire ces dernières années, victime de son succès. Cependant, avec l'entrée en vigueur d'une législation civile communautaire, ces maux devraient s'accroître. Des remèdes devront donc être trouvés, sans quoi l'application du code civil de l'Union pourrait être mise en péril.

265. Cette nouvelle législation risque fort, premièrement, d'opérer une explosion du contentieux des questions préjudicielles devant les juridictions communautaires. Le code civil

⁹¹⁵ CJCE 17 septembre 2002, Baumbast, aff. C-413/99, Rec. CJCE 2002, I, page 7091 ; CJCE 7 janvier 2003, Banque internationale pour l'Afrique occidentale, aff. C-306/99.

⁹¹⁶ GERVASONI S., « La Cour de Justice et le dialogue des juges », in LICHÈRE F., POTVIN-SOLIS L. ET RAYNOUARD A. (dir.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?*, collection Droit et justice n°53, Bruylant, Bruxelles, 2004, page 146.

⁹¹⁷ DUBOS O., « Les conflits entre normes communautaires et normes nationales », in *L'harmonisation du droit sur les continents africain et européen*, colloque Bordeaux des 20 et 21 septembre 2005.

de l'Union aura, comme nous l'avons démontré plus haut, un champ d'application particulièrement large, à l'effigie des contours vagues et incertains de la matière civile. Il est prévisible que les juges nationaux auront une obligation quasi morale de saisir la Cour dès qu'une difficulté se présentera à eux. Ce problème d'accroissement du contentieux devant les juges communautaires n'est pas nouveau. L'arrivée des dix derniers Etats membres en 2004 a déjà eu un impact important sur le contentieux préjudiciel⁹¹⁸, de même que l'attribution récente de nouvelles compétences préjudicielles à la Cour liées à certaines conventions, notamment la Convention de Schengen⁹¹⁹, et aux règlements dits de Bruxelles et de Rome.⁹²⁰ Il est prévisible que la juridiction communautaire tout entière subira un engorgement considérable, même si une partie des renvois préjudiciels dévolus autrefois en exclusivité à la Cour, ont été transférés au TPICE.

266. En effet, la logique de désengorgement de la Cour qui a présidé à ce transfert de compétences, risque d'avoir un effet inverse à celui recherché. En désignant le TPICE pour connaître de certains renvois préjudiciels, le législateur communautaire a prévu de façon contradictoire la possibilité que l'arrêt rendu par la TPICE puisse faire l'objet d'un nouvel examen devant la Cour. Il semble dès lors difficile de prédire si le contentieux en renvoi préjudiciel devant la Cour diminuera de façon effective. Quoi qu'il en soit, le contentieux lié à l'interprétation du code civil de l'Union n'abonderait pas dans ce sens. C'est pourquoi, dans un souci d'efficacité, il serait judicieux d'abandonner cette possibilité pour la Cour de revenir sur l'arrêt en interprétation rendu par le TPICE puisqu'on ne peut ignorer que les rapports entre la Cour et le Tribunal, loin d'être hiérarchiques, sont plutôt sous la coupe de la spécialisation.⁹²¹ Cela permettrait, de plus, d'éviter de potentielles divergences entre la Cour et le Tribunal sur une même affaire. Le système communautaire perdra en cohérence si une telle potentialité venait à voir le jour.

⁹¹⁸ GAUTIER Y., « Le renvoi préjudiciel, un instrument efficace de dialogue ? », in LICHERE F., POTVIN-SOLIS L. ET RAYNOUARD A. (dir.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?*, collection Droit et justice n°53, Bruylant, Bruxelles, 2004, pages 204-205.

⁹¹⁹ Sur l'interprétation de la convention de Schengen, le premier arrêt en interprétation a été rendu récemment : CJCE 11 février 2003, Gözotök et Brügge, aff. C-187/01 et C6385/01, Europe avril 2003, com. Y. GAUTIER.

⁹²⁰ Voir notamment, les protocoles d'interprétation de Rome I sur la loi applicable aux obligations contractuelles, entrés en vigueur le 1^{er} août 2004, ayant attribué un nouveau pouvoir d'interprétation à la CJCE de cette convention : REMY-CORLAY P., Chronique « sources internationales », RTDC avril/juin 2005, page 350 et s., spécialement page 352.

⁹²¹ LOUIS J.V., « La cour de Justice après Nice », in M. DONY ET BRIBOSIA E., *L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne*, Ed. Université de Bruxelles, 2002, page 10.

267. Le second écueil à mettre en relief est celui du risque d'allongement des procédures tant nationales que communautaires. En effet, l'accroissement du contentieux communautaire suite à l'adoption du code civil européen aura des conséquences logiques sur le délai imparti par la Cour, notamment en matière de renvoi préjudiciel, pour répondre au juge interne. Corrélativement, si le temps d'attente devant la juridiction communautaire s'allonge, il est à craindre que celui s'écoulant devant le juge national en fera de même, le renvoi préjudiciel s'insérant et s'ajoutant aux délais de la procédure nationale⁹²². Il semblerait que pour les spécialistes, le mécanisme commence à s'enrayer. Selon Monsieur Gautier⁹²³, ce phénomène d'allongement des délais risque fortement de décourager tout juge national désireux de saisir la juridiction communautaire. Ne préférera-t-il pas à l'avenir résoudre seul le litige communautaire pendant devant lui, le renvoi préjudiciel dépendant de sa seule appréciation ? Il est vrai que le juge interne est soucieux de respecter ses obligations découlant de la Convention européenne des droits de l'Homme et ne souhaite pas être condamné par la Cour de Strasbourg pour méconnaissance des garanties liées au procès équitable, les juridictions nationales devant trancher les litiges dans un délai dit raisonnable au sens de l'article 6 de la ConvEDH.

268. Toujours concernant la problématique du délai raisonnable, il ne faut pas oublier que la juridiction communautaire elle-même est soumise à une obligation de diligence et de célérité dans le traitement de ces affaires. En effet, dans la célèbre affaire dite des « treillis soudés »⁹²⁴ du 17 décembre 1998, la Cour de Justice a proclamé pour la première fois que le principe général de droit communautaire selon lequel toute personne a droit à un procès équitable⁹²⁵, et qui s'inspire de l'article 6 de la ConvEDH, est applicable dans le cadre d'un recours juridictionnel introduit par un requérant devant le TPICE contre une décision de la Commission rendue en matière de concurrence. Dans cette affaire, la procédure devant le Tribunal avait duré 5 ans et 6 mois, ce qui est de prime abord « *considérable* », selon les termes employés par la Cour. Cette dernière se livre à une véritable appréciation *in concreto* du délai raisonnable, prenant en compte certains éléments tels que les circonstances propres à l'affaire et sa complexité, l'enjeu du litige pour l'intéressé, le comportement du requérant et

⁹²² GAUTIER Y., « Le renvoi préjudiciel, un instrument efficace de dialogue ? », in LICHERE F., POTVIN-SOLIS L. ET RAYNOUARD A. (dir.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?*, collection Droit et justice n°53, Bruylant, Bruxelles, 2004, page 205.

⁹²³ GAUTIER Y., « Le renvoi préjudiciel, un instrument efficace de dialogue ? », in LICHERE F., POTVIN-SOLIS L. ET RAYNOUARD A. (dir.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?*, collection Droit et justice n°53, Bruylant, Bruxelles, 2004, page 205

⁹²⁴ CJCE 17 décembre 1998, aff. C- 185/95, Baustahlgewebe c/ Commission.

⁹²⁵ Tel qu'il découle de l'arrêt CJCE 29 mai 1997, Kremzov, aff. C-299/95.

des autorités nationales, n'hésitant pas à se référer à la jurisprudence développée par la Cour européenne des droits de l'Homme en la matière⁹²⁶. La sanction du dépassement du délai raisonnable se solde en l'espèce par la réduction de l'amende infligée au requérant. La Cour aurait pu aussi prononcer l'annulation de l'arrêt attaqué mais elle s'y refuse se fondant en l'espèce sur la durée de la procédure, qui n'a pas eu à ses yeux une véritable incidence sur la solution du litige.⁹²⁷ Par conséquent, on peut déduire de cette solution que le juge communautaire est tenu de respecter le délai raisonnable dans la gestion des litiges dont il est saisi. Mais la difficulté majeure est que dans cette situation, la juridiction communautaire est à la fois juge et partie. Dans de telles conditions, on ne peut être sûr que la procédure soit véritablement impartiale. Mais à l'image de ce qu'avance M. Vandersanden, il est vraisemblable de croire, même si on ne peut l'affirmer avec certitude par manque de précédent judiciaire, que, dans l'hypothèse où la Cour commettrait un dépassement du délai raisonnable, celle-ci pourrait se voir assigner devant le TPICE en réparation du préjudice causé par son propre retard.⁹²⁸

269. Mise à part la solution de s'en remettre à la sagesse des juridictions, ces écueils notables pourraient être balayés par une réforme de grande envergure de la juridiction communautaire, notamment s'il était décidé d'y introduire un recours direct des particuliers à l'encontre des décisions des autorités nationales⁹²⁹. Cette solution aurait pour avantage d'offrir au citoyen européen une protection juridictionnelle encore plus effective, sur le modèle du système instauré devant la Cour européenne des droits de l'Homme. Son principal inconvénient est sa remise en cause d'un édifice jurisprudentiel patiemment construit par le dialogue entre les juridictions, faisant la spécificité du système communautaire.

2) La compétence pour la sanction du Code civil européen

270. En cas de non respect par les Etats membres des règles découlant du code civil de l'Union, des sanctions doivent être prévues au niveau communautaire et peuvent être

⁹²⁶ CJCE 17 décembre 1998, aff. C- 185/95, *Baustahlgewebe c/ Commission*, précité : § 43

⁹²⁷ CJCE 17 décembre 1998, aff. C- 185/95, *Baustahlgewebe c/ Commission*, précité : § 49

⁹²⁸ VANDERSANDEN J., « La protection juridictionnelle effective : une justice ouverte et rapide ? », in M. DONY ET BRIBOSIA E., *L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne*, Ed. Université de Bruxelles, 2002, page 149.

⁹²⁹ LOUIS J.V., « La cour de Justice après Nice », in M. DONY ET BRIBOSIA E., *L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne*, Ed. Université de Bruxelles, 2002, page 13.

recherchées dans le mécanisme de responsabilité des Etats membres pour manquement aux obligations leur incombant en vertu des Traités. Néanmoins, le juge national étant le juge de droit commun, seul ce dernier pourra effectivement écarter toute norme interne contraire au droit communautaire.

271. Les articles 226 et suivants du traité CE prévoient la possibilité pour la Commission mais aussi pour chaque Etat membre, de faire constater qu'un autre Etat membre a manqué à ses obligations découlant des traités. Cette procédure met en lumière la responsabilité de l'Etat dans le maintien inchangé dans sa législation de textes incompatibles avec les dispositions du droit communautaire. Dans les deux initiatives, un avis motivé est émis à ce sujet, précédé de la possibilité pour l'Etat membre en cause de présenter des observations. L'Etat doit s'y conformer dans le délai imparti sous peine de se voir assigné devant la Cour de justice. Dans l'hypothèse où le manquement serait avéré, l'Etat serait astreint à assurer l'exécution de la décision prise par la Cour dans les plus brefs délais. Ce que sanctionne par la même la Cour, c'est la situation d'incertitude juridique dans laquelle l'Etat membre précipite les bénéficiaires des droits concernés. Ce recours connaît des limites en ce qu'il est ouvert aux seuls Etats et à la Commission, donc fermé aux particuliers, auxquels le code civil européen s'adresse en premier lieu. Comme nous l'avons relevé plus haut, l'ouverture de voies de recours aux particuliers, sur le modèle de la Cour européenne des droits de l'Homme, afin de sanctionner directement les décisions nationales, serait un remède efficace. Cependant, cette réforme est délicate à mettre sur pied, afin de ne pas remettre en cause les rouages et l'équilibre du système communautaire.

272. Il est peut-être préférable de ne pas éloigner le litige de son juge. Le juge national est le mieux à même de résoudre le litige puisqu'il détient à cet égard un monopole exclusif dans le règlement du conflit surgissant entre une norme communautaire et une norme interne. Les juridictions communautaires n'ont aucun pouvoir d'invalider la norme nationale incompatible avec les dispositions du traité ou la réglementation prise en application de ceux-ci. Seules les juridictions des Etats membres peuvent le faire et en ont même l'obligation, en raison de la prévalence de la norme communautaire.

Paragraphe II - Les problèmes inhérents à la coexistence de l'ordre juridique communautaire et de l'ordre international

273. Les Etats membres sont tenus par des engagements internationaux auxquels ils ont souscrits soit antérieurement, soit postérieurement à leur adhésion. Le futur code civil européen ne pourra donc éluder le droit international et plus particulièrement le droit européen des droits de l'Homme, la Convention européenne des droits de l'Homme faisant partie intégrante du droit commun civil européen, comme nous l'avons vu précédemment.

274. En effet, des conflits risquent de surgir entre les solutions découlant du code civil européen, assorti de son interprétation par la juridiction communautaire et les dispositions de la Convention de 1950, telle qu'interprétée dynamiquement par la Cour européenne des droits de l'Homme. En filigrane, se pose le problème auquel le juge national pourra être confronté, ce dernier étant tenu de respecter à la fois les exigences découlant du droit communautaire du code civil européen et de la ConvEDH⁹³⁰. C'est la raison pour laquelle il sera intéressant de déterminer si un remède peut être envisagé à la préexistence du code civil européen pour minimiser les conflits entre les deux ordres juridiques européens. (A)

275. Outre la Convention européenne des droits de l'Homme, le code civil de l'Union devra composer avec les normes internationales applicables en droit interne des Etats membres. Il est bien évident que le droit communautaire va, dans un certain nombre de cas, prévaloir sur les engagements internationaux. Cependant, des contrariétés pourront émerger plus particulièrement à propos de conventions internationales uniformes telles que la Convention portant sur la vente internationale de marchandises (CVIM). Dans « *un souci de ne pas opposer l'ordre européen à l'ordre mondial* »⁹³¹, ces dissensions doivent être identifiées et prises en compte lors de l'élaboration même du code civil européen, afin de prévenir toute interaction ou interférence entre droit communautaire et droit international. (B)

⁹³⁰ DE SCHUTTER O., « L'adhésion de l'Union à la Convention comme élément du débat sur l'avenir de l'Union », in M. DONY ET BRIBOSIA E., *L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne*, Ed. Université de Bruxelles, 2002, page 216.

⁹³¹ TEITGEN P.H., *Aux sources de la Cour et de la Convention européennes des droits de l'Homme*, coll. Voix de la cité, éd. Confluences, 2000, page 15.

A) Les difficultés liées à la coexistence des deux « ordres juridiques » européens

276. Bien qu'il soit discutable de parler d'« ordre juridique » concernant le système de protection mis en place par le Conseil de l'Europe, il est indubitable que système communautaire et système européen des droits de l'Homme sont bien autonomes l'un par rapport à l'autre. Ils doivent par conséquent coexister, les Etats membres de l'Union étant aussi parties à la Convention européenne des droits de l'Homme. Le juge national est par conséquent pris dans un étau, ne pouvant se contenter d'appliquer les textes ou de suivre la jurisprudence de l'un ou de l'autre système, mais devant au contraire appliquer et pratiquer les deux ordres européens.⁹³²

277. Si aucune passerelle n'a été prévue pour résoudre les conflits entre CJCE et CEDH, les deux Cours y ont remédié par leur jurisprudence. Cependant, l'adoption du code civil européen sera potentiellement un facteur à l'origine de conflits. On pourrait penser qu'il n'est guère raisonnable de s'en remettre à la seule sagesse des juridictions européennes, et que seule l'adhésion à la Convention européenne par l'Union éclaircirait les choses. Une jurisprudence récente de la Cour européenne, l'affaire *Bosphorus Airways*, apporte des premiers éléments de solution.

1) Les conflits entre code civil européen et ordre public européen humaniste

278. Comme le rappelle Monsieur Cohen-Jonathan, la Convention européenne des droits de l'Homme constitue « l'épine dorsale de l'ordre normatif européen »⁹³³. Bien que l'Union se soit dotée récemment d'une Charte communautaire des droits fondamentaux, le système de protection mis en place est loin d'être parfait, aux yeux de Monsieur Frédéric Sudre, en raison de l'absence de création d'une voie de recours spéciale permettant aux citoyens européens de saisir la juridiction communautaire pour la garantie de leurs droits fondamentaux.⁹³⁴

⁹³² BONICHOT J.-C., « La Cour de Justice des Communautés européennes, la Cour européenne des droits de l'homme et l'intégration de l'Europe », in Tavernier P. (éd.), *Quelle Europe pour les droits de l'Homme ? La Cour de Strasbourg et la réalisation d'une « Union plus étroite »* (35 années de jurisprudence : 1959-1994), colloque, Bruylant, Bruxelles, 1996, page 98.

⁹³³ COHEN-JONATHAN, *Aspects européens des droits fondamentaux*, Montchrétien, 2002, page 204.

⁹³⁴ SUDRE F., *Droit européen et international des droits de l'Homme*, 7^{ème} éd. Refondue, PUF, 2003, page 139.

279. Depuis de nombreuses années, l'ordre juridique communautaire a intégré la Convention européenne, en tant qu' « *instrument constitutionnel de l'ordre public européen* » selon les termes employés par la Cour européenne des droits de l'Homme dans son arrêt *Loizidou*⁹³⁵, puisqu'elle lui réserve une place toute particulière dans sa propre hiérarchie des sources. La Cour de justice applique en effet la Convention en tant que principe général du droit communautaire⁹³⁶, situé juste en dessous des Traités constitutifs dans la hiérarchie des normes communautaires. Cela lui permet d'en avoir une interprétation que l'on pourrait qualifier d'autonome, qui lui est propre.⁹³⁷ Comme nous l'avons déjà relevé⁹³⁸, la CJCE aligne fréquemment ses solutions sur celles de la CEDH, s'appropriant sa jurisprudence qu'elle n'hésite pas à citer *in extenso* et à appliquer de façon directe⁹³⁹.

280. Cet alignement pourrait présumer une subordination de fait, la CJCE soumettant la législation communautaire au strict respect des dispositions de la Convention. Or, juridiquement, rien ne permet de conclure dans ce sens. Tant que l'Union européenne n'est pas partie à la Convention, elle ne peut voir sa responsabilité engagée en tant qu'organisation internationale devant la Cour européenne pour les procédures conduites devant ses organes ou les décisions rendues par eux⁹⁴⁰. Pendant longtemps, la Cour européenne des droits de l'Homme a même refusé d'engager la responsabilité de l'Etat en ne contrôlant pas la « *conventionnalité* », soit la compatibilité avec la Convention, de mesures nationales prises en application du droit communautaire dérivé ou originaire.⁹⁴¹ Or, dans ses arrêts *Cantoni* puis *Matthews*⁹⁴², la Cour opère un revirement de jurisprudence, et affirme désormais sa compétence *rationae materiae* à l'égard des actes nationaux pris en application du droit communautaire. Dès lors, si on ne peut engager la responsabilité de l'Union, il sera possible

⁹³⁵ CEDH 23 mars 1995, *Loizidou c/ Grèce* (exceptions préliminaires), Série A, n°310, § 75.

⁹³⁶ CJCE 15 mai 1986, *Johnston*, aff. C-222/84, et CJCE 18 juin 1991, *ERT*, aff. C-260/89 : la Cour affirme que « *les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit, dont la Cour assure le respect (...) la CEDH revêt à cet égard une signification particulière* ».

⁹³⁷ BONICHOT J.-C., « La Cour de Justice des Communautés européennes, la Cour européenne des droits de l'Homme et l'intégration de l'Europe », in Tavernier P. (éd.), *Quelle Europe pour les droits de l'Homme ? La Cour de Strasbourg et la réalisation d'une « Union plus étroite »* (35 années de jurisprudence : 1959-1994), colloque, Bruylant, Bruxelles, 1996, page 98.

⁹³⁸ Voir, Chapitre II, Section II.

⁹³⁹ CJCE 12 juin 2003, *Eugen Schmidberger c/ Autriche*, C- 112/00, Rec. 2003, I ? page 5659 ; RTDH 2004 page 435 ; RTDC 2003, page 773, Europe août/septembre 2003 n°15.

⁹⁴⁰ DR 10 juillet 1978, *CFDT c/ Communautés européennes* ; CEDH 18 février 1999, *Matthews c/ Royaume-Uni*, GACEDH n°60.

⁹⁴¹ ComEDH 9 février 1990, *M et Co c/ RFA*, RUDH 1991, page 134.

⁹⁴² CEDH 15 novembre 1996, *Cantoni C/ France*, Europe 1997, chron. 4, com. Y. Petit ; CEDH 18 février 1999, *Matthews c/ Royaume-Uni*, GACEDH n°60.

d'obtenir, à titre de substitut, la condamnation d'un Etat membre qui, en respectant ses obligations juridiques communautaires, aurait violé la Convention européenne.

281. Cependant, une jurisprudence récente vient apporter des précisions supplémentaires et œuvre dans le sens d'une diminution des condamnations des Etats. Elle indique la voie à suivre pour résoudre les conflits entre normes communautaires et dispositions de la Convention.

2) Vers une résolution de tels conflits

282. De nombreux auteurs considèrent que seule l'adhésion de l'Union à la Convention européenne viendrait clarifier la situation et permettrait de soumettre les mesures adoptées dans le cadre de l'Union au contrôle de la Cour européenne des droits de l'Homme.⁹⁴³ Or, une méthode pour résoudre des conflits nés et à venir s'est dégagée d'une jurisprudence récente et pour le moins importante.

283. Dans une affaire *Bosphorus Airways*⁹⁴⁴, rendue en grande chambre et par conséquent définitive au jour du 30 juin 2005, la Cour va accorder *in abstracto* aux mesures nationales d'application du droit communautaire une sorte de « *brevet de conventionnalité* »⁹⁴⁵ qui vaudra pour l'avenir. En l'espèce, les autorités irlandaises avaient saisi un aéronef (pris en location auprès d'une compagnie aérienne yougoslave) de la compagnie aérienne turque Bosphorus Airways, en application d'un règlement du Conseil de l'Union, lui même adopté sur la base d'une résolution ONU soumettant l'ex-république de Yougoslavie à un embargo en raison de l'état de guerre et des multiples violations des droits de l'Homme. Cette compagnie saisit le juge interne, qui surseoit à statuer afin d'interroger la

⁹⁴³ DE SCHUTTER O., « L'adhésion de l'Union à la Convention comme élément du débat sur l'avenir de l'Union », in M. DONY ET BRIBOSIA E., *L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne*, Ed. Université de Bruxelles, 2002, page 219 spécialement ; SUDRE F., « La « conventionnalité » du système communautaire de protection des droits fondamentaux », JCP G 2005, II, n°10128, page 1764.

⁹⁴⁴ CJCE Gde Chbre, 30 juin 2005, *Bosphorus Airways C/ Irlande*, JCP G 2005, II, n°10128, page 1760 et s., commentaire F. SUDRE ; Benoit-Rohmer F., « A propos de l'arrêt Bosphorus Air Lines du 30 juin 2005 : l'adhésion contrainte de l'Union à la Convention », RTDH 2005, page 827 et s. ; Jacqué J.-P., « Droit communautaire et CEDH – L'arrêt Bosphorus, une jurisprudence Solange II de la Cour européenne des droits de l'Homme ? », RTDE 2005, page 756 et s.

⁹⁴⁵ FLAUSS J. F., « Les conflits entre normes communautaires et normes régionales et internationales », in *L'harmonisation du droit sur les continents africain et européen*, colloque Bordeaux des 20 et 21 septembre 2005 ; SUDRE F., « La « conventionnalité » du système communautaire de protection des droits fondamentaux », JCP G 2005, II, n°10128, page 1760 et s.

CJCE par le biais d'une question préjudicielle, sur l'applicabilité du présent règlement. La Cour de justice considère que le droit communautaire applicable et que la saisie n'apparaît pas disproportionnée au regard de l'intérêt général en cause. De plus, la juridiction interne étant liée par l'arrêt de la CJCE, le Ministre des transports irlandais avait l'obligation d'appliquer le règlement communautaire et donc de saisir l'aéronef. N'obtenant pas gain de cause devant le juge national, la Compagnie forme un recours devant la Cour européenne des droits de l'Homme pour violation du droit au respect de ses biens, tel que protégé par l'article 1^{er} du protocole 1, du fait de la saisie de l'aéronef. La Cour considère que toute mesure d'un Etat membre prise en exécution de ses seules obligations juridiques communautaires doit être réputée justifiée dès lors qu'il est constant que l'Union accorde aux droits fondamentaux une protection équivalente ou comparable à celle assurée par la Convention⁹⁴⁶. Cette présomption de conventionnalité n'est cependant pas absolue et pourra être renversée par la Cour, à l'occasion d'une affaire donnée, si la Cour estime que la protection des droits garantis par la Convention était entachée d'une insuffisance manifeste. La Cour se ménage donc la possibilité de faire prévaloir dans certains cas les dispositions conventionnelles sur l'intérêt de la coopération internationale. En l'espèce, la Cour européenne refuse cependant de renverser la présomption, au motif laconique que l'arrêt rendu par la CJCE était obligatoire pour la juridiction irlandaise, qui n'a fait que s'y conformer. Partant, elle considère qu'on ne peut constater de dysfonctionnement du mécanisme de contrôle du respect des droits garantis par la Convention⁹⁴⁷.

284. On peut en déduire que la Cour se retranche derrière le brevet de conventionnalité accordé au système de protection des droits fondamentaux de l'Union pour se débarrasser de la question embarrassante des rapports entre droit communautaire et droit de la Convention. Il semblerait que face aux potentiels conflits se profilant à l'horizon, la Cour européenne ait opté pour une solution privilégiant le maximum de sécurité juridique tant pour les parties intéressées que pour les Etats membres. Dès lors, toute mesure nationale prise en application des dispositions du futur code civil européen devra *a priori* être réputée compatible avec les règles découlant de la Convention européenne des droits de l'Homme. Par conséquent, même si l'Union venait à adhérer en qualité de partie à la Convention, les requêtes dirigées devant la Cour européenne contre les actes de l'Union n'aboutiraient pas puisque, par le biais de cette jurisprudence nouvelle, le système communautaire « *bénéficiera d'une commode présomption*

⁹⁴⁶ CJCE Gde Chbre, 30 juin 2005, Bosphorus Airways C/ Irlande, précité, § 155.

⁹⁴⁷ CJCE Gde Chbre, 30 juin 2005, Bosphorus Airways C/ Irlande, précité, § 166.

de conventionnalité, qui, peu ou prou, confère une immunité au système communautaire et réduit le contrôle de la Cour européenne à un exercice de style », comme le remarque à juste titre Monsieur Sudre⁹⁴⁸. La Cour européenne des droits de l'Homme semble donc être particulièrement « *attentive à la spécificité de l'ordre juridique communautaire* »⁹⁴⁹

285. Outre la Convention européenne des droits de l'Homme, le futur code civil européen devra composer avec les autres normes internationales dont les champs d'application seront susceptibles de se recouper. Il est donc nécessaire d'instaurer préventivement des remèdes à ces conflits potentiels.

B) Les interférences entre droit communautaire et droit international

286. Il est essentiel que le futur code civil européen n'élude pas les chevauchements potentiels entre cette législation communautaire et les conventions internationales auxquelles les Etats membres ont souscrit, soit antérieurement, soit postérieurement à leur adhésion au système communautaire. Si ces dispositions concurrentes se recoupent dans leur champ d'application partagé, le conflit entre une norme communautaire et une norme internationale se résout en principe par application de l'article 307 du Traité CE. L'alinéa 1^{er} de cet article dispose en effet que les droits et obligations résultant de conventions conclues antérieurement entre un ou plusieurs Etats membres d'une part, et un ou plusieurs Etats tiers d'autre part, ne sont pas affectés par les dispositions communautaires.⁹⁵⁰ Les Etats de l'Union ne peuvent se retrancher derrière leur appartenance et leur soumission au système communautaire dans l'unique but de ne pas respecter les engagements internationaux pris antérieurement.⁹⁵¹ A cet égard, la Cour de justice rappelle de façon constante qu'un Etat membre ayant conclu, avant son adhésion à l'Union, une convention bilatérale avec un Etat tiers, est tenu de respecter cette convention si elle emporte pour lui des obligations juridiques et même s'il doit pour cela

⁹⁴⁸ SUDRE F., « La « conventionnalité » du système communautaire de protection des droits fondamentaux », JCP G 2005, II, n°10128, page 1764 spécialement.

⁹⁴⁹ SUDRE F., « Chronique de droit international et européen des droits de l'Homme », JCP 2006, I, n°164, point 9 : à propos de l'arrêt CEDH 17 janvier 2006, *Aristimuno Mendizabal c/ France*, dans lequel la Cour affirme que « *l'article 8 CEDH doit être interprété à la lumière du droit communautaire et en particulier des obligations imposées aux Etats membres quant aux droits d'entrée et de séjour des ressortissants communautaires* » (§ 69).

⁹⁵⁰ Article 307 al 1^{er} CE : « *Les droits et obligations résultant de conventions conclues antérieurement au 1^{er} janvier 1958 ou, pour les Etats adhérents, entre un ou plusieurs Etats membres, d'une part, et un ou plusieurs Etats tiers d'autre part, ne sont pas affectés par les dispositions du présent traité* ».

⁹⁵¹ BRIERE C., « Réflexions sur les interactions entre la proposition de règlement Rome II et les conventions internationales », JDI 2005, juillet/septembre, page 679.

écarter l'application du droit communautaire.⁹⁵² Cependant, la jurisprudence *Commission contre Italie* affirme qu'un Etat membre ne peut opposer à la Communauté les droits reconnus par accord antérieur si l'exercice de celui-ci s'avère incompatible avec les engagements communautaires.⁹⁵³ L'alinéa 2 de l'article 307 CE prévoit en effet que l'Etat membre doit éliminer les éventuelles contrariétés avec l'accord international antérieur en le renégociant, ou si la renégociation est impossible, en le dénonçant.⁹⁵⁴ Le maintien en vigueur par l'Etat d'une convention incompatible entraînerait un manquement de sa part à ses obligations découlant de l'article 10 du Traité CE⁹⁵⁵, qui lui interdit de mettre en péril la réalisation des buts des traités.⁹⁵⁶

287. Ainsi, à propos des conventions internationales du travail conclues dans le cadre de l'OIT, s'est posé devant la CJCE un problème de conflit entre la directive communautaire de 1976 posant le principe d'égalité de traitement entre les hommes et les femmes, et la législation française du travail faisant interdiction aux femmes de travailler de nuit dans le secteur de l'industrie, législation prise conformément à une convention internationale OIT de 1948, que la France avait ratifiée en 1953. Dans son célèbre arrêt *Stoeckel*, la Cour de justice a jugé la législation interne contraire au principe posée par la directive.⁹⁵⁷ Pour ne pas rompre avec ses engagements communautaires, la France a par conséquent dénoncé la convention OIT. Concernant les conventions conclues postérieurement, une même obligation est faite aux Etats membres, ces engagements internationaux ne pouvant en aucun cas remettre en cause les obligations communautaires de l'Etat.

288. Le dispositif mis en place par les Traités pour résoudre les interférences entre droit communautaire et droit international n'est pas pleinement satisfaisant concernant la mise

⁹⁵² CJCE 4 juillet 2000, *Commission c/ Portugal*, aff. C-62/98, Recueil I, page 5171, Europe 2000 com. n°285 obs. D. Simon ; CJCE 18 novembre 2003, *Budvar*, aff. C-216/01, Europe janvier 2004, com. n°3 obs. Pietri, page 13.

⁹⁵³ CJCE 1962, *Commission c/ Italie*, Recueil 1962, I, page 1, avec les Conclusions de l'avocat général Lagrange ; RMC 1965, page 394.

⁹⁵⁴ Article 307 alinéa 2 CE : « Dans la mesure où ces conventions ne sont pas compatibles avec le présent traité, le ou les Etats membres en cause recourent à tous les moyens appropriés pour éliminer les incompatibilités constatées. En cas de besoin, les Etats membres se prêtent une assistance mutuelle en vue d'arriver à cette fin et adoptent le cas échéant une attitude commune ».

⁹⁵⁵ Article 10 CE : « - Les Etats membres prennent toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations découlant du présent traité ou résultant des actes des institutions de la Communauté. Ils facilitent à celle-ci l'accomplissement de sa mission. - Ils s'abstiennent de toutes mesures susceptibles de mettre en péril la réalisation des buts du traité ».

⁹⁵⁶ GAUTRON J.C. ET GRARD L., « Le droit international dans la construction de l'Union européenne (Rapport général) », in SFDI, *Droit international et droit communautaire : perspectives actuelles*, colloque de Bordeaux, Pédone, Paris, 2000, spécialement page 89.

⁹⁵⁷ CJCE 25 juillet 1991, *Stoeckel c/ France*, aff. C-345/89, Recueil I, page 4047.

en place possible d'un code civil de l'Union. En effet, ce dispositif ne résout les conflits *qu'a posteriori*, alors qu'il faudrait peut-être prendre le problème à la source, en amont. C'est ainsi que dès l'élaboration du projet de code, plusieurs alternatives s'offrent au législateur communautaire pour assurer la cohérence entre droit communautaire et droit international. Tout d'abord, il est possible de prendre le parti d'adopter des dispositions analogues aux conventions internationales identifiées⁹⁵⁸ et dont le champ d'application recouperait celui du code européen. Ensuite, il est possible de faire en sorte que chaque ordre juridique possède un champ d'application différent, de cloisonner les champs d'application des différents instruments. S'il est évident que le code de l'Union risque d'empiéter sur le domaine d'application de la Convention des Nations Unies sur la Vente Internationale de Marchandises (ci-après, CVIM)⁹⁵⁹, il pourrait être ainsi décidé que la vente internationale de marchandises soit exclue du champ d'application du code et régie par cette convention uniforme. Cette solution ne semble pas pleinement satisfaisante car elle pourra se révéler peu adaptée aux besoins spécifiques de l'Union européenne en matière de vente de marchandises.

289. D'autres solutions doivent être étudiées. On peut par exemple s'appuyer sur ce que propose la Commission européenne, dans sa communication de 2004,⁹⁶⁰ à propos de la création d'un instrument optionnel en matière de contrats, qu'elle entend mettre en cohérence avec la CVIM. Cet instrument avec option d'acceptation s'appliquerait ainsi aux ventes internationales de marchandises entre entreprises lorsque les parties auraient, en choisissant cet instrument comme droit applicable à leur contrat, exclu tacitement l'application de la CVIM sur la base de l'article 6 de celle-ci. C'est la solution du choix entre les instruments qui est retenue. De la même manière, les solutions envisagées par les différentes conventions de droit international privé européen récemment communautarisées sur la base de l'article 65 du Traité CE, peuvent servir de modèle. Dans certaines d'entre elles, une clause d'incompatibilité tend à évincer purement et simplement l'instrument international.⁹⁶¹ Dans le futur règlement Rome II sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, une autre

⁹⁵⁸ BRIERE C., « Réflexions sur les interactions entre la proposition de règlement Rome II et les conventions internationales », JDI 2005, juillet/septembre, page 693.

⁹⁵⁹ Convention sur la vente internationale de marchandises du 11 avril 1980, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1988. Voir, HEUZE V., *La vente internationale de marchandises, droit uniforme*, Traité des contrats sous la dir. de Ghestin J., LGDJ 2000.

⁹⁶⁰ Communication Commission du 11 octobre 2004, « Droit européen des contrats et révision de l'acquis : la voie à suivre », COM (2004), 651 final.

⁹⁶¹ Le règlement du 27 novembre 2003, relatif à l'exécution et la reconnaissance des décisions en matière matrimoniale et de responsabilité parentale des enfants communs, prime sur différents instruments internationaux tels la Convention de la Haye : articles 60 et 61 du présent règlement.

possibilité a été envisagée. Est privilégiée la solution de la clause de compatibilité entendue très restrictivement. De ce fait, la convention internationale s'applique mais il est fait interdiction aux Etats membres de conclure de nouvelles conventions internationales dans les domaines régis par le futur règlement.⁹⁶² Pour que les dispositions du code civil européen ne soient pas concurrencées par des conventions internationales, la clause d'incompatibilité reste la solution la plus simple dans le traitement des conflits potentiels de normes. Elle revient en quelque sorte au même résultat que la jurisprudence de la CJCE relativement à l'article 307 du traité CE, puisque l'Etat sera tenu de respecter les obligations communautaires découlant du futur code et d'éliminer toute convention internationale antérieure incompatible avec celles-ci.

⁹⁶² BRIERE C., « Réflexions sur les interactions entre la proposition de règlement Rome II et les conventions internationales », JDI 2005, juillet/septembre, page 680.

Conclusion du chapitre I :

290. Les obstacles dépendant de circonstances extérieures au projet spécifique de codification sont donc protéiformes.

291. D'une part, des problèmes généraux, que l'Union européenne peut rencontrer quotidiennement lors de l'élaboration de toute législation, barrent la route du code civil européen. Tenant à la dimension transnationale du projet, le multilinguisme, les élargissements prévus ou les coûts engendrés ne pourront de façon rédhibitoire s'opposer à la création d'un tel code. En effet, l'Union compose déjà avec ces difficultés. En outre, de telles embûches peuvent en théorie être déjouées, comme nous le démontre le bijuridisme québécois actuel, une telle expérience pouvant être réitérée de façon aussi efficace à l'échelle européenne, la réalisation du projet de code civil européen se trouvant favorisée par la présence d'un équilibre relatif entre les deux traditions juridiques.⁹⁶³

292. D'autre part, on peut affirmer avec plus de certitude que les difficultés plus spécifiques, inhérentes à la superposition ou à la coexistence des divers ordres juridiques nationaux ne poseront aucun embarras majeur. Concernant la superposition des ordres, il ne s'agit ni plus ni moins des mêmes difficultés rencontrées par toute norme de droit communautaire, commandées et engendrées par le caractère *sui generis* de la construction européenne. Quant à la coexistence des ordres en présence, les dissensions entre ordres juridiques européens seront pragmatiquement résolues grâce à la jurisprudence, et celles interférant avec le droit international pourront aisément être aplanies par une réflexion préalable sur ce problème.

⁹⁶³ GAUDREAU-DESBIENS J.-F., *Lessolitudes du bijuridisme au Canada*, 2007, pages 38-39 spéc.

Chapitre II - Les obstacles intrinsèques

293. Les obstacles directement liés au choix souhaité par les institutions communautaires, et plus particulièrement le Parlement européen, de recourir à la codification pour rapprocher les droits civils des Etats membres et créer un droit commun, doivent être répertoriés au même titre que l'ont été les obstacles extrinsèques à ce choix. Ces obstacles dits intrinsèques sont principalement de deux ordres.

294. Il faut tout d'abord étudier les difficultés inhérentes à la base juridique du code civil européen.⁹⁶⁴ Ne pas identifier d'assise juridique serait un obstacle majeur à la codification. La mettre à nu est une condition *sine qua non* de l'entreprise, le code perdant toute légitimité juridique en son absence⁹⁶⁵. La doctrine l'a bien compris. Certains auteurs éludent parfois le problème, soit qu'ils observent qu'un texte existe pour fonder la codification⁹⁶⁶, soit qu'ils considèrent le débat comme stérile⁹⁶⁷. Il en est de même de la plupart des critiques, en raison de la technicité et de la complexité que soulève cette question. Pour Madame Bénédicte Fauvarque-Cosson, si la question de la base juridique est souvent « rapidement évacuée », c'est que « pour certains, le moment venu, la compétence sera aisément établie au profit de l'Europe »⁹⁶⁸. En raison du caractère spécifique du système

⁹⁶⁴ VAN GERVEN W., « Coherence of community and national laws : is there a legal basis for a european civil code ? », ERPL 1997, page 465.

⁹⁶⁵ Voir, de façon plus générale sur la question de la base juridique en droit communautaire : PETER B., « La base juridique des actes en droit communautaire », Revue du marché commun et de l'Union européenne 1994, page 324 et s. ; WASCHMANN A., « Le contentieux de la base juridique dans la jurisprudence de la Cour », Europe, janvier 1993, page 1 et s.

⁹⁶⁶ FIN LANGER L., « L'intégration du droit des contrats en Europe », in *Critique de l'intégration normative*, sous la dir. de M. Delmas Marty, 2004, page 37 et s. ; RUFFINI GANDOLFI M. L., « Problèmes d'unification du droit en Europe et le code européen des contrats », RIDC 2002, n°4, page 1075 et s. : à propos du code européen des contrats proposé par les privatistes de l'Académie de Pavie, le problème de la base juridique n'a jamais été véritablement pris en compte. L'auteur affirme que ce groupe de travail « est parvenu à l'idée de procéder à l'unification par voie législative (...) en tenant compte des indications figurant dans les articles 94 et 95 CE du Traité de Rome ... » (page 1078).

⁹⁶⁷ Notamment, PRIETO C., « Un code civil européen : de l'utopie à la prospective juridique », PA du 7 mai 2004, page 25 : « En tout état de cause, les querelles sur l'absence de base juridique dans le Traité de Rome pour un tel code civil européen sont stériles ».

⁹⁶⁸ FAUVARQUE-COSSON B., « Faut-il un code civil européen ? », RTDC 2002, page 466.

communautaire et en vertu des principes de subsidiarité et de spécialité, le législateur communautaire ne dispose que d'une compétence d'attribution pour édicter les règles ayant vocation à s'appliquer à l'ensemble des Etats membres.⁹⁶⁹ En matière civile, la compétence n'est pas seulement nationale comme en témoignent les incursions croissantes du droit communautaire.⁹⁷⁰ Cependant, chaque intervention communautaire dans la législation civile nécessite pour sa validité que soit expressément visée une accroche légale précise. C'est donc le problème du fondement textuel sur lequel va s'appuyer l'intervention communautaire qui fera, en premier lieu, l'objet de notre attention (Section I).

295. Dans un deuxième temps, les difficultés inhérentes à la technique de codification seront mises en lumière. Sur ce point, certains relèvent avant tout l'impossibilité d'imposer une codification, technique particulière de penser et d'appréhender le droit, à l'ensemble des Etats membres. En effet, la codification n'a pas pénétré le système de *common law* anglais comme elle l'a fait au sein des autres Etats membres, issus de la tradition romano-germanique. *A contrario*, pour les partisans du code civil européen, les opposants au code se vouent à une vision tronquée, surannée de la *common law*, de même qu'ils ignorent les changements survenus ces dernières années, précédemment décrits⁹⁷¹. Cette querelle ne manquerait pas de rappeler, selon certains auteurs, la controverse doctrinale née en Allemagne entre Thibaut et Savigny au début du XIX^{ème} siècle.⁹⁷² A une époque où l'Allemagne s'interroge sur son avenir politique, Thibaut propose, dans son ouvrage « *De la nécessité d'un code civil général pour l'Allemagne* », une codification générale du droit civil comme instrument d'unification juridique et aussi d'unité politique⁹⁷³. A l'opposé, Savigny, représentant l'école historique et défenseur d'un droit coutumier, s'élève contre l'idée d'une codification, qui ne serait selon lui que « *le fruit d'un choix autoritaire de bureaucrates* »⁹⁷⁴. Or, pour lui, le droit est l'expression d'une histoire, d'un peuple, la jurisprudence le faisant

⁹⁶⁹ Avis CJCE 28 mars 1996, aff. C-2/94, Rec. I, page 1759, point 23.

⁹⁷⁰ FALLON M., *Droit matériel général de l'Union européenne*, éd. 2002, Bruylant, Bruxelles, pages 244 –245 : l'auteur souligne que de fait, maints actes communautaires intéressent la matière civile. On ne peut donc parler de compétence réservée des Etats en la matière. Ce serait même « *une déduction trop hâtive au regard de l'évolution du champ d'application du droit communautaire* ».

⁹⁷¹ Voir dans cette première partie, Titre I, Chapitre II, relatif à l'émergence d'un droit civil européen : plus particulièrement la section I, concernant le droit commun.

⁹⁷² HONDIUS E., « General introduction », in *Towards a European Civil Code*, Nijhoff Publishers, 1994, page 12 ; CABRILLAC R., *Les codifications*, coll. Droit, éthique, société, PUF, 2002, page 38.

⁹⁷³ RUFFINI-GANDOLFI M.L., « Problèmes d'unification du droit en Europe et le droit des contrats », RIDC 2002, n°4, page 1079.

⁹⁷⁴ RUFFINI-GANDOLFI M.L., *ibidem*.

évoluer constamment⁹⁷⁵. Il ne peut donc arbitrairement être cloîtré dans un carcan tel qu'un code. Certains éléments se retrouvent certes dans le débat actuel sur le code civil européen. Mais c'est surtout en se livrant l'analyse des effets tant endogènes qu'exogènes à la technique de codification que nous parviendront à déceler et à déjouer les obstacles potentiels à la codification envisagée par l'Union européenne (Section II).

Section I- Les difficultés inhérentes à la base juridique de la codification

296. Les institutions communautaires appelant de leurs vœux un code civil européen ou un code européen des contrats, ont suggéré l'appui des articles 94 et 95 CE pour fonder textuellement leur intervention⁹⁷⁶. Ces articles consacrés au rapprochement des législations sont à l'origine des diverses irrptions du législateur communautaire dans la législation civile et donc de l'émergence d'un droit civil européen, tel que décrit précédemment⁹⁷⁷. Ils expliquent aussi l'approche sectorielle de l'Union en la matière et son cruel manque de cohérence⁹⁷⁸. Si l'article 95 CE obtient une nette préférence de la part des institutions communautaires, mais aussi d'une partie minoritaire de la doctrine⁹⁷⁹, c'est avant tout en raison de la force contraignante et du pouvoir unificateur porté au crédit de l'instrument communautaire qu'est le Règlement. Malgré cela, cette thèse comporte trop de défaillances : l'article 95 CE n'envisage le rapprochement des législations que sous certaines conditions, et ne peut ni permettre une incursion générale dans le droit des contrats, ni *a fortiori* fonder un code civil européen sur le seul marché intérieur (paragraphe I).

⁹⁷⁵ CABRILLAC R., *Les codifications*, coll. Droit, éthique, société, PUF, 2002, pages 37-39.

⁹⁷⁶ Résolution PE concernant le rapprochement du droit civil et commercial des États membres du 15 novembre 2001, COM (2001), 398 : spécialement point n°18. Communication Commission 11 juillet 2001, JO C-255 du 13 septembre 2001, page 1 et s., spéc. point 24 et s.

⁹⁷⁷ Voir titre I, Chapitre II- Le facteur matériel : l'émergence d'un droit civil européen.

⁹⁷⁸ VAN GERVEN W., « Rapport introductif », in *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, op. cit., page 4 : « L'exigence de base légale est souvent responsable du caractère limité et ponctuel des directives ou règlements, ce qui a pour conséquence qu'ils ne couvrent qu'une partie seulement du droit national concerné... »

⁹⁷⁹ BASEDOW J., « Un droit commun des contrats pour le marché commun », RIDC 1998, page 7 et s. ; VON BAR C., « Le groupe d'étude sur un code civil européen », RIDC 2001 page 127 et s. ; VOGENAUER S. ET WEATHERHILL S., « La compétence de la Communauté européenne pour harmoniser le droit des contrats – Une analyse empirique », RDC 2005, page 1215 et s. ; WITZ C., « Plaidoyer pour un code européen des obligations », D. 2000, doctrine, page 79 et s.

297. D'autres voies doivent être explorées afin de déterminer la base juridique la plus acceptable à l'intervention du législateur communautaire, sans quoi le code civil européen ne serait finalement qu'une sorte de colosse aux pieds d'argile. Ceux qui sont convaincus que le code civil européen doit prendre la forme d'un règlement communautaire ont ainsi avancé d'autres fondements textuels, tels que l'article 65 CE relatif à la coopération judiciaire en matière civile, ou l'article 308 CE, qui a permis par le passé d'étendre les compétences communautaires lorsqu'aucun autre texte ne conférait aux institutions une compétence particulière. De façon plus anodine, la doctrine invoque également la théorie jurisprudentielle des compétences implicites. Au final, aucune de ces bases légales n'est cependant acceptée comme valide par les juristes, seul se dégagant un certain consensus autour du recours à la convention internationale sur le fondement de l'article 293 CE. En marge de ce que suggère la doctrine, de nouvelles propositions doivent donc être faites, soit sur le fondement des articles 43 CE et suivants relatifs aux coopérations renforcées, soit des articles 17 et 18 CE intéressant la citoyenneté européenne (paragraphe II).

Paragraphe I - Le fondement textuel avancé par les institutions communautaires : les articles 94 et 95 CE

298. En choisissant de placer le débat sur le terrain économique⁹⁸⁰, les institutions communautaires se sont peut-être inscrites en porte-à-faux. En proposant les articles 94 ou 95 CE, textes « *pivots de la réalisation du marché intérieur* »⁹⁸¹, comme base juridique potentielle à une codification européenne, le Parlement et la Commission doivent en retour démontrer que leur « *proposition est indispensable à la réalisation du marché intérieur afin de pré-constituer la base juridique* »⁹⁸². (A)

⁹⁸⁰ LEQUETTE Y. , « Quelques remarques à propos du projet de code civil européen de M. von Bar », D. 2002, chronique, page 2204.

⁹⁸¹ MALINVAUD P., « Réponse hors délai à la Commission européenne : à propos d'un code européen des contrats », D. 2002, chronique, page 2544 ; FAUVARQUE-COSSON B., « Faut-il un code civil européen ? », RTDC 2002, page 466.

⁹⁸² CHARBIT N., « L'espéranto du droit ? La rencontre du droit communautaire et du droit des contrats, A propos de la Communication de la Commission européenne relative au droit européen des contrats », JCP 2002, I, n°100, page 12.

299. Elles ont cependant fait un choix fâcheux. En effet, même appuyé sur une analyse dite « économique » du droit remise au goût du jour⁹⁸³, un tel argument peut séduire mais ne convainc pas. La base juridique proposée par les institutions se révèle en effet très fragile. Ainsi, que la codification concerne l'ensemble de la matière civile ou qu'elle soit limitée au droit des contrats, les résultats d'une intervention communautaire prise sur la base des articles 94 ou 95 CE risquent d'être réduits à néant. (B)

A) Les principes régissant la base légale proposée

300. En affirmant que la divergence des règles de droit régissant le droit civil tout entier pour le Parlement, et le droit des contrats pour la Commission, constitue une entrave au fonctionnement du marché intérieur, les institutions communautaires ont clairement décidé de s'appuyer sur les dispositions réglementant le rapprochement des législations⁹⁸⁴. Si le Parlement « invite la Commission à utiliser l'article 95 CE tout au long du processus de consolidation et de développement d'une harmonisation du droit civil »⁹⁸⁵, la Commission ne vise pas explicitement les articles 94 ou 95 CE⁹⁸⁶ mais rappelle que « le Traité CE a donné des pouvoirs aux institutions européennes pour faciliter l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur, en partie la libre circulation des biens, des personnes, des services et des capitaux »⁹⁸⁷.

301. En matière de rapprochement des droits nationaux, les traités octroient une compétence d'attribution aux institutions communautaires, qui doivent opérer un choix entre une pluralité d'outils juridiques. Le choix approprié de la base juridique pour la législation communautaire « n'est jamais anodin et ne saurait être arbitraire »⁹⁸⁸. De jurisprudence constante⁹⁸⁹, ce choix de la base légale ne peut cependant pas dépendre de l'intention ou de la

⁹⁸³ Sur l'analyse économique du droit, voir le numéro spécial des Petites Affiches du 19 mai 2005, n°99.

⁹⁸⁴ Chapitre III du Traité CE, cf. les articles 94 CE et suivants.

⁹⁸⁵ Résolution PE concernant le rapprochement du droit civil et commercial des Etats membres du 15 novembre 2001, COM (2001), 398 : spécialement point n°18.

⁹⁸⁶ Dans sa Communication au Parlement et au Conseil, « Droit européen des contrats et révision de l'acquis communautaire : la voie à suivre » du 11 octobre 2004, la Commission préfère même éviter d'identifier avec précision quel texte communautaire pourrait servir de base juridique à son intervention.

⁹⁸⁷ Communication Commission 11 juillet 2001, JO C-255 du 13 septembre 2001, page 1 et s., spéc. point 24 s.

⁹⁸⁸ KOHLER C. et ENGEL J.-C., « Le choix approprié de la base juridique pour la législation communautaire : enjeux constitutionnels et principes directeurs », Europe janvier 2007, étude n°1, page 5.

⁹⁸⁹ CJCE 11 juin 1991, Commission c/ Conseil (aff. Dioxyde de titane), C-300/89, Rec. I, page 2867, point n°10 ; CJCE 12 novembre 1996, Royaume Uni c/ Conseil, C-84/94, Rec. I, page 5755, point n°25 ; CJCE 25

conviction subjective d'une institution communautaire mais doit avant tout se fonder sur des éléments objectifs susceptibles de contrôle juridictionnel. Il en ressort que les critères que la Cour qualifie d'objectifs sont plus particulièrement le but et le contenu de l'acte. La seule volonté des institutions européennes de se fonder sur les dispositions concernant le rapprochement des législations pour édicter un code civil européen ou un code européen des contrats ne suffit donc pas à rendre applicables les articles 94 ou 95 CE. Pour utiliser les articles 94 ou 95 CE, il faut que les conditions y figurant, telles qu'interprétées par la jurisprudence, soient remplies. Si l'article 94 CE exige la preuve d'une incidence directe des mesures concernées sur le marché intérieur, l'article 95 CE se contente de mesures ayant pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur.⁹⁹⁰ C'est une des raisons pour lesquelles les institutions communautaires, et une partie de la doctrine⁹⁹¹, sont prédisposées à suggérer l'article 95 CE, plutôt que l'article 94 CE, comme base juridique à la codification. L'autre raison est que l'article 94 CE ne permet que d'obtenir une harmonisation par le biais des directives exclusivement, au contraire de l'article 95 CE qui tend à l'uniformisation par l'utilisation du règlement communautaire.

302. Les institutions européennes affichent cependant une vision quelque peu extensive de l'article 95 CE. Or, la jurisprudence rappelle tout d'abord que l'article 95 CE n'est pas la seule disposition pour harmoniser le marché intérieur⁹⁹², et présente même un caractère subsidiaire par rapport à l'article 94 CE⁹⁹³. En outre, dans une affaire certes sans rapport avec la matière civile, la Cour de Justice affirme que l'article 95 CE n'est nullement porteur d'une compétence générale en vue de la réglementation du marché intérieur.⁹⁹⁴ En l'espèce, la Cour de Luxembourg a ainsi annulé une directive, pourtant adoptée par la majorité au Conseil pour harmoniser le marché intérieur, aux motifs qu'elle ne contribuait de manière significative aux objectifs visés par l'article 95 CE et qu'elle constituait en réalité une

février 1999, Parlement c/ Conseil, aff. C- 164/97 et C-165/97, Rec. I, page 1139, point n°12 ; CJCE 10 décembre 2002, British American Tobacco, C- 491/01, Rec. I, page 11453, point n°93 ; CJCE 29 avril 2004, Commission c/ Conseil, C-338/01, Rec. I, page 4829, point n°54 ; CJCE 12 décembre 2006, RFA c/ Parlement et Conseil, aff. C-380/03.

⁹⁹⁰ FALLON M., *Droit matériel général de l'Union européenne*, éd. 2002, Bruylant, Bruxelles, page 221.

⁹⁹¹ BASEDOW J., « Un droit commun des contrats pour le marché commun », RIDC 1998, page 7 et s. ; Witz C., *Plaidoyer pour un code européen des obligations*, D. 2000, doctrine, page 79 et s.

⁹⁹² LEGER P., *Commentaire article par article des traités UE et CE*, Bruylant, Bruxelles, 2000, page 915 : La Cour utilise le principe « *generalibus specialia derogant* » pour écarter l'article 95 CE et accepter d'autres articles. Voir par exemple, sur l'article 37 CE : CJCE 23 février 1988, Royaume Uni c/ Conseil, Aff. C-131/86, Recueil page 905. Sur l'article 47 CE : CJCE 30 mai 1989, Commission c/ Conseil, Aff. C-242/87, Recueil page 1425 ; CJCE 13 mai 1997, RFA c/ Parlement et Conseil, Recueil I page 2405.

⁹⁹³ L'article 95 § 1 CE dispose que « *par dérogation à l'article 94 CE et sauf si le présent traité n'en dispose autrement, les dispositions suivantes s'appliquent pour la réalisation des objectifs énoncés à l'article 14* ».

⁹⁹⁴ CJCE 5 octobre 2000, Allemagne c/ PE et CE, aff. C-376/98, Rec. I, page 8419, point n°83.

mesure déguisée de santé publique, domaine dans lequel le Traité n'attribue pas de compétence à la Communauté. Dans cette affaire, l'avocat général Fennelly soulignait la nécessité de garantir la « *séparation fonctionnelle des pouvoirs respectifs de la Communauté des Etats membres* »⁹⁹⁵. Ainsi, si la CJCE ne doit pas empêcher le législateur d'accomplir sa mission d'élimination des entraves au marché intérieur, elle doit cependant veiller à ce que les institutions communautaires jouissent en pratique d'un pouvoir général et illimité, susceptible d'empiéter illégalement sur les pouvoirs des Etats membres. La Commission ne semble pourtant pas se plier à cette lecture restrictive de l'article 95 CE. Dans une affaire récente⁹⁹⁶, la Commission invoque « *le véritable objectif* » de l'article 95 CE, qui tendrait vers une compétence générale relativement au marché intérieur⁹⁹⁷. Dans ses conclusions, Mme l'Avocat général Kokott rappelle que « *cette vision n'est pas compatible ni avec le libellé de cette base juridique, ni avec sa genèse* »⁹⁹⁸, puisqu'en effet, les Etats membres n'ont pas repris, lors des négociations sur l'Acte unique européen, la proposition faite par la Commission de transformer l'article 95 CE en instrument utilisable pour l'adoption de tout acte juridique servant à la réalisation du marché intérieur.

303. Au delà de cette vision extensive, l'article 95 CE ne peut s'appliquer que si la preuve est rapportée de l'existence d'entraves réelles, voire potentielles⁹⁹⁹, et sensibles. Comme le souligne la Cour de Luxembourg, « *les mesures visées par ladite disposition sont destinées à améliorer les conditions de l'établissement et du fonctionnement du marché intérieur et doivent effectivement avoir cet objet en contribuant à l'élimination d'entraves à la libre circulation des marchandises ou à la libre prestation de services ou encore la suppression de distorsions de concurrence* »¹⁰⁰⁰. Comme en témoigne la communication publiée par la Commission en 2001¹⁰⁰¹, les institutions communautaires ont considéré *a priori*

⁹⁹⁵ Conclusions de l'avocat général FENNELLY, présentées le 15 juin 2000, dans l'affaire C-74/99 : Recueil CJCE, I, page 8419.

⁹⁹⁶ Affaire C-217/04, Royaume Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c/ Parlement européen et Conseil de l'Union européenne.

⁹⁹⁷ Conclusions de l'Avocat général Mme JULIANE KOKOTT, présentées le 22 septembre 2005, dans l'affaire C-217/04, Royaume Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c/ Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, spécialement point n° 41.

⁹⁹⁸ Conclusions de l'Avocat général Mme JULIANE KOKOTT, présentées le 22 septembre 2005, dans l'affaire C-217/04, Royaume Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c/ Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, point n°41.

⁹⁹⁹ FALLON M., *Droit matériel général de l'Union européenne*, éd. 2002, Bruylant, Bruxelles, page 223. Le juge communautaire requiert que l'apparition d'entraves soit « vraisemblable » : CJCE 9 octobre 2001, Pays Bas c/ Parlement européen et Conseil, aff. C-377/98, Recueil I, page 7079.

¹⁰⁰⁰ CJCE 10 décembre 2002, British American Tobacco, C- 491/01, Rec. I, page 11453, point n° 60.

¹⁰⁰¹ Dans cette communication du 11 juillet 2001 (JO C-255 du 13 septembre 2001, page 1 et s.), la Commission semble répondre à la question avant même de la poser. Voir le point n°23 : « *La commission souhaiterait établir*

que la diversité des droits nationaux pouvait entraver directement ou indirectement le fonctionnement du marché. Suite aux diverses contributions reçues à la suite de cette communication, la Commission réitère sa position dans son plan d'action de 2003, s'appuyant sur les réponses des contributeurs.¹⁰⁰² Pour la Commission et le Parlement, comme pour la doctrine ralliée à cette thèse¹⁰⁰³, deux types d'arguments permettent de plaider en faveur de l'adoption d'un code européen sur la base de l'article 95 CE¹⁰⁰⁴. Ces arguments reprennent les conditions permettant l'application de l'article 95 CE, telles qu'interprétées par la jurisprudence, à savoir, la présence d'une atteinte au fonctionnement du marché intérieur et l'existence d'une distorsion de concurrence entre entreprises.

304. Concernant l'atteinte au fonctionnement du marché intérieur, les institutions font valoir que la diversité des droits nationaux serait un élément de dissuasion pour les entreprises, et plus particulièrement les Petites et Moyennes Entreprises (ci-après, PME), de se livrer à des opérations transfrontalières¹⁰⁰⁵. La méconnaissance du droit applicable, les frais juridiques potentiels d'information ou de résolution d'un litige, les risques par conséquent commerciaux pour la partie au contrat, seraient autant d'éléments propres à dissuader les entreprises, et plus particulièrement les PME dont les coûts sont proportionnellement plus élevés, de commercer au sein de l'Union européenne.¹⁰⁰⁶ Par conséquent, comme le résume Jean-Baptiste Racine, « *l'élément déterminant est le facteur coût* »¹⁰⁰⁷, entravant directement et indirectement le fonctionnement du marché intérieur. Or, une majorité de la doctrine constate et déplore l'absence d'évaluation précise de ce facteur coût.¹⁰⁰⁸ Il serait faux de dire

si la coexistence de droits nationaux des contrats dans les Etats membres entrave directement ou indirectement le fonctionnement du marché intérieur et si oui dans quelle mesure ».

¹⁰⁰² Communication de la Commission au parlement et au Conseil du 12 février 2003, « *Un droit européen des contrats plus cohérent – Un plan d'action* », COM (2003) 68 final, point n° 25 et s. : « *Les obstacles qui sont décrits dans la présente section couvrent les entraves et mesures qui sont de nature à dissuader la conclusion de transactions transfrontalières, découlant directement ou indirectement des droits des contrats nationaux divergents ou de la complexité juridique qui résultent de ces divergences, et qui sont susceptibles d'interdire, ou d'empêcher ces transactions, ou en tout cas de rendre celles-ci moins avantageuses* ».

¹⁰⁰³ TUNC A., « L'unification du droit des contrats en Europe : avec ou sans loi ? », RIDC 1993, page 877 ; BASEDOW J., « Un droit commun des contrats pour le marché commun », RIDC 1998, page 17 ; WITZ C., « Plaidoyer pour un code européen des obligations », D. 2000, doctrine, page 79.

¹⁰⁰⁴ Comme le systématise très bien : J. B. RACINE, « Pourquoi unifier le droit des contrats en Europe ? Plaidoyer en faveur de l'unification », RDUE 2003, n°2, page 379 et s spécialement.

¹⁰⁰⁵ Communication de la Commission du 11 juillet 2001 « concernant le droit européen des contrats », JO C-255 du 13 septembre 2001, page 1 et s., point n°30.

¹⁰⁰⁶ Communication de la Commission au Parlement et au Conseil du 12 février 2003, « *Un droit européen des contrats plus cohérent – Un plan d'action* », COM (2003) 68 final, points n° 25 et s.

¹⁰⁰⁷ J. B. RACINE, « Pourquoi unifier le droit des contrats en Europe ? Plaidoyer en faveur de l'unification », RDUE 2003, n°2, page 381.

¹⁰⁰⁸ FAUVARQUE-COSSON B., « Faut-il un code civil européen ? », RTDC 2002, page 470 : « *le surcoût lié à la divergence des législations nationales n'a jamais été évalué avec précision* » ; HEUZE V., « A propos d'une

que le marché ne peut en rien être affecté par les coûts de transaction. Mais il est vrai que seule une étude scientifique permettrait d'évaluer avec précision dans quelle mesure le marché est affecté. Certains mettent en avant que ce n'est pas tant la connaissance ou la méconnaissance de la loi étrangère qui détermine le choix de contracter ou non mais plutôt la différence ou l'écart de prix des marchandises.¹⁰⁰⁹ Cette analyse est cependant quelque peu réductrice en ce qu'elle se focalise sur une étude sociologique portant sur les comportements d'achats transfrontaliers¹⁰¹⁰, donc limitée au droit de la consommation. Toujours concernant la diversité des droits nationaux, un autre argument consiste en l'affirmation qu'elle serait un élément d'incertitude et d'imprévisibilité, entravant le fonctionnement du marché intérieur. Cet argument est plus contestable puisqu'on peut rétorquer que la mise en place de règles nouvelles risque tout autant de générer une certaine insécurité juridique, dans un premier temps.¹⁰¹¹ Un code européen, commun à l'ensemble des Etats membres permettra certes de diminuer les risques d'incertitude ou d'imprévisibilité tenant notamment à la loi applicable, sans toutefois les réduire à néant.¹⁰¹² Comme le remarque Monsieur Philippe Malaurie, « *le risque contractuel est inévitable, la sécurité un leurre* »¹⁰¹³.

305. Enfin, de façon moins récurrente que pour les arguments précédents¹⁰¹⁴, la Commission envisage que les surcoûts de transaction décrits plus haut, puissent constituer un désavantage concurrentiel.¹⁰¹⁵ Elle considère en effet que les surcoûts auxquels doivent faire face plus particulièrement les PME, font subir à ces entreprises un net désavantage compétitif par rapport aux autres opérateurs. Une étude récente, commandée par un important cabinet d'avocats et l'institut du droit européen et comparé d'Oxford, aurait dû apporter un éclairage

initiative européenne en matière de droit des contrats », JCP 2002, I n° 152, page 1342 : « *cet inconvénient est davantage perçu intuitivement que démontré scientifiquement* ».

¹⁰⁰⁹ JAMIN C., « Un droit européen des contrats ? », in *Le droit privé européen*, sous la dir. de P. de VAREILLES-SOMMIERES, 1998, page 52. J.B. RACINE se rallie au point de vue de M. Jamin : « Pourquoi unifier le droit des contrats en Europe ? Plaidoyer en faveur de l'unification », RDUE 2003, n°2, page 381.

¹⁰¹⁰ JAMIN C., « Un droit européen des contrats ? », *ibidem*, page 52 : l'auteur cite une étude réalisée par le Centre régional de la consommation de Lille de décembre 1996.

¹⁰¹¹ HEUZE V., « A propos d'une initiative européenne en matière de droit des contrats », JCP 2002, I n°152, page 1343.

¹⁰¹² RACINE J.B., « Pourquoi unifier le droit des contrats en Europe ? Plaidoyer en faveur de l'unification », RDUE 2003, n°2, page 384.

¹⁰¹³ MALAURIE P., « Le code européen des obligations et des contrats. Une question toujours ouverte », JCP 2002, I n°110, page 284.

¹⁰¹⁴ RACINE J.B., « Pourquoi unifier le droit des contrats en Europe ? Plaidoyer en faveur de l'unification », RDUE 2003, n°2, page 385.

¹⁰¹⁵ Communication de la Commission du 11 juillet 2001 « concernant le droit européen des contrats », JO C-255 du 13 septembre 2001, page 1 et s., point n°32.

nouveau sur cette question¹⁰¹⁶. Il résulte de ce sondage effectué auprès de 175 entreprises installées dans huit des Etats membres de l'Union qu'il serait faux d'affirmer qu'il est « impossible ou même excessivement difficile pour les entreprises européennes de conclure des transactions commerciales transnationales à l'intérieur du marché interne »¹⁰¹⁷. Toutefois, poursuivent les auteurs de cette étude, « les deux tiers des sociétés font face à des obstacles coûteux lorsqu'elles commercent avec d'autres Etats membres », obstacles découlant principalement de l'existence de systèmes juridiques différents¹⁰¹⁸. C'est la raison pour laquelle ils en concluent que l'Union peut appuyer son intervention, seulement dans le domaine général du droit des contrats, sur l'article 95 CE. Cette étude privée a certes le mérite de tenter d'évaluer les entraves réelles au fonctionnement du marché intérieur, étude dont l'absence a souvent été reprochée aux institutions communautaires. Néanmoins, l'intervention communautaire sur le fondement de l'article 95 CE ne peut se justifier sur la foi d'un sondage. Le sort de l'article 95 CE comme base juridique de la codification se révèle dès lors incertain.

B) La fragilité de la base légale proposée

306. Au mieux l'article 95 CE pourrait servir de base juridique à un code européen de la consommation¹⁰¹⁹. En effet, le Traité CE prévoit, dans son titre XIV, des dispositions spécifiques concernant la protection des consommateurs. Il ressort de l'article 153 CE que la Communauté contribue à promouvoir les intérêts et à assurer un niveau élevé de protection des consommateurs « par des mesures qu'elle adopte en application de l'article 95 CE dans le cadre de la réalisation du marché intérieur »¹⁰²⁰. En raison des compétences particulières attribuées à la Communauté¹⁰²¹, une législation spécifique pourrait logiquement trouver une base légale dans l'article 153 CE combiné à l'article 95 CE comme le préconise Monsieur

¹⁰¹⁶ Cette étude est résumée en français à la Revue des contrats : VOGENAUER S. ET WEATHERHILL S., « La compétence de la Communauté européenne pour harmoniser le droit des contrats – Une analyse empirique », RDC 2005, page 1215 et s.

¹⁰¹⁷ VOGENAUER S. ET WEATHERHILL S., « La compétence de la Communauté européenne pour harmoniser le droit des contrats – Une analyse empirique », RDC 2005, page 1233.

¹⁰¹⁸ VOGENAUER S. ET WEATHERHILL S., « La compétence de la Communauté européenne pour harmoniser le droit des contrats – Une analyse empirique », RDC 2005, page 1233. Voir aussi, WEATHERHILL S., « Reflections on the EC's competence to develop a European contract law », ERPL 2005, page 405 et s.

¹⁰¹⁹ MALINVAUD P., « Réponse hors-délai à la Commission européenne : à propos d'un code européen des contrats », D. 2002, chron., page 2544.

¹⁰²⁰ Article 153 CE § 1 a).

¹⁰²¹ Il existe une politique spéciale d'harmonisation en la matière : VAN GERVEN W., « Rapport introductif », in *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, sous la dir. de P. DE VAREILLES-SOMMIERES, 2001, page 5.

Walter van Gerven¹⁰²². La Cour admet exceptionnellement qu'un acte puisse se fonder sur deux articles s'ils sont pertinents et compatibles l'un avec l'autre¹⁰²³. Cette législation spécifique peut tout aussi bien se fonder sur l'article 153 CE ou 95 CE pris isolément.

307. Il a d'ailleurs déjà été constaté que la plupart des directives et règlements communautaires en matière de droit des contrats concernent principalement le droit de la consommation et de la distribution.¹⁰²⁴ Il est vrai que le récent Livre vert de la Commission sur la protection des consommateurs dans l'Union européenne¹⁰²⁵ ainsi que la Communication de la Commission de 2004¹⁰²⁶ relative au Cadre Commun de Référence (CCR) laissent présager de la possibilité qu'un code européen de la consommation puisse voir le jour prochainement. Mais si les chances sont plus importantes qu'une codification de ce pan spécial du droit civil se réalise sur la base de l'article 95 CE, elle ne semble pas souhaitable dans la recherche d'un droit commun. Elle ne constituerait qu'une approche sectorielle supplémentaire. Elle reviendrait purement et simplement « *à vider le code civil de son contenu social* ». ¹⁰²⁷ Il faut d'ailleurs regretter l'approche actuelle des institutions communautaires qui tend à exclure du champ contractuel certaines règles pour les cantonner au droit de la consommation. Ainsi, la directive de 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales précise qu'« *elle s'applique (...) sans préjudice des règles communautaires et nationales relatives au droit des contrats* »¹⁰²⁸. Or, comme le souligne Monsieur Jean-

¹⁰²² VAN GERVEN W., « Codifying european private law ? Yes, if... », *European Law Review* 2002, page 156 et s., spécialement page 167 : « *specific consumers legislation can be based on article 153 EC in combination with the article 95 EC to which it refers* ».

¹⁰²³ CJCE 27 septembre 1988, Commission c/ Conseil, aff. C-165/87, Rec. I, page 5545. De plus, il faut préciser que la référence erronée à un second article n'entraîne pas l'invalidité de l'acte si elle n'a pas eu d'incidence sur la procédure d'adoption : CJCE 10 décembre 2002, *British American Tobacco*, C- 491/01, Rec. I, page 11453. (BLUMANN C. ET DUBOIS L., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Litec, 2004, page 332).

¹⁰²⁴ Voir Titre I, Chapitre II.

¹⁰²⁵ Livre vert de la Commission sur la protection des consommateurs dans l'Union européenne 2001, COM (2001), 531.

¹⁰²⁶ MARAIS A., « Cadre commun de référence et code civil », RDC 2005, page 1208 : l'auteur rappelle que dans sa Communication de la Commission du 11 octobre 2004, « Droit européen des contrats et révision de l'acquis : la voie à suivre », COM (2004) 651 final, la Commission se demande s'il n'y pas lieu d'harmoniser davantage le droit des contrats pour les consommateurs.

¹⁰²⁷ HONDIUS E., « Les bases doctrinales du nouveau code néerlandais », in *Traditions savantes et codifications*, colloque Poitiers des 8-9-10 septembre 2005 : pour l'auteur, le contrat entre un vendeur et un consommateur est l'archétype des relations en droit civil. Si on sépare le droit de la consommation du code civil, il ne reste plus selon lui qu'un droit où on retient le paradigme de la liberté, alors qu'il est nécessaire que le paradigme de la solidarité soit présent.

¹⁰²⁸ Directive 2005/29/CE du Parlement et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur : JO UE du 11 juin 2005, L n°149, page 22.

Sylvestre Bergé, il ne fait aucun doute que ce texte « *se loge dans un contexte éminemment contractuel* »¹⁰²⁹.

308. L'article 95 CE ne saurait en revanche servir de base légale à une codification du droit des contrats. Il n'existe pas de politique spéciale d'harmonisation en droit des contrats comme en matière de protection des consommateurs. Les partisans d'une compétence communautaire sur la base de l'article 95 CE concèdent même « *l'ambivalence ou le caractère aléatoire d'une telle interprétation de la disposition et redoutent d'autre part les limites imposées aux organes par les principes de subsidiarité et de proportionnalité* »¹⁰³⁰. En vertu de ces principes, les autorités communautaires ne peuvent intervenir lorsqu'elles exercent une compétence partagée qu'à la double condition que les objectifs de l'action envisagée ne soient pas susceptibles d'être réalisés de manière suffisante par les Etats membres et que les inconvénients résultant des mesures envisagées ne soient pas démesurés par rapport aux buts visés¹⁰³¹. Si la première condition peut aisément être remplie, la seconde est plus problématique. L'argument économique utilisé par les institutions communautaires peut, par un effet « boomerang », se retourner contre elles¹⁰³². En effet, le surcoût des transactions à l'origine de l'intervention communautaire doit être mis en balance avec les coûts de l'entreprise de codification, qui, comme nous l'avons vu¹⁰³³, seront importants. Dès lors, il n'est pas sûr que le code civil européen sorte gagnant de la comparaison.¹⁰³⁴ Il semble de toute façon contestable de fonder une intervention communautaire générale, globale en droit des contrats sur un article consacré au marché intérieur, sous prétexte que certains contrats ont déjà été harmonisés. Il serait possible de prendre des directives sur chaque type de contrat mais l'entreprise perdrait alors en cohérence, retombant dans les travers déjà évoqués de l'approche actuelle, parcellaire, fragmentaire et sectorielle¹⁰³⁵. Si malgré tout les institutions communautaires persistaient dans leur volonté de se fonder sur l'article 95 CE

¹⁰²⁹ BERGE J-S., « Coexistence du droit communautaire et du droit des contrats », chronique, RDC 2005, page 1201.

¹⁰³⁰ SONNENBERGER H. J., « L'harmonisation ou l'uniformisation européenne du droit des contrats sont-elles nécessaires ? (...) », RCDIP 2002, page 409.

¹⁰³¹ LEQUETTE Y., « Quelques remarques à propos du projet de code civil européen de M. von Bar », D.2002, chronique, page 2203.

¹⁰³² FAUVARQUE-COSSON B., « Faut-il un code civil européen ? », RTDC 2002, page 471.

¹⁰³³ Voir Titre II, chapitre I

¹⁰³⁴ Dans ce sens, VAN GERVEN W., « Codifying European private law ? Yes, if... ! », *European law review* 2002, page 163 : « *In that case, the academic, political, administrative and judicial efforts to prepare, adopt, implement and apply comprehensive legislation may be such, that the costs do not necessarily outweigh the advantage of harmonisation (...)* ».

¹⁰³⁵ VAN GERVEN W., « Rapport introductif », in *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, sous la dir. de P. DE VAREILLES-SOMMIERES, 2001, page 5.

pour créer un code européen des contrats, Monsieur Walter van Gerven¹⁰³⁶ rappelle à juste titre que l'acte ainsi adopté s'exposera devant le juge communautaire soit à l'anéantissement direct, par le biais d'un recours en annulation¹⁰³⁷ directement dirigé contre l'acte en question, soit à l'invalidation indirecte au cours d'une procédure introduite devant le juge communautaire, par le biais de l'exception d'illégalité¹⁰³⁸. Il faut cependant souligner que l'hypothèse du recours en annulation est plus probable, l'exception d'illégalité demeurant en pratique assez rare. Ce recours en annulation pourra en effet être introduit par un ou plusieurs Etats membres¹⁰³⁹, soit pour incompétence, jugeant que la Communauté outre passe ses attributions¹⁰⁴⁰, soit pour violation du traité, invoquant la violation notamment du principe de subsidiarité.

309. Si l'article 95 CE ne peut servir de base légale à une codification du droit européen des contrats, il ne peut *a fortiori* justifier une intervention communautaire générale en matière civile. Il serait même imprudent de fonder une entreprise aussi importante sur un tel article¹⁰⁴¹. D'une part, la réalisation et le fonctionnement du marché intérieur ne peut servir de socle qu'à certains pans d'un code civil européen mais non à l'œuvre entière. Comme le souligne la Cour, l'article 95 CE n'est « *pas la base juridique appropriée lorsque l'acte à adopter n'a qu'accessoirement pour effet d'harmoniser les conditions du marché au sein de la Communauté* »¹⁰⁴². Or, on sait notamment que l'adoption de règles communes en matière de droit de la famille, pouvant certes intéresser la libre circulation des personnes,

¹⁰³⁶ VAN GERVEN W., « Codifying european private law ? Yes, if... », *European Law Review* 2002, page 168 : « *it exposes the legal instrument coming out of the process, to a risk of annulment (in a direct procedure) or invalidation (in a preliminary ruling procedure) by the Community judiciary* ».

¹⁰³⁷ BLUMANN C. ET DUBOIS L., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Litec, 2004, pages 394 et s. : En droit communautaire, le recours en annulation est le recours par lequel un requérant demande au TPICE ou à la CJCE d'annuler un acte d'une institution visant à produire des effets juridiques vis-à-vis des tiers. L'article 230 CE ouvre le recours contre les actes du Conseil, institution qui arrête les mesures prises au titre de l'article 95 CE.

¹⁰³⁸ BLUMANN C. ET DUBOIS L., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Litec, 2004, page 406 : L'exception d'illégalité permet à un requérant d'invoquer l'illégalité du comportement d'une institution communautaire. Elle permet ainsi à un particulier intentant un recours contre un acte de portée individuel de contester la validité de la réglementation qui constitue la base juridique de cette décision.

¹⁰³⁹ Le recours en annulation est aussi ouvert aux particuliers mais la rigueur des conditions de recevabilité de telles requêtes en limite quelque peu l'ouverture. En effet, la Cour exige l'existence d'un lien direct et individuel, et refuse de se rallier à la position du TPICE dans l'affaire Jégo – Quéré (T-177/01), le tribunal éludant le lien individuel lorsque l'irrecevabilité du recours en annulation prive le requérant de toute protection effective : CJCE 25 juillet 2002, *Union de Pequenos Agricultores c/ Conseil*, aff. C-50/00 P, Rec. I, page 6677.

¹⁰⁴⁰ Pour un exemple d'annulation d'un acte pour incompétence de la Communauté, l'acte relevant

¹⁰⁴¹ SONNENBERGER H. J., « L'harmonisation ou l'uniformisation européenne du droit des contrats sont-elles nécessaires ? (...) », *RCDIP* 2002, page 410.

¹⁰⁴² CJCE 4 octobre 1991, *Parlement c/ Conseil*, C-70/88, Rec. I, page 4529, point 17 ; CJCE 17 mars 1993, *Commission c/ Conseil*, C-155/91, Rec. I, page 939, point 19.

n'entre pas dans les prévisions de l'article 95 CE¹⁰⁴³. Il faut toutefois apporter un bémol à cette analyse. En effet, l'exigence s'imposant aux institutions communautaires de discerner le principal de l'accessoire « *semble, à l'inverse, pouvoir également, dans certains cas, autoriser le législateur communautaire à édicter certaines règles qui ne relèvent pas a priori de sa compétence lorsqu'elles s'avèrent nécessaires pour garantir la pleine effectivité de normes que la Communauté est compétente pour édicter* »¹⁰⁴⁴. Cette analyse repose sur un important arrêt rendu par la CJCE en matière de protection de l'environnement par le droit pénal, dans lequel la Cour affirme que si en principe la législation pénale ne relève pas de la compétence de la Communauté, cela ne saurait toutefois l'empêcher de prendre des mesures en relation avec le droit pénal des Etats membres si ces mesures sont indispensables pour lutter contre les atteintes graves à l'environnement.¹⁰⁴⁵

310. D'autre part, l'article 95 CE portant sur un terrain économique, l'argument « *perd toute sa force* » pour le droit des personnes ou le droit de la famille¹⁰⁴⁶. Il serait pourtant tentant de s'appuyer sur l'analyse économique du droit, tirée des travaux américains de Coase en 1960 ainsi que de Posner en 1973¹⁰⁴⁷. Cette discipline consiste à utiliser les instruments et concepts de la science économique pour analyser les systèmes juridiques et judiciaires, soit en terme de coûts. Elle connaît un essor remarquable en Europe et notamment en France¹⁰⁴⁸. Monsieur Guy Canivet insiste en effet sur le fait que « *l'analyse des travaux du code civil révèle que ses auteurs ont largement pris en compte la dimension économique du droit* »¹⁰⁴⁹. Il faut néanmoins reconnaître que la dimension économique du droit n'a, fort heureusement, pas été la seule dimension à être prise en compte lors de ces travaux préparatoires. Si cette analyse trouve une prise plus aisée lorsqu'elle s'intéresse à une branche du droit ayant un objet plutôt économique, elle perd de son efficacité en droit des personnes et de la famille, où les considérations ne sont plus seulement d'ordre matériel mais aussi d'ordre moral,

¹⁰⁴³ Article 95 CE § 2 : « *Le paragraphe 1 ne s'applique pas aux dispositions fiscales, aux dispositions relatives au droit des personnes et à celles relatives aux droits et intérêts des travailleurs salariés* ».

¹⁰⁴⁴ KOHLER C. et ENGEL J.-C., « Le choix approprié de la base juridique pour la législation communautaire : enjeux constitutionnels et principes directeurs », Europe janvier 2007, étude n°1, page 9.

¹⁰⁴⁵ CJCE 13 septembre 2005, aff. C-176-03 : voir spécialement § 47 et 48. Pour un commentaire : D. 2006, n°19, page 1259, note NOURISSAT C. ; Europe 2005, n°11, com. 369, note SIMON D.

¹⁰⁴⁶ FAUVARQUE-COSSON B., « Faut-il un code civil européen ? », RTDC 2002, page 471.

¹⁰⁴⁷ COASE R., *Le coût du droit*, traduit par MORISSETTE Y.-M., coll. Droit, éthique et société, PUF, 2000 ; POSNER R., *Economic analysis of law*, cité par DEFFAINS B., « Le défi de l'analyse économique du droit : le point de vue de l'économiste », LPA n° spécial 19 mai 2005, n°99, page 6.

¹⁰⁴⁸ Voir, par exemple, DEFFAINS B. (sous la dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Cujas, Paris, 2002 ; CHAPUT Y. (sous la dir.), *Le droit au défi de l'économie*, Publications de la Sorbonne, coll. Droit économique, 2002 ; MCKAAY E., *Analyse économique du droit*, Tome I, Fondements, 2003 ; OGUS A. ET FAURE M., *Economie du droit : le droit français*, coll. Droit comparé, Ed. Panthéon-Assas, 2002.

¹⁰⁴⁹ CANIVET G., « L'analyse économique du droit : le point de vue du juge », PA 19 mai 2005, page 23.

affectif¹⁰⁵⁰. Dès lors, cette analyse, séduisante par ces vertus d'efficience, ne convainc pas totalement quant au fondement de la codification du droit civil européen¹⁰⁵¹. Il est donc nécessaire de rechercher un fondement textuel plus acceptable, qui se substituerait à celui invoqué, mis en avant par les institutions communautaires, qui serait davantage convenable.

Paragraphe II- La recherche d'un fondement textuel alternatif

311. Pour une partie de la doctrine française, « *il n'existe pas de base juridique pour l'adoption d'un code civil européen dans les traités actuels ; par ailleurs, il n'existe aucune nécessité d'en prévoir une* »¹⁰⁵². Une telle position n'est cependant pas satisfaisante. En effet, plusieurs textes communautaires peuvent toutefois être avancés comme base légale, avec certes plus ou moins de succès de constituer un fondement acceptable à l'entreprise de codification. Ainsi les articles 308 CE ou 65 CE ne sont pas dénués de pertinence. Pourtant, ils sont le plus souvent écartés, la doctrine préférant recourir à la convention internationale sur le fondement de l'article 293 CE (A).

312. On ne peut valablement régler le problème de la base juridique en espérant que les traités soient un jour révisés et que la compétence des autorités communautaires pour édicter un code civil européen soit un jour clairement précisée. En l'état actuel des traités, l'adoption d'un code civil européen pourrait intervenir dans le cadre de l'Union européenne¹⁰⁵³, notamment si l'on se fonde sur la possibilité pour les Etats de coopérer entre eux de façon renforcée, ou plus probablement, si l'on invoque les articles 17 et 18 CE concernant la citoyenneté européenne (B).

¹⁰⁵⁰ FRISON-ROCHE M.-A., « L'intérêt pour le système juridique de l'analyse économique du droit », PA 19 mai 2005, page 15 et s. : comme l'explique l'auteur, la famille est certes une structure économique mais le prisme de l'analyse économique peut fausser la perception d'ensemble.

¹⁰⁵¹ Pour un rejet total, mais sévère, de l'analyse économique : PRIETO C., « Un code civil européen : de l'utopie à la prospective juridique », PA 7 mai 2004, page 21 : « *Quand bien même on adhérerait à cette vision darwinienne propre à un courant de la théorie de l'économie du droit, il faut admettre qu'elle n'a produit aucun effet bénéfique en 40 ans de construction européenne* ».

¹⁰⁵² FAUVARQUE-COSSON B., « Faut-il un code civil européen ? », RTDC 2002, page 466.

¹⁰⁵³ Contra, LEROUCHE P., « L'intégration, les systèmes juridiques et la formation juridique », Revue de droit de Mac Gill 2001, page 1015 spécialement : « *en l'état actuel du droit communautaire, l'adoption d'un code civil européen ne pourrait survenir qu'en dehors du cadre de l'Union européenne, ce qui la rend pour le moins hypothétique* ».

A) Les propositions doctrinales

313. Les institutions communautaires ayant opté pour le règlement comme forme juridique la plus adéquate, la doctrine étudie des fondements autres que les articles 94 ou 95 CE invoqués. Majoritairement proposés, les articles 65 CE ou 308 CE ne sont pas dénués de pertinence pour fonder un règlement établissant un code civil européen. Cependant, de nombreuses raisons peuvent conduire finalement à leur rejet. En passer par un règlement communautaire paraît ainsi difficilement réalisable. *A contrario*, la doctrine se rallie à la possibilité de fonder un code européen sur l'article 293 CE, qui permet aux Etats membres d'engager entre eux des négociations en vue d'assurer notamment la protection des personnes. S'il est souligné qu'avoir recours à une convention internationale peut toutefois entraîner des inconvénients, cette base légale paraît néanmoins la plus appropriée.

1) Les bases juridiques écartées

314. Lorsque la doctrine s'intéresse à la question de la base juridique du futur code européen, elle prend soin d'étudier chaque article pouvant potentiellement servir d'assise, le plus souvent pour finalement les écarter et en déduire qu'aucun texte communautaire ne peut fonder une telle entreprise. Si l'on peut émettre des réserves sur la mise à l'écart des articles 65 CE et 308 CE, c'est sans hésitation qu'il faut rejeter la théorie des compétences implicites comme étant susceptible de fournir une base juridique convenable. Cette théorie prétorienne, empruntée notamment à la jurisprudence de la Cour Internationale de Justice¹⁰⁵⁴, permet aux institutions communautaires de disposer de compétences non écrites, induites des textes. Elle signifie en effet que « *une organisation ou une institution ne possède pas seulement les pouvoirs qui lui sont expressément reconnus par sa charte constitutive mais également tous autres pouvoirs qui lui sont nécessaires pour atteindre ses objectifs* »¹⁰⁵⁵. La Cour de Justice l'a adapté au système communautaire en 1956 dans son arrêt de principe *Fédéchar*,¹⁰⁵⁶ permettant ainsi aux Communautés à agir non plus sur la base de la lettre des textes mais sur celle des fins de l'Union¹⁰⁵⁷. Son utilisation restera pourtant par la suite relativement

¹⁰⁵⁴ CIJ 11 avril 1949, Réparation des dommages subis au service des Nations Unies, Recueil CIJ 1949, page 174.

¹⁰⁵⁵ BLUMANN C. ET DUBOUIS L., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Litec, 2004, page 257.

¹⁰⁵⁶ CJCE 26 novembre 1956, *Fédéchar* : aff. C-8/55, Rec. CJCE page 291.

¹⁰⁵⁷ ACNF, Code civil : les défis d'un nouveau siècle, 100^{ème} congrès des notaires de France, mai 2004, page 142.

cantonnée au domaine des relations extérieures¹⁰⁵⁸. Cette base juridique est par conséquent rapidement évacuée par la doctrine en raison de sa trop grande fragilité, pouvant facilement être écartée par les principes de subsidiarité et de proportionnalité, qui ont pris une importance considérable depuis.¹⁰⁵⁹ A l'inverse, il faut s'attarder plus longuement sur les articles 65 CE et 308 CE, dont la récusation par la doctrine, sous couvert du respect du principe de subsidiarité, n'est pas toujours justifiée.

a) L'article 65 CE

315. Sous l'effet conjugué de la modification des Traités par les traités de Maastricht et d'Amsterdam, le domaine de la coopération judiciaire en matière civile a été incorporé dans le pilier communautaire comprenant déjà les politiques d'asile et d'immigration,¹⁰⁶⁰ dévoilant ainsi un véritable « espace judiciaire européen » bâti à l'origine sur le fondement de l'article 293 CE.¹⁰⁶¹

316. L'article 65 CE permet aux institutions communautaires de prendre des mesures en matière civile, visant « *entre autres* » à faciliter la communication des actes judiciaires, l'obtention de preuves, l'efficacité des jugements, à régler les conflits de lois, les obstacles au bon déroulement des jugements civils et des règles de procédure civile. L'article 65 a ainsi « *donné lieu le plus souvent à des normes sectorielles, limitées au champ du procès et du juridictionnel* » sur le terrain du droit international privé¹⁰⁶². Cependant, les mesures entrant dans le domaine de l'article 65 CE ne sont données qu'à titre d'exemples et ne sont en rien exhaustives.¹⁰⁶³ Ce qui permet de penser qu'une codification du droit civil européen pourrait entrer dans le champ d'application de cet article. En effet, « *sous l'angle de la matière visée,*

¹⁰⁵⁸ CJCE 31 mars 1971, AETR : aff. C-22/70, Recueil CJCE, page 263.

¹⁰⁵⁹ FAUVARQUE-COSSON B., « Faut-il un code civil européen ? », RTDC 2002, page 467; MALINVAUD P., « Réponse hors-délai à la Commission européenne : à propos d'un code européen des contrats », D. 2002, chron., page 2544.

¹⁰⁶⁰ Le domaine de la coopération en matière civile fait partie du Titre IV relatif aux politiques liées à la libre circulation des personnes.

¹⁰⁶¹ La convention de Bruxelles concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale du 27 septembre 1968 ainsi que la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles du 19 juin 1980 constituait principalement cette espace judiciaire européen fondé sur l'article 293 CE (ex-article 220 CE).

¹⁰⁶² MOCCIA L., « Du « marché » à la « citoyenneté » : à la recherche d'un droit privé européen durable et de sa base juridique », RIDC 2004, n°2, page 313.

¹⁰⁶³ FALLON M., *Droit matériel général de l'Union européenne*, éd. 2002, Bruylant, Bruxelles, page 246 : l'auteur explique que le domaine de l'article 65 CE est énoncé de façon exemplative.

les mesures intéressent principalement le droit des biens, le droit des sociétés, le droit des contrats de consommation et marginalement le droit des contrats de travail ou le droit de la famille »¹⁰⁶⁴. La vision réductrice qu'en ont momentanément les Communautés européennes ne doit pas aboutir à la conclusion selon laquelle l'article 65 CE ne pourra à l'avenir servir de base légale au code civil européen.¹⁰⁶⁵

317. Pour que les institutions communautaires puissent se prévaloir de l'article 65 CE, il faut non seulement que les mesures envisagées entrent dans le domaine de la coopération judiciaire civile, mais aussi qu'elles remplissent au fond certaines conditions. La codification européenne envisagée doit en effet d'une part avoir une incidence transfrontière et, d'autre part, être nécessaire au fonctionnement du marché intérieur. Si la première condition est aisément remplie, la seconde suscite plus d'interrogations. On pourrait croire que se pose à nouveau le problème déjà rencontré concernant l'application de l'article 95 CE. Il faudra en effet démontrer que la diversité des droits nationaux constitue un obstacle au fonctionnement du marché, soit une atteinte à la libre circulation des marchandises, des personnes, des services ou des capitaux. Sans réitérer les remarques déjà faites à ce sujet, on peut toutefois constater que contrairement à l'article 95 CE, l'article 65 n'exclut pas de son champ d'application la libre circulation des personnes, ce qui en fait une base juridique beaucoup plus plausible pour un code civil européen.

318. Outre l'article 65 CE, l'article 308 CE est aussi suggéré par la doctrine en tant que base juridique potentielle à une codification européenne.

b) L'article 308 CE

319. L'article 308 CE a joué un rôle important dans le processus d'intégration, étendant les compétences communautaires en octroyant des compétences subsidiaires aux Communautés. Cet article a été utilisé notamment en matière d'environnement ou de protection des consommateurs, bien avant que des politiques spéciales soient instaurées en la

¹⁰⁶⁴ FALLON M., *Droit matériel général de l'Union européenne*, éd. 2002, Bruylant, Bruxelles, page 247.

¹⁰⁶⁵ IDOT L., « Les bases communautaires d'un droit privé européen », in *Le droit privé européen*, sous la dir. de P. DE VAREILLES-SOMMIERES, op. cit., page 35: l'auteur affirme que cet article serait le fondement juridique le plus approprié si le projet politique européen devenait un jour plus ambitieux.

matière au sein des traités. Il pourrait donc servir de base juridique au futur code civil européen.

320. Contrairement à l'article 65 CE, le texte ne réserve l'intervention communautaire à aucun domaine en particulier. Il vise de ce fait à pallier l'hypothèse d'une absence de pouvoirs conférés à la Communauté,¹⁰⁶⁶ ou d'une insuffisance de tels pouvoirs d'action¹⁰⁶⁷, donc de base légale spécifique, sans avoir à passer par une révision des traités¹⁰⁶⁸. Face à l'absence de compétence générale des Communautés pour édicter un code civil européen et à l'insuffisance des textes particuliers que sont les articles 95 CE ou 65 CE, l'article 308 semble être la base légale rêvée, celle à laquelle on peut aspirer. Les choses sont loin d'être aussi simples. Tout d'abord, le recours à l'article 308 CE comme base légale d'un acte communautaire ne se justifie, de jurisprudence constante, que si aucune autre disposition du traité ne confère aux institutions la compétence nécessaire pour arrêter un tel acte¹⁰⁶⁹. La Cour pourra donc juger que l'article 308 CE ne peut fonder une intervention communautaire générale en matière civile si elle considère que les institutions auraient pu agir sur le fondement d'un autre texte.

321. L'article 308 CE énonce de plus les deux conditions dans lesquelles il peut s'appliquer. Ainsi, il faut que l'action envisagée « *tende à réaliser, dans le fonctionnement du marché intérieur, l'un des objets de la Communauté* » et qu'elle apparaisse « *nécessaire* ». Sur le premier point, l'entreprise de codification doit pouvoir être rattachée à l'un des objets énumérés à l'article 2 CE¹⁰⁷⁰ ou dans le préambule des traités¹⁰⁷¹, soit particulièrement la

¹⁰⁶⁶ Avis CJCE 28 mars 1996, Rec. I, page 1759, point n°29.

¹⁰⁶⁷ CJCE 12 juillet 1973, Massey Ferguson, aff. C-8/73, Recueil page 897, point n°4 ; Avis CJCE du 15 novembre 1994, aff. C-1/94, Recueil I, page 5276, point n°89.

¹⁰⁶⁸ LEGER P. (sous dir.), *Commentaire article par article des traités UE et CE*, Bruylant, 2000, pages 1946-1947.

¹⁰⁶⁹ CJCE 27 septembre 1988, Commission c/ Conseil, aff. C-165/81, Recueil page 5545, point n° 17 ; CJCE 12 novembre 1996, Royaume Uni c/ Conseil, C-84/94, Recueil I, page 5755, point n°43 ; CJCE 10 juillet 2003, BEI c/ Commission, aff. C-15/00, point n° 146.

¹⁰⁷⁰ Article 2 CE : « *L'Union se donne pour objectifs : - de promouvoir le progrès économique et social (...); - d'affirmer son identité sur la scène internationale, notamment par la mise en œuvre d'une politique étrangère et de sécurité commune, y compris la définition progressive d'une politique de défense commune (...); -de renforcer la protection des droits et des intérêts des ressortissants de ses Etats membres par l'instauration d'une citoyenneté de l'Union ; - de maintenir et de développer l'Union en tant qu'espace de liberté, de sécurité et de justice (...); -de maintenir intégralement l'acquis communautaire et de le développer (...). Les objectifs de l'Union sont atteints (...) dans le respect du principe de subsidiarité...* »

¹⁰⁷¹ LEGER P., *Commentaire article par article des traités UE et CE*, Bruylant, 2000, page 1949 : « *il existe de bonnes raisons de croire que l'on puisse y inclure, outre les objectifs résultant des dispositions mêmes du traité, les buts énumérés dans le Préambule du traité* ». Contra, voir SIMON D., « Le préambule du traité UE », in *Traité sur l'Union européenne, Commentaire article par article*, sous la dir. de CONSTANTINESCO V., KOVAR R. ET SIMON D., Economica, 1995, pages 53-54 : S'appuyant sur une analyse de Paul Reuter faite à propos du

volonté de créer « *une union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe* »¹⁰⁷² et de « *faciliter la libre circulation des personnes...en établissant un espace de liberté, de sécurité et de justice* »¹⁰⁷³. Les institutions disposent en effet d'un champ d'action large en raison du caractère évasif de ces textes. Quant à la seconde condition, la nécessité de l'action envisagée relève de l'appréciation largement discrétionnaire de la Cour de Justice lorsque, par la suite, elle opère son contrôle.¹⁰⁷⁴ Si la Cour considère dès lors l'entreprise de codification comme nécessaire, et que les deux conditions sont par conséquent remplies, le Conseil est autorisé à prendre toutes les dispositions appropriées, en utilisant tous les instruments communautaires prévus à l'article 249 CE.¹⁰⁷⁵ Sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, le Conseil statue dans un tel cas à l'unanimité. Par conséquent, la principale faiblesse de ce fondement textuel est qu'un seul Etat membre peut, par son refus, faire échec à l'adoption d'un code civil européen sur le fondement de l'article 308 CE.

322. Pourtant, ce n'est pas précisément cette faiblesse que pointe du doigt majoritairement la doctrine. Madame Laurence Idot affirme certes que, dans la mesure où cette procédure requiert l'unanimité au Conseil, les Etats membres pourraient opter pour la voie conventionnelle, plus classique.¹⁰⁷⁶ Mais ce sont le défaut de légitimité des règlements pris sur le fondement de l'article 308 CE¹⁰⁷⁷ et l'atteinte à la répartition des compétences étatiques¹⁰⁷⁸ qui sont essentiellement relevés. Il faut aussi souligner que cet article a été peu

Préambule du Traité de Rome, l'auteur affirme que « *il est exclu d'attribuer aux dispositions du Préambule la qualité de source autonome d'obligation, ou de base juridique exclusive pour l'adoption des actes de droit dérivé* ».

¹⁰⁷² Préambule des Traités CE et UE.

¹⁰⁷³ Préambule du Traité UE et Article 2 CE.

¹⁰⁷⁴ Pour certains, l'appréciation du caractère nécessaire de l'action communautaire relèverait même du caractère discrétionnaire des institutions, celles-ci faisant appel à des critères politiques, économiques et techniques bien plus que juridiques : LEGER P. (sous dir.), Commentaire article par article des traités CE et UE, Bruylant, 2000, page 1949.

¹⁰⁷⁵ L'article 249 CE permet de recourir aux avis, recommandations, décisions, directives et règlements.

¹⁰⁷⁶ IDOT L., « Les bases d'un droit privé communautaire », in *Le droit privé européen*, sous la dir. de P. de VAREILLES-SOMMIERES, Economica, 1998, page 31 ; FAUVARQUE-COSSON B., « Faut-il un code civil européen ? », RTDC 2002, page 467.

¹⁰⁷⁷ SONNENBERGER H. J., « L'harmonisation ou l'uniformisation européenne du droit des contrats sont-elles nécessaires ? (...) », RCDIP 2002, page 410.

¹⁰⁷⁸ MALINVAUD P., « Réponse hors-délai à la Commission européenne : à propos d'un code européen des contrats », D. 2002, chron., page 2544 : pour cet auteur, l'utilisation de l'article 308 CE doit rester exceptionnelle, dans la mesure où la Commission rappelle que cet article ne permet pas de créer de nouvelles compétences, la voie normale et démocratique pour adapter les compétences de l'Union restant la modification des traités ; ACNF, « Code civil : les défis d'un nouveau siècle », 100^{ème} congrès des notaires de France, mai 2004, page 142 : « *l'article 308 CE ne peut concerner des matières fondamentales sans porter atteinte à la compétence de principe des Etats membres* ».

utilisé en droit privé et donc en matière civile¹⁰⁷⁹, et qu'à l'heure actuelle, il est même en perte de vitesse, les principes de subsidiarité et de proportionnalité constituant un frein à l'extension des compétences communautaires.

323. Les différents fondements textuels proposés par la doctrine pour adopter un règlement communautaire jetant les bases d'un code civil européen remportent plus ou moins de succès. Les articles 65 CE ou 308 CE ne peuvent toutefois pas être définitivement écartés, contrairement à ce que les auteurs laissent entendre. Devant les écueils des bases légales étudiées, une solution de rechange est néanmoins proposée. En dehors du règlement, il serait possible d'aboutir à une uniformisation en matière civile par la voie d'une convention ou d'un traité conclu entre Etats membres.

2) La base juridique privilégiée

324. La voie de la convention internationale pour édicter un code civil européen semble rallier la doctrine. On peut en effet soutenir que l'unification européenne du droit civil est envisageable si les Etats membres concluent entre eux un traité sur le fondement de l'article 293 CE ou, plus à la marge, une convention sur la base de l'article 34 § 2 d) du traité UE.¹⁰⁸⁰ Si l'article 293 CE peut constituer une base juridique appropriée, l'article 34 UE doit cependant être écarté. Sur le fondement de cet article, le Conseil peut prendre des mesures destinées à favoriser la coopération policière et judiciaire en matière pénale, en vue de contribuer à la poursuite des objectifs de l'Union, notamment par le biais de conventions établies entre Etats membres sur sa recommandation. Cet article ne coïncide en rien avec le cadre d'un code civil européen et peut tout au plus servir de base à l'élaboration d'un *corpus juris* en matière pénale, comme le préconise Madame Mireille Delmas-Marty¹⁰⁸¹. A l'opposé, l'article 293 CE peut s'appliquer à l'entreprise de codification, mais cette solution n'évite pas certains écueils.

¹⁰⁷⁹ IDOT L., « Les bases d'un droit privé communautaire », in *Le droit privé européen*, sous la dir. de P. de VAREILLES-SOMMIERES, Economica, 1998, page 31 ; FAUVARQUE-COSSON B., « Faut-il un code civil européen ? », RTDC 2002, page 467.

¹⁰⁸⁰ VAN GERVEN W., « Rapport introductif », in *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, Economica, 2001, page 3.

¹⁰⁸¹ DELMAS-MARTY M., « Le phénomène de l'harmonisation, l'expérience contemporaine », in *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, 2001, page 29.

325. L'article 293 CE dispose en effet que « *les Etats membres engageront entre eux, en tant que de besoin, des négociations en vue d'assurer, en faveur de leurs ressortissants : - la protection des personnes ainsi que la jouissance et la protection des droits dans les conditions accordées par chaque Etat à ses propres ressortissants (...)* ». Cet article permet ainsi aux Etats membres d'engager, en dehors du cadre strictement communautaire, des négociations en vue de la conclusion de traités, accords ou conventions dans les domaines cités, plus particulièrement la protection des personnes. Ce domaine convient parfaitement à la volonté de mettre en place un code civil européen, corpus destiné en tout premier lieu à protéger les personnes, les citoyens européens. En théorie, l'idée sous-jacente à l'article 293 CE serait la mise en place dans les domaines visés d'un droit unitaire applicable dans chaque Etat membre.¹⁰⁸² Or, il faut avouer que dans la pratique, les conventions prises sur la base de l'article 293 CE ont plus fréquemment réglé des problèmes de droit international privé, de conflits de lois, que des problèmes de fond.¹⁰⁸³ Tel est le cas des conventions de Bruxelles de 1968 et de Rome de 1980, aujourd'hui communautarisées par le biais de l'article 65 CE. Pour autant, rien n'indique dans le texte que seules de telles conventions puissent être passées entre Etats membres.

326. On peut comprendre que cette solution connaisse les faveurs de la doctrine qui voit là un moyen d'échapper à l'emprise communautaire, l'instrument issu de ces négociations relevant de l'initiative exclusive des Etats membres. D'une part, les conventions conclues dans le cadre de l'article 293 CE dépendent en principe du droit international et non de l'ordre juridique communautaire.¹⁰⁸⁴ C'est la raison pour laquelle le juge communautaire n'est pas non plus, en principe, compétent pour en connaître. La réalité est toute autre. En pratique, ces conventions ont pu être considérées comme des prolongations des traités fondateurs et comme des instruments destinés à compléter les moyens d'action de l'ordre juridique communautaire.¹⁰⁸⁵ Si l'on prend pour exemple la Convention de Bruxelles de 1968, il ressort de la jurisprudence que la Cour de Justice a toujours considéré ces dispositions comme étant liées aux traités¹⁰⁸⁶. En outre, une compétence d'interprétation uniforme de ces conventions a le plus souvent été attribuée à la Cour de Luxembourg, soit par la convention elle-même, soit par un protocole additionnel. D'autre part, cet instrument conventionnel est

¹⁰⁸² LEGER P. (sous la dir.), *Commentaire article par article des traités UE et CE*, Bruylant, 2000, page 1876.

¹⁰⁸³ BARAV A. ET PHILIP C., *Dictionnaire juridique des communautés européennes*, 1993, page 573.

¹⁰⁸⁴ LEGER P. (sous la dir.), *Commentaire article par article des traités UE et CE*, Bruylant, 2000, page 1877.

¹⁰⁸⁵ BARAV A. ET PHILIP C., *Dictionnaire juridique des communautés européennes*, 1993, page 573.

¹⁰⁸⁶ CJCE 10 février 1994, Münd et Ferser, aff. C-398/92, Recueil I, page 467, point n°12 ; CJCE 28 mars 2000, Krombach, aff. C-7/98, Recueil I, page 1935, point n°24.

ouvert à la signature des Etats membres et ne peut donc entrer en vigueur qu'après ratification soit de l'ensemble de ces Etats, soit de la majorité des signataires.¹⁰⁸⁷ La voie de la convention internationale présente ainsi l'inconvénient majeur de laisser le sort du code civil européen entre les mains des Etats, avec le risque que « *les négociations aboutissent à un compromis boiteux* »¹⁰⁸⁸, voire qu'elles échouent. Même si la convention voit le jour, il est aussi à craindre par la suite un « *effet de glaciation* » selon l'expression empruntée à Jean Carbonnier¹⁰⁸⁹, la convention ne pouvant être ultérieurement modifiée qu'à l'unanimité des Etats parties¹⁰⁹⁰. On peut cependant objecter que cet effet de glaciation tant redouté pourrait être atténué en pratique par l'interprétation que peut faire le juge communautaire de la convention. Si le code civil européen recèle des termes non définis, des notions floues, des standards juridiques, une certaine marge d'appréciation sera laissée au juge, pouvant interpréter la convention de façon dynamique et évolutive.¹⁰⁹¹ Il faut donc nuancer ladite immutabilité de ces conventions internationales.

327. Nonobstant les écueils évoqués, cette solution a de grandes chances d'aboutir à un code civil européen. Il suffit pour s'en convaincre de prendre l'exemple du système mis en place par la Convention de Schengen, convention qui a vocation, comme l'a annoncé récemment la Commission, à être transformée en code communautaire des frontières¹⁰⁹². Les accords de Schengen relèvent en effet du droit international et non du droit communautaire¹⁰⁹³, ayant été négociés dans un cadre intergouvernemental, en raison de l'insuffisance à l'époque des instruments juridiques communautaires existants dans le domaine des frontières. En dehors des conventions de Schengen, certaines règles ont par la

¹⁰⁸⁷ FALLON M., *Droit matériel général de l'Union européenne*, éd. 2002, Bruylant, Bruxelles, page 245.

¹⁰⁸⁸ WITZ C., « Plaidoyer pour un code européen des obligations », D.2000, page 83.

¹⁰⁸⁹ Expression reprise par : WITZ C., « Plaidoyer pour un code européen des obligations », D.2000, page 83. LEQUETTE Y., « Quelques remarques à propos du projet de code civil européen de M. von Bar », D. 2002, chronique, page 2205.

¹⁰⁹⁰ LEQUETTE Y., « Quelques remarques à propos du projet de code civil européen de M. von Bar », D. 2002, chronique, page 2205 : L'auteur rappelle « *qu'un tel instrument ne se laisse que très difficilement modifier puisqu'il faut le consentement de toutes les parties* » ; SONNENBERGER H. J., « L'harmonisation ou l'uniformisation européenne du droit des contrats sont-elles nécessaires ? (...) », RCDIP 2002, page 410 : l'auteur souligne « *l'immutabilité qui caractérise ces conventions* ». Cependant, pour lui, une convention serait l'instrument le plus acceptable, nonobstant cette objection.

¹⁰⁹¹ Comme cela a été le cas pour la Convention européenne des droits de l'Homme, grâce à l'interprétation qu'en a faite la Cour de Strasbourg.

¹⁰⁹² Proposition de la Commission du 26 mai 2004, de règlement portant « code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes », COM (2004), 391 : JO C n° 323 du 30 décembre 2004.

¹⁰⁹³ RIDEAU J. (sous la dir.), *Union européenne – Commentaire des traités modifiés par le Traité de Nice du 16 février 2001*, LGDJ, 2001, page 103 : L'auteur rappelle que les accords de Schengen visaient un objectif communautaire, garantissaient la compatibilité avec le droit communautaire mais il s'agissait d'une entreprise extérieure au cadre de la Communauté.

suite fait l'objet de règlements communautaires, notamment en matière de visas¹⁰⁹⁴. Bien que ces accords fassent désormais partie des traités depuis mai 1999, la Commission souhaite donner un caractère et une forme plus communautaire aux dispositions Schengen. Ceci en les adaptant au cadre institutionnel communautaire et en les intégrant dans un code dit « *code communautaire des frontières* ». Cet exemple démontre comment certaines dispositions, qui ne pouvaient s'insérer dans le schéma communautaire, finissent après certes quelques années ou décennies, par en retrouver le chemin. Enfin, il faut aussi insister sur le fait que cette solution de recourir à la voie conventionnelle remettrait les Etats membres au cœur du projet de code civil européen, jugé largement technocratique et éloigné des citoyens. Que les Parlements nationaux aient une sorte de « droit de regard » sur cette convention, pourrait même encourager les Etats à avancer dans les négociations.¹⁰⁹⁵

328. Si la solution conventionnelle paraît relativement satisfaisante, on peut rechercher dans le texte des traités fondateurs si d'autres dispositions, qui n'ont pas ou peu été mises en lumière par la doctrine, ne pourraient pas tenir lieu de base juridique au code civil européen.

B) Les propositions en marge de la doctrine

329. Deux propositions, d'inégale importance, peuvent être faites. La première consiste à se tourner vers le mécanisme de la coopération renforcée, sur le fondement des articles 11 et 11 A CE. Bien qu'il ne résolve pas à proprement parler la question de la base juridique, ce mécanisme original mis à la disposition des Etats membres, pourrait potentiellement servir de cadre au futur code civil européen, ce que la doctrine n'a, à notre connaissance, jamais relevé.

330. La deuxième est de fonder l'intervention communautaire sur les articles 17 et 18 CE, instituant la citoyenneté européenne. Si certains auteurs soulignent le fait que la codification du droit civil européen se situerait de façon très « *proche du citoyen* »¹⁰⁹⁶, un seul

¹⁰⁹⁴ DUBOUIS L. ET BLUMANN C., *Droit matériel de l'Union européenne*, 3^{ème} édition, Domat, Montchrétien, 2004, page 63.

¹⁰⁹⁵ VAN GERVEN W., « Codifying European private law ? Yes, if ... ! », *European Law Review* 2002, page 173.

¹⁰⁹⁶ VAN GERVEN W., « Codifying European private law ? Yes, if ... ! », *European Law Review* 2002, page 172.

d'entre eux propose que cette citoyenneté européenne constitue la base juridique du futur code civil européen, qu'il semble toutefois circonscrire au droit européen des contrats¹⁰⁹⁷.

1) Le recours à la coopération renforcée : les articles 11 et 11A du Traité CE¹⁰⁹⁸

330. Technique issue de la pratique et consacrée pour la première fois par le Traité d'Amsterdam¹⁰⁹⁹, la coopération renforcée permet aux Etats membres qui le souhaitent de développer entre eux une coopération particulière, en recourant « *aux institutions, aux procédures et aux mécanismes prévus par le Traité UE et CE* »¹¹⁰⁰. Ces dispositions ont fait l'objet de modifications par le Traité de Nice, afin que le mécanisme de coopération renforcée puisse servir dans une Europe qui ne cesse de s'élargir, donc de devenir de plus en plus hétérogène. L'idée essentielle présidant à la coopération renforcée est de pouvoir « *construire une Europe différenciée, à géométrie variable ou à plusieurs vitesses* », « *d'approfondir l'intégration en échelonnant les progrès* »¹¹⁰¹, pour ne pas freiner la construction européenne.

331. Toutefois, les articles 11 et 11 A du traité CE ne sauraient, en eux-mêmes, servir de base juridique à l'entreprise de codification. En effet, la coopération renforcée fonctionnant comme une Communauté ou une Union restreinte, les Etats y participant doivent toujours trouver dans les traités UE ou CE une disposition propre à constituer la base juridique à leur

¹⁰⁹⁷ MOCCIA L., « Du « marché » à la « citoyenneté » : à la recherche d'un droit privé européen durable et de sa base juridique », RIDC 2004, n°2, page 291 et s.

¹⁰⁹⁸ Article 11 CE : « *-Les Etats membres qui se proposent d'instaurer entre eux une coopération renforcée dans l'un des domaines visés par le présent traité adressent une demande à la Commission, qui peut soumettre au Conseil une proposition en ce sens. Si elle ne soumet pas de proposition, la Commission en communique les raisons aux Etats membres concernés. -L'autorisation de procéder à une coopération renforcée visée au paragraphe 1 est accordée, dans le respect des articles 43 à 45 du Traité sur l'union européenne, par le Conseil, statuant à la majorité qualifiée sur proposition de la Commission et après consultation du parlement européen. Lorsque la coopération renforcée vise un domaine qui relève de la procédure visée à l'article 251 du présent traité, l'avis conforme du parlement européen est requis. -Les actes et décisions nécessaires à la mise en œuvre des actions de coopération renforcée sont soumis à toutes les dispositions pertinentes du présent traité (...)* ».

Article 11 A CE : « *Tout Etat membre qui souhaite participer à une coopération renforcée instaurée en vertu de l'article 11 notifie son intention au Conseil et à la Commission qui transmet un avis au Conseil dans un délai de trois mois à compter de la date de la réception de la notification. Dans un délai de quatre mois à compter de la réception de la notification, la Commission statue à son sujet, ainsi que sur d'éventuelles dispositions particulières qu'elle peut juger nécessaire* ».

¹⁰⁹⁹ BRIBOSIA H., « Différenciation et avant-gardes au sein de l'Union européenne – Bilan et perspectives du Traité d'Amsterdam », CDE 2000, n°1-2, page 57 et s.

¹¹⁰⁰ Article 43 traité UE.

¹¹⁰¹ RIDEAU J. (sous la dir.), *Union européenne – Commentaire des traités modifiés par le Traité de Nice du 16 février 2001*, LGDJ, 2001, page 93

coopération.¹¹⁰² Cependant, ce mécanisme mérite que l'on s'y attarde, la doctrine partisane d'une codification progressive du droit civil européen, à l'image de la mise en place progressive de la monnaie unique, pouvant s'appuyer sur cette faculté offerte aux Etats. Cette procédure intergouvernementale est intéressante à un second titre, les articles 11 et 11 A du Traité CE s'inscrivant dans la volonté de ne pas laisser l'entreprise de codification aux seules mains des institutions communautaires. Enfin, l'arrimage juridique de cette coopération pourrait être constitué par les articles 17 et 18 CE, relatifs à la citoyenneté européenne. En effet, le traité de Nice a supprimé l'interdiction faite par le traité d'Amsterdam qu'une coopération renforcée puisse avoir trait à la citoyenneté de l'Union¹¹⁰³.

332. Pour que les Etats membres puissent y recourir, la coopération envisagée doit impérativement répondre à certaines conditions générales énumérées par l'article 43 du Traité UE. Ces conditions sont formulées d'une part, de façon positive : la coopération doit tendre à un objectif d'intégration, respecter les traités et le cadre institutionnel, ainsi que l'acquis communautaire, rester dans les limites de la répartition des compétences entre l'Union ou la Communauté et les Etats membres, respecter les droits et obligations des Etats membres n'y participant pas, tout en restant ouverte à ceux-ci, et réunir au moins huit Etats membres. Elles sont exprimées d'autre part, de façon négative, la coopération renforcée ne devant pas porter atteinte au marché intérieur, ni affecter les dispositions Schengen, ni occasionner de discriminations entre Etats membres¹¹⁰⁴. Les conditions positives peuvent aisément être remplies, la mention implicite du respect du principe de subsidiarité pouvant toutefois donnée lieu à des appréciations divergentes. Quant aux conditions négatives, seule celle relative à la discrimination pourrait susciter des difficultés d'interprétation, étant entendu que toute coopération renforcée donne forcément lieu à des différences de traitement entre Etats membres.¹¹⁰⁵ Outre les conditions générales, l'article 43 A du traité UE prévoit que « *les coopérations renforcées ne peuvent être engagées qu'en dernier ressort lorsqu'il a été établi au sein du Conseil que les objectifs assignés ne peuvent être atteints, dans un délai raisonnable, en appliquant les dispositions pertinentes du traité* ». S'il revient au Conseil d'établir l'existence d'un blocage ou de l'impossibilité d'atteindre l'entreprise envisagée, nul

¹¹⁰² BRIBOSIA H., « Les coopérations renforcées au lendemain du Traité de Nice », *Revue du Droit de l'Union Européenne* 2001, n°1, page 120.

¹¹⁰³ JACQUE J.-P., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 3^{ème} éd., Cours Dalloz, Série droit public, 2004, page 166 ; BRIBOSIA H., « Les coopérations renforcées au lendemain du Traité de Nice », *Revue du Droit de l'Union Européenne* 2001, n°1, page 128.

¹¹⁰⁴ Voir, pour plus de détails, l'article 43 du Traité UE.

¹¹⁰⁵ JACQUE J.-P., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 3^{ème} éd., Cours Dalloz, Série droit public, 2004, page 166.

doute que les Etats membres souhaitant mettre sur pied une coopération renforcée pour codifier le droit civil européen pourront faire valoir le délai non raisonnable qu'imposerait l'entreprise de codification du droit civil européen à la dimension de l'Union¹¹⁰⁶.

333. Pourtant, depuis son instauration, le recours par les Etats membres à la coopération renforcée se fait rare. Si une utilisation de ce mécanisme a récemment été envisagée en matière de fiscalité d'entreprise, de lutte contre le terrorisme et contre l'immigration illégale, ainsi que dans le domaine militaire, c'est surtout son effet incitatif qui se révèle en pratique efficace, les Etats brandissant la menace de recourir à une coopération renforcée concernant tel ou tel projet pour convaincre les Etats récalcitrants à revoir leur position et à accepter l'adoption d'une mesure applicable à tous¹¹⁰⁷. Un tel effet incitatif a abouti positivement à l'adoption de la proposition de règlement sur le statut de la société européenne et de la directive la complétant, ainsi que du mandat d'arrêt européen. A *contrario*, lors des débats sur le projet de constitution européenne, certains Etats ont manifesté leur volonté de recourir aux coopérations renforcées à défaut d'accord, ce qui a certes abouti à un accord sur le projet final mais n'a pas conduit, pour les raisons que l'on connaît, à l'adoption d'un tel texte¹¹⁰⁸.

334. L'avantage principal de ce mécanisme réside dans la maîtrise du processus par les seuls Etats membres, groupe pionnier dans la mise en place d'un code civil européen qui aurait vocation à terme à s'appliquer à tous. Ses principales faiblesses sont celles que nous avons déjà soulignées à propos du recours à la convention ou au traité grâce à l'article 293 du traité CE. En effet, comme toute méthode intergouvernementale, la réussite d'une telle option dépend du bon vouloir des Etats membres, qui sans doute privilégieront la voie conventionnelle, procédure moins rigide que la coopération renforcée, afin de se doter d'un code civil commun.

¹¹⁰⁶ RIDEAU J. (sous la dir.), *Union européenne – Commentaire des traités modifiés par le Traité de Nice du 16 février 2001*, LGDJ, 2001, page 101.

¹¹⁰⁷ JACQUE J.-P., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 3^{ème} éd., Cours Dalloz, Série droit public, 2004, page 168.

¹¹⁰⁸ PONZANO P., « Après l'échec du sommet de Bruxelles : constitution européenne ou coopérations renforcées ? », *Revue du droit de l'Union européenne* 2003, n°3, page 549.

2) La citoyenneté européenne : les articles 17 et 18 CE

335. La citoyenneté européenne est une illustration de l'aptitude du droit communautaire « à dépasser l'écran étatique et à faire naître des droits et des obligations directement dans le chef des particuliers »¹¹⁰⁹, puisqu'en vertu de l'article 17 § 2, « les citoyens de l'Union jouissent des droits et sont soumis aux devoirs prévus » par le traité CE. Bien que consacrée textuellement par le Traité de Maastricht, la notion de citoyenneté européenne, ou de l'Union européenne, reste cependant difficile à appréhender. De nombreuses critiques sont faites à son encontre. On lui reproche principalement d'être « *vide de sens* »¹¹¹⁰ dans une Union non encore politique. La citoyenneté européenne souffre aussi d'un manque d'autonomie. Selon l'article 17 § 1 CE, la qualité de citoyen européen est en effet subordonnée à la possession de la nationalité d'un Etat membre¹¹¹¹. Pour autant, si le projet politique européen n'est pas encore adopté, la place de la citoyenneté ne doit pas être minimisée et cette notion conforterait idéalement l'entreprise de codification.

336. A la recherche d'une base juridique plus tangible que celle fondée sur le marché pour harmoniser le droit civil européen, seul à notre connaissance Monsieur Luigi Moccia considère qu'« à la lumière des objectifs de l'Union (...), on pourrait concevoir la citoyenneté européenne comme une base juridique des mesures communautaires, destinées à réaliser une harmonisation d'une façon systématique (...), une citoyenneté conçue comme une valeur qui absorbe et intègre le marché »¹¹¹². L'argument est séduisant mais insuffisamment démontré et circonscrit au droit européen des contrats. Il est vrai qu'en créant la citoyenneté européenne, l'Union a entendu placer l'individu au cœur de ses activités, comme l'a confirmé par la suite l'adoption de la Charte communautaire des droits fondamentaux récemment intégrée par la Cour dans le bloc de légalité communautaire. Il faut aussi souligner que la Cour de justice a rendu plus dynamique le concept de citoyenneté européenne, en

¹¹⁰⁹ BLUMANN C., « Citoyenneté européenne et champ d'application personnel du droit communautaire », *Revue des affaires européennes* 2003/2004, n° 1, page 73.

¹¹¹⁰ MANCIAUX H., « L'introuvable citoyenneté de l'Union dans le projet de constitution pour l'Europe », *Europe* avril 2004, chronique 5, pages 4-6 : l'auteur souligne à juste titre que si le traité CE énonce qu'il découle de la citoyenneté l'existence de droits et de devoirs, aucun devoir n'est consacré en pratique. Elle considère en outre que la citoyenneté de l'Union ne repose sur aucun fondement, en raison de l'inexistence d'un Etat européen et d'un peuple européen. Enfin, elle conclut que dans le projet de constitution, elle ressemble plus à un « *inventaire à la Prévert qu'à un concept juridique précis ayant des implications bien déterminées* ».

¹¹¹¹ Article 17 CE alinéa 1 : « Il est institué une citoyenneté de l'Union. Est citoyen de l'Union toute personne ayant la nationalité d'un Etat membre. La citoyenneté de l'Union complète la citoyenneté nationale et ne la remplace pas. »

¹¹¹² *Ibidem*, page 74.

reconnaissant récemment un effet direct à l'article 18 CE et en affirmant que « *le statut de citoyen de l'Union a vocation à être le statut fondamental des ressortissants des Etats membres* »¹¹¹³. De plus, le Traité CE n'a pas épuisé les droits qui *in abstracto* relèveraient de la citoyenneté européenne.¹¹¹⁴ Le paragraphe 2 de l'article 18 CE, qui consacre le droit du citoyen à circuler et à séjourner librement sur le territoire des Etats membres, permet ainsi l'adoption de nouvelles dispositions visant à faciliter l'exercice de ces droits¹¹¹⁵.

337. Pour autant, des doutes sur la possibilité que l'entreprise de codification repose sur la citoyenneté européenne peuvent être soulevés. D'une part, on peut objecter que la citoyenneté européenne ne permet pas d'une façon générale de recouvrir totalement le champ d'application *rationae materiae* du droit communautaire¹¹¹⁶. Ainsi en se fondant sur la citoyenneté européenne, on pourrait craindre que le code civil européen ne s'applique qu'aux seuls citoyens européens, c'est-à-dire aux seuls ressortissants d'un des Etats membres. Or, comme le relève Monsieur Claude Blumann, la logique du droit communautaire est d'ouvrir au plus grand nombre les prérogatives reconnues aux personnes par le droit communautaire, notamment aux ressortissants des Etats tiers, et même dans l'ordre interne, « *nul n'a jamais prétendu que les dispositions du droit national ne s'appliquaient qu'aux seuls nationaux* »¹¹¹⁷. Cette analyse semble confortée par la jurisprudence récente de la CJCE.¹¹¹⁸ C'est aussi la logique interne, le code civil français disposant notamment en son article 7, que « *l'exercice des droits civils est indépendant de l'exercice des droits politiques, lesquels s'acquièrent et se conservent conformément aux lois constitutionnelles et électorales* ». D'autre part, la citoyenneté européenne n'a jusqu'à présent permis de consacrer que des droits essentiellement politiques, tels le droit de vote et d'éligibilité aux élections européennes, la protection diplomatique et consulaire, l'accès au médiateur ou le droit de pétition devant le Parlement européen. On peut cependant penser que la notion de citoyenneté n'a pas épuisé ses potentialités, le but étant de renforcer et de rendre plus tangible pour le citoyen européen

¹¹¹³ CJCE 20 septembre 2001, Grzelczyk, affaire C-184/99, rec. I, page 6193, point n°31 ; CJCE 11 février 2002, D'Hoop, aff. C-224/98, rec. I, page 6191, point n°28 ; CJCE 17 septembre 2002, Baumbast, aff. C-413/99, rec. I, page 7091, point n°82.

¹¹¹⁴ BLUMANN C., « Citoyenneté européenne et champ d'application personnel du droit communautaire », Revue des affaires européennes 2003/2004, n° 1, page 79.

¹¹¹⁵ Article 18 CE alinéa 2 :

¹¹¹⁶ Même si ces dernières années on assiste à une extension du champ d'application de la citoyenneté européenne, notamment *rationae materiae*, au regard du domaine d'application matériel du Traité, comme le souligne Mme KAUFF-GAZIN, sous CJCE 12 juillet 2005, Schempp c/ Finanzamt München, Aff. C-403/03, Europe 2005, com. n°319, page 13.

¹¹¹⁷ BLUMANN C., « Citoyenneté européenne et champ d'application personnel du droit communautaire », Revue des affaires européennes 2003/2004, n° 1, page 73.

¹¹¹⁸ CJCE 15 septembre 2005, Ioannis Ioannidis, aff. C-258/04.

l'appartenance à l'Union européenne¹¹¹⁹. Le droit civil étant le reflet de la société¹¹²⁰, la société européenne se refléterait dans le futur code civil européen.¹¹²¹ S'appuyer sur la citoyenneté européenne pour adopter un code civil commun aux Etats membres permettrait ainsi d'assurer la promotion d'un modèle européen de société civile. En cela, elle pourrait servir de base juridique à un code civil européen.

338. Que cette entreprise européenne future repose sur l'article 293 CE ou l'article 17 CE, d'autres difficultés intrinsèques au choix de recourir à une codification pourront surgir. Elles ont trait directement à la technique même de codification.

Section II- Les difficultés inhérentes à la technique de codification

339. A l'heure actuelle, la codification est une donnée commune aux Etats membres de l'Union issus de la tradition romano-germanique.¹¹²² Si la codification a dans une moindre mesure pénétré le système de *common law*, tel l'Angleterre, on l'explique par le fait que la codification serait « *tributaire d'une certaine conception du droit, fondée sur la précellence de règles générales posées dans le code à partir desquelles se déduisent des solutions particulières* »¹¹²³. Reposant sur une méthode déductive, la codification ne pourrait ainsi prendre racine dans un système où le raisonnement juridique est purement inductif. Cet argument ne fait pourtant pas obstacle à une codification européenne, qui n'a pas vocation à remplacer les systèmes nationaux mais à s'y superposer. La question n'est donc pas de savoir si la *common law* est codifiable ou pas, mais plutôt celle de savoir si le système de *common law* est apte à se conformer aux prescriptions d'un droit civil européen. Tel est déjà le cas en pratique. Le système anglais a subi l'influence du droit communautaire, mélange des

¹¹¹⁹ DOLLAT P., « Libre circulation des personnes et citoyenneté européenne : enjeux et perspectives », Thèse, Bruylant, Bruxelles, 1998

¹¹²⁰ FOYER J., « Le code civil est vivant. Il doit le demeurer ! », Entretien, JCP 2004, doctrine I, n°120, page 546 : « *Le droit civil est le reflet de la société et de l'économie* ».

¹¹²¹ PUTMAN E., « Le code civil, la personne, la cité », RRJ 2005, n°2, page 655 : nous sommes entièrement d'accord avec l'auteur, pour qui « *la société européenne se reflète non seulement dans le projet de code civil européen mais aussi dans l'influente jurisprudence de la CEDH* », à la nuance près que dans notre hypothèse, nous n'opérons pas de dissociation, puisque le code civil européen intégrerait cette jurisprudence européenne des droits de l'homme, codifiant un droit civil européen émergent, tel que défini précédemment (Titre I, chapitre II).

¹¹²² OPPETIT B., « De la codification », D. 1996, chronique, page 33 : l'auteur rappelle que l'idée de codification « *n'est pas une donnée à valeur universelle de l'histoire des sociétés humaines, car nombre de grands pays de tradition juridique l'ont ignorée ou ne l'ont découverte que tardivement* ».

¹¹²³ BUREAU D., « La codification », Dictionnaire de la culture juridique, sous la dir. de ALLAND D. ET RIALS S., Quadriga, Lamy/PUF, 2003, page 227.

traditions continentale et de *common law*, les juges anglais lui ayant reconnu un effet direct¹¹²⁴. Cette tendance s'est accentuée depuis l'adoption du Human Rights Act¹¹²⁵, qui soumet la *common law* anglaise en matière civile à l'application de la Convention européenne des droits de l'Homme. Dès lors, un code civil européen s'appliquant même à la *common law* anglaise n'est pas chose impossible.

340. Relativement aux contraintes techniques liées à la codification, les opposants au code civil européen se partagent entre le rejet total de l'idée qu'un code puisse être un instrument communautaire¹¹²⁶, ce que l'on ne peut affirmer de façon péremptoire, et les reproches, essentiellement français, qu'un tel code européen sera loin d'être à la hauteur technique de notre code civil¹¹²⁷. Ces dernières critiques prennent principalement pour point de repère et de comparaison le schéma de la codification napoléonienne. Or, ce choix n'est pas exempt de critiques, puisque le code civil de 1804 renferme une conception particulièrement exigeante des notions de code et de codification¹¹²⁸. Le phénomène de codification est en réalité loin d'être unitaire¹¹²⁹. Aujourd'hui, les codifications récentes ont en effet une portée plus limitée. Elles compilent plus qu'elles n'innovent ou ne rénovent. Loin de ne concerner que la France, ce phénomène semble même s'étendre à l'ensemble des pays héritiers de la tradition romano-germanique.¹¹³⁰ Malgré les écueils relevés, la codification, vue comme le regroupement de textes de droit dans un ensemble cohérent, le plus souvent dans une volonté affirmée de réforme¹¹³¹, produirait quatre effets¹¹³², pouvant s'analyser à nos yeux en autant d'obstacles à la codification européenne. Il est possible de les regrouper en effets endogènes (paragraphe I) et exogènes (paragraphe II) à la technique de codification.

¹¹²⁴ DESCHEEMAEKER E., « Faut-il codifier le droit privé européen des contrats ? », *Revue de droit MacGill* 2002, vol.47, pages 816-817.

¹¹²⁵ Human Rights Act, 1998, entré en vigueur le 1^{er} octobre 2000.

¹¹²⁶ CORNU G., « Un code civil n'est pas un instrument communautaire », *D.2002*, chronique, page 351.

¹¹²⁷ Par exemple, CABRILLAC R., *Les codifications*, coll. Droit, éthique, société, PUF, 2002, page 92 : « ...ne faudrait-il pas, avant qu'il soit adopté, qu'il possède les mêmes caractéristiques de technicité et de sophistication... ».

¹¹²⁸ ZENATI F., « Les notions de code et de codification (Contribution à la définition du droit écrit) », *Mélanges C. Mouly*, Tome I, 1998, page 220.

¹¹²⁹ BUREAU D., « La codification », *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la dir. de ALLAND D. ET RIALS S., *Quadrige*, Lamy/PUF, 2003, page 228.

¹¹³⁰ Par exemple : THUNIS X. ET VAN DER MENSBRUGGHE F. R., « Codification et décodification : le droit comparé à contribution », *Annales de droit de Louvain* 2001, vol. 61, n°1, page 59 et s. : à propos de la Belgique.

¹¹³¹ OST F., « La codification : idéal et métamorphoses », *Journal des tribunaux* 18 mars 2004, n° spécial bicentenaire du Code civil, page 226.

¹¹³² CABRILLAC R., *Les codifications*, coll. Droit, éthique, société, PUF, 2002, pages 90-114.

Paragraphe I - Les effets endogènes

341. La codification produirait deux effets, dits de contenu et de complétude, qui s'observent à l'intérieur de l'opération de systématisation mise en place par la codification, à l'intérieur même du code, d'où leur qualificatif d'endogènes. Par leur biais, certains auteurs démentent le caractère souhaitable d'une codification européenne.

A) L'effet de contenu

342. Le fait que « l'inclusion d'un texte dans un code lui donne davantage d'autorité »¹¹³³ peut résumer en quoi consiste l'effet dit de contenu, tel que le conçoit Monsieur Rémy Cabrillac. Ainsi, sont mis en lumière de façon constante deux phénomènes liés à cet effet de contenu : d'une part, le fait que « les codes civils nationaux ont acquis une dimension symbolique qui transcende leur contenu »¹¹³⁴ et, d'autre part, la dimension politique nationale des codes, phénomènes créant des obstacles à l'adoption d'un code civil européen.

1) La dimension symbolique du code

343. Notre code civil fait figure de symbole, ce qui transparaît dans les écrits doctrinaux rappelant « le caractère sacré du code »¹¹³⁵ ou son « imposante stature et (sa) force mythique »¹¹³⁶. Cette sacralisation du code civil peut d'ailleurs se retrouver chez d'autres Etats membres. Mais aux yeux de la doctrine, le code civil français serait une sorte de « monument »¹¹³⁷ qui « s'entretient, se restaure » mais que l'on ne pourrait en aucun cas

¹¹³³ CABRILLAC R., *Les codifications*, coll. Droit, éthique, société, PUF, 2002, page 99.

¹¹³⁴ CABRILLAC R., « L'avenir du code civil », JCP 2004, I, n° 121, page 549.

¹¹³⁵ BERGEL J.L., « La méthode législative et sa longévité », in *Méthodes du code civil : pérennité et évolutivité, Les secrets d'un bicentenaire*, RRJ 2004, n° spécial, Les cahiers de méthodologie juridique n° 19, PUAM, page 2767.

¹¹³⁶ ATIAS C., « Les rapports entre le style du code civil et sa pérennité et son évolutivité », in *Méthodes du code civil : pérennité et évolutivité, Les secrets d'un bicentenaire*, RRJ 2004, n° spécial, Les cahiers de méthodologie juridique n° 19, PUAM, page 2759.

¹¹³⁷ ATIAS C., « Les rapports entre le style du code civil et sa pérennité et son évolutivité », in *Méthodes du code civil : pérennité et évolutivité, Les secrets d'un bicentenaire*, RRJ 2004, n° spécial, Les cahiers de méthodologie juridique n° 19, PUAM, page 2759 ; CORNU G., « Un code civil n'est pas un instrument communautaire », D.2002, chronique, page 351.

abattre¹¹³⁸. Le symbolisme attaché au code ferait ainsi obstacle à ce qu'il soit abrogé au profit d'un code civil européen¹¹³⁹. On peut comprendre l'admiration et l'attachement que les français et plus particulièrement les juristes portent à ce code¹¹⁴⁰, en tant que « constitution civile de la France » selon l'expression de Carbonnier et élément important de l'identité nationale. Mais il est aussi important de rappeler que, compte tenu des spécificités du système communautaire, la substitution des codes nationaux au profit d'un code civil européen serait irréaliste, leur coexistence beaucoup plus réaliste. Par conséquent un tel argument n'appelle pas plus de développements.

344. Cette dimension symbolique du code civil français pourrait également constituer un frein à l'entreprise de codification européenne, toute réforme importante de nature à remettre en cause la structure et la cohérence de notre code civil étant exclue. Or, la coexistence des codes civils nationaux et du code civil européen risque d'entraîner certaines modifications des codes civils internes sur divers points. Si l'on se fie à l'exemple du code Napoléon, sa valeur symbolique a contribué à la stagnation du droit dans les années qui ont suivi son adoption¹¹⁴¹, mais il faut souligner en revanche combien au siècle dernier, ce même code a su intégrer en son sein de nombreuses réformes et innovations¹¹⁴². Ces dernières ont contribué à une recodification progressive de notre code, à « *une révolution tranquille du droit civil contemporain* »¹¹⁴³. Des projets récents tendant à la refonte du droit des obligations et du droit des sûretés sont à l'étude et prouvent la volonté constante du législateur d'adapter au mieux notre code civil aux évolutions, notamment européennes.

345. Enfin, il serait à craindre que la codification européenne puisse entraîner une certaine « *ineffectivité du code civil français* »¹¹⁴⁴. Pour certains auteurs, l'entrée en vigueur d'un code civil européen conduirait à une recodification civile complète qui

¹¹³⁸ BERGEL J.L., « La méthode législative et sa longévité », in *Méthodes du code civil : pérennité et évolutivité, Les secrets d'un bicentenaire*, RRJ 2004, n° spécial, Les cahiers de méthodologie juridique n°19, PUAM, page 2776.

¹¹³⁹ CABRILLAC R., « L'avenir du code civil », JCP 2004, I, n°121, page 549. Pour l'auteur, cette abrogation « engendrerait un traumatisme pour la communauté des juristes qui y demeure attachée par une piété filiale ».

¹¹⁴⁰ Contra, MARGUENAUD J.P., « La convention européenne des droits de l'Homme et le droit français : approche par le droit privé », in *Les dynamiques du droit européen au XXIème siècle, Mélanges Gautron*, pages 160/161.

¹¹⁴¹ CABRILLAC R., « Recodifier », RTDC 2001, page 839.

¹¹⁴² A côté des nombreuses réformes intervenues en droit de la famille ou en droit des personnes, on peut citer à titre d'exemple, les lois bioéthiques, le PACS et le concubinage homosexuel ou l'écrit et la preuve électronique qui constituent de véritables innovations.

¹¹⁴³ CABRILLAC R., « L'avenir du code civil », JCP 2004, I, n°121, page 550.

¹¹⁴⁴ CABRILLAC R., « L'avenir du code civil », JCP 2004, I, n°121, page 549.

« *incontestablement créerait une difficulté psychologique car elle heurterait de front le symbole* »¹¹⁴⁵. Mais il n'est pas exclu d'envisager qu'un jour notre code tombe en désuétude et subisse nécessairement une recodification complète, comme ce fut le cas au sein de l'Union aux Pays Bas¹¹⁴⁶. Il ne faut ni être protectionniste, ni stigmatiser un tel phénomène, qui permet de moderniser la législation par une nouvelle approche sociale et économique. C'est dans cette optique que fut décidée au Québec l'entière recodification du droit civil en raison des multiples institutions apparaissant « *ne plus répondre aux besoins de la société et même nuire à son progrès* »¹¹⁴⁷, une telle opération présentant plus de bénéfices que de procéder à de multiples rafistolages du code civil de 1866. En outre, contrairement aux craintes d'une « *déshistorisation* »¹¹⁴⁸ du droit, le code nouveau ne renie jamais totalement la codification ancienne¹¹⁴⁹. Ainsi, toujours concernant le code civil québécois, la source première de ce code nouveau réside dans l'ancien code, ce qui a permis d'inscrire cette recodification dans la lignée du droit antérieur.¹¹⁵⁰ Outre la dimension symbolique du code, sa dimension politique élèverait une barrière de taille à la construction d'un code civil européen.

2) La dimension politique du code

346. La dimension symbolique dont est nimbée un code se rattache le plus souvent à une dimension autre, plutôt politique. Tout code est un « *symbole politique national* » et codifier est par conséquent un « *acte éminemment politique* »¹¹⁵¹. Le code se révélant l'expression d'un pouvoir normateur autonome, le plus souvent étatique¹¹⁵², cette dimension

¹¹⁴⁵ CABRILLAC R., *Les codifications*, coll. Droit, éthique, société, PUF, 2002, page 127.

¹¹⁴⁶ TALLON D., « Le nouveau code civil des Pays Bas NBW », in *La codification*, sous la dir ; de BEIGNIER B., Thèmes et commentaires, Dalloz, 1996, page 181 ; HONDIUS E., « Le code civil néerlandais – Les douze premières années », *Journal des tribunaux* 18 mars 2004, n° spécial bicentenaire du Code civil, page 235.

¹¹⁴⁷ NORMAND S., « L'expérience québécoise de recodification du droit civil », *Journal des tribunaux* 18 mars 2004, n° spécial bicentenaire du Code civil, page 230.

¹¹⁴⁸ BRAIBANT G., « Utilités et difficultés de la codification », *Droits* 1996, n°24, page 66.

¹¹⁴⁹ JAUFFET-SPINOSI C., « Pérennité, évolution ou désuétude des codes : aspects de droit comparé », in *Méthodes du code civil : pérennité et évolutivité, Les secrets d'un bicentenaire*, RRJ 2004, n° spécial, Les cahiers de méthodologie juridique n°19, PUAM, page 2753.

¹¹⁵⁰ NORMAND S., « L'expérience québécoise de recodification du droit civil », *Journal des tribunaux* 18 mars 2004, n° spécial bicentenaire du Code civil, page 231.

¹¹⁵¹ NIORT J.F., « Le code civil dans la mêlée politique et sociale – Regards sur deux siècles de lecture d'un symbole national », *RTDC* 2005, page 259.

¹¹⁵² Pour le Doyen CARBONNIER, plus l'Union affirmera l'autonomie de son système normatif, et donc de son pouvoir normateur à codifier, plus la légitimité d'une codification transnationale gagnera en crédibilité : CARBONNIER J., « Réflexions marginales », in *Académie des privatistes européens, Code européen des contrats, Avant-projet Livre 1^{er}*, 2004, page XVII.

politique attachée au code édifierait un obstacle sérieux à la codification européenne¹¹⁵³. L'idée de codification ayant pris corps avec l'apparition de l'Etat nation¹¹⁵⁴, il serait dès lors impossible que l'Union européenne, objet politique non identifié, puisse produire un code civil européen¹¹⁵⁵. Pour Monsieur Cabrillac, la Nation doit précéder le code et non l'inverse¹¹⁵⁶. Comme il n'existe pas encore un véritable Etat nation européen, il n'y aurait pas lieu à édicter de code européen.

347. Traditionnellement, le code représente la puissance de la nation « *qui, au terme d'un processus d'unification ou d'accès à l'indépendance, est en mesure d'assurer la maîtrise de la production de son propre droit* »¹¹⁵⁷. Mais cette conception est liée à l'Etat nation et ne peut valablement être transposée au système communautaire. En effet, la codification nationale a assuré le « *triomphe du centralisme étatique et du monisme législatif* »¹¹⁵⁸. Peut-on pertinemment transposer une telle idée de la codification à un système communautaire complexe, construit comme nous l'avons vu, « en réseau »? Il faut se rendre à l'évidence, comme Madame Florence Chaltiel a pu le faire dans sa thèse consacrée à la notion de souveraineté transposée à l'échelle européenne, que parfois « *les modèles disponibles sont par définition inaptes à rendre compte de la spécificité communautaire et européenne* ».¹¹⁵⁹ Ainsi, contrairement à ce qu'avance Monsieur Rémy Cabrillac, il n'est pas utopique de croire qu'un code civil européen viendra cimenter politiquement l'Union européenne¹¹⁶⁰, certains étant convaincus qu'il sera un élément décisif de la construction d'un Etat fédéral européen. Même si cette hypothèse ne se vérifie pas à l'avenir, on peut toutefois affirmer que la dimension politique attachée au code ne sera pas un obstacle infranchissable. C'est ce qu'il ressort tout autant de l'examen de l'effet de complétude lié à toute codification.

¹¹⁵³ ROUHETTE G., « Les codifications du droit des contrats », *Droits* 1996, n°24, page 116.

¹¹⁵⁴ La codification est souvent l'expression d'un nationalisme juridique comme le souligne J.L. HALPERIN, in *Entre nationalisme juridique et communauté de droit*, PUF, 1999.

¹¹⁵⁵ CHARBIT N., « L'espéranto du droit : la rencontre du droit communautaire et du droit des contrats. A propos de la communication de la Commission européenne relative au droit européen des contrats », *JCP* 2002, I, n° 100, page 13 spéc. : « *Tant qu'un véritable projet d'Europe fédérale n'aura pas fait l'objet d'un consensus politique, l'adoption d'un eurocode des contrats se heurtera à de nombreuses hostilités* ». Dans le même sens, VAN GERVEN W., « L'harmonisation du droit privé en Europe » (entretien), *D.* 2007, page 288.

¹¹⁵⁶ CABRILLAC R., « L'avenir du code civil », *JCP* 2004, I, n°121, pages 548-549.

¹¹⁵⁷ OST F., « La codification : idéal et métamorphoses », *Journal des tribunaux* 18 mars 2004, n° spécial bicentenaire du Code civil, page 226.

¹¹⁵⁸ OST F., « La codification : idéal et métamorphoses », *Journal des tribunaux* 18 mars 2004, n° spécial bicentenaire du Code civil, page 227.

¹¹⁵⁹ CHALTIEL F., « La souveraineté de l'Etat et l'Union européenne, l'exemple français », thèse, page 264.

¹¹⁶⁰ A l'image de ce qu'affirmait Portalis à propos du code de 1804 dans son discours final : « *...l'ordre civil vient cimenter l'ordre politique ...* » : in Le discours final de Portalis, présenté par LASSERRE-KIESOW V., *JCP* 2004, I, n°122, page 556.

B) L'effet de complétude

348. C'est traditionnellement l'idée que « *le code (...) se suffit à lui-même* »¹¹⁶¹. Quel que soit le champ visé, c'est surtout un souci d'exhaustivité qui doit marquer le code, qui exclut tout appel à des règles extérieures.¹¹⁶² Une fois adopté, le code peut ainsi prétendre à l'exclusivité parmi les sources du droit¹¹⁶³. Le code civil européen aurait ainsi vocation à embrasser toute la matière civile européenne, et non le seul droit des contrats¹¹⁶⁴. Mais cela est loin d'être chose aisée. Comme le remarque Portalis à propos du code napoléon, « *un code, quelque complet qu'il puisse paraître, n'est pas plutôt achevé que mille questions inattendues viennent s'offrir aux magistrats* »¹¹⁶⁵. Selon lui, il est clair qu'un code ne peut tout prévoir. Cet effet de complétude ne serait donc pas un obstacle à une codification européenne. En pratique, la complétude est plutôt malmenée. Notre code civil est loin de verrouiller tout le droit civil, de multiples textes particuliers ayant proliféré en marge du code.¹¹⁶⁶ Les civilistes français confirment même à juste titre que l'essentiel du droit civil, quantitativement parlant, n'est plus dans le code civil¹¹⁶⁷. Il ne serait plus que « *résiduel* »¹¹⁶⁸, ce phénomène n'étant d'ailleurs pas exclusif à notre pays¹¹⁶⁹. En tant qu'incarnation du droit commun, notre code civil a donc vocation à s'appliquer à tous les cas non régis par un texte spécial, qui lui est extérieur. C'est ce droit commun que doit pareillement incarner le code civil européen. Par conséquent, on ne pourrait reprocher au futur

¹¹⁶¹ CABRILLAC R., *Les codifications*, coll. Droit, éthique, société, PUF, 2002, page 105.

¹¹⁶² OST F., « La codification : idéal et métamorphoses », *Journal des tribunaux* 18 mars 2004, n° spécial bicentenaire du Code civil, page 226.

¹¹⁶³ OST F., « La codification : idéal et métamorphoses », *Journal des tribunaux* 18 mars 2004, n° spécial bicentenaire du Code civil, page 226.

¹¹⁶⁴ Contra : CARBONNIER J., « Réflexions marginales », in Académie des privatistes européens, *Code européen des contrats, Avant-projet Livre 1^{er}*, 2004, page XVIII : à propos de l'avant-projet de code européen des contrats du groupe Gandolfi, Carbonnier affirme que ce code n'est « *pas de simples linéaments mais un code avec la complétude qu'implique le mot* ».

¹¹⁶⁵ Citation de Portalis reprise notamment par KOUBI G., « Code et codification : du civil à l'incivil », *Revue droit et cultures* 2004, n°2, page 134.

¹¹⁶⁶ KOUBI G., « Code et codification : du civil à l'incivil », *Revue droit et cultures* 2004, n°2, page 143.

¹¹⁶⁷ REVET T., « Le droit civil hors-la-loi – Présentation », *PA* du 8 juin 2005, page 3. Dans le même sens, GRUA F., « Le code civil, code résiduel ? », *RTDC* 2005, page 253.

¹¹⁶⁸ Ce qu'on a pu constaté déjà sous la troisième République, de nombreuses lois spéciales demeurant hors du code civil : REMY P., « La recodification civile », *Droits* 1997, n° 26, page 10 : « *le Code n'est alors même plus la réunion des lois civiles : il devient une espèce de droit commun à vocation résiduel* ». Plus récemment, GRUA F., « Le code civil, code résiduel ? », *RTDC* 2005, page 253 et s. : l'auteur s'interroge sur ce caractère résiduel du code civil, sans pour autant avoir un avis tranché sur la question.

¹¹⁶⁹ WITZ C., « La nouvelle jeunesse du BGB insufflée par la réforme du droit des obligations », *D.* 2002, chronique page 3157 : « *Selon une évolution que l'on retrouve dans les pays voisins, le législateur allemand a adopté, surtout dans le dernier tiers du XX^{ème} siècle, une série de lois laissées en marge du code allemand* ». Ces lois particulières ont été en partie intégrées lors de la réforme de 2002.

code civil européen son incomplétude, qui n'est pas nécessairement un défaut de la codification.

349. Un autre effet négatif de la complétude réside dans la tendance à enserrer le code dans un corset, à le phagocyter, et à le renfermer sur lui-même. Ce phénomène a d'ailleurs conduit le législateur, dans les premiers temps du code napoléonien, à manifester une certaine méfiance, voire une hostilité envers le juge, prompt à interpréter et donc à étendre les dispositions du code.¹¹⁷⁰ On s'est alors interrogé sur le point de savoir si l'adoption d'un code civil européen ne constituerait pas « *une brève illusion, que les différents interprètes nationaux, rapidement libérés de la lettre du code, ne pourraient que dissiper, faisant éclater l'unité qu'il n'aurait que brièvement réalisée* »¹¹⁷¹. Cette question a déjà été antérieurement abordée¹¹⁷². Il est clair que seule la Cour de Justice pourra assurer en tant que « super-interprète » une uniformité dans l'interprétation du code civil européen. Ainsi, contrairement à ce qu'affirment certains auteurs¹¹⁷³, même un code extrêmement détaillé serait vulnérable à un éclatement de son interprétation. Le code civil européen devra éviter l'écueil de vouloir faire une législation intégrale¹¹⁷⁴, qui se révélerait au final de qualité médiocre.¹¹⁷⁵

350. Dans toutes ses composantes, l'effet de complétude, au même titre que l'effet de contenu, n'est susceptible d'édifier des obstacles insurmontables pour le code civil européen. Il reste dès lors à étudier les effets dits exogènes à la technique de codification.

Paragraphe II - Les effets exogènes

351. Les effets dits de rupture et de cristallisation, se formant à la périphérie de la codification et du code, donc exogènes, sont aussi à redouter. D'une part, l'effet de rupture

¹¹⁷⁰ CABRILLAC R., *Les codifications*, coll. Droit, éthique, société, PUF, 2002, page 107.

¹¹⁷¹ CABRILLAC R., *Les codifications*, coll. Droit, éthique, société, PUF, 2002, page 114.

¹¹⁷² Dans ce même titre, voir Chapitre I, section II.

¹¹⁷³ DE GEEST G., « Towards an (extremely detailed) international standard code », in Conference of Secola, Communication from the Commission on european contract law (harmonisation, code, optional code), Louvain, Belgique, 2001 : intervention disponible en anglais sur <http://www.secola.org/vortraege/leuven>.

¹¹⁷⁴ OPPETIT B., « De la codification », D. 1996, chronique, page 38 : « *Il ne s'agit plus de dresser le pour ou le contre d'une idée qui a gagné quasiment la conviction générale. Il s'agit désormais de faire échapper la codification à certains écueils : (...) la prétention de faire une législation intégrale et massive* ».

¹¹⁷⁵ ZENATI F., « Les notions de code et de codification (Contribution à la définition du droit écrit) », *Mélanges C. Mouly*, Tome I, 1998, page 252 : « ... les codes exhaustifs et pléthoriques sont peu générateurs de sens (...) *c'est pour ne pas respecter cette règle de l'art que les codes à droit constant sont des codes de qualité médiocre* ».

vient en quelque sorte opérer une clôture de l'espace du code dans le temps¹¹⁷⁶, ce qui aura peu de répercussions sur la codification européenne. Plus problématique, l'effet de cristallisation opère une immobilisation du droit contenu désormais dans le code. Les dangers de pétrification du droit ainsi codifié et les risques liés *a posteriori* à une décodification doivent dès lors être évoqués comme obstacles à un code civil européen.

A) L'effet de rupture

352. Toute codification entraîne inéluctablement une rupture avec le passé, « *clôt un monde juridique ancien en donnant naissance à un monde juridique nouveau* »¹¹⁷⁷. En codifiant l'ensemble des textes relatifs à une branche du droit ou à une matière, le codificateur entend ainsi effacer toute marque temporelle et tout contexte historique ou social liés à chaque texte pris isolément¹¹⁷⁸. C'est particulièrement exact pour le code napoléon qui a fait table rase du passé. Cet effet de rupture aurait pourtant pour conséquence négative de couper les règles de leurs origines¹¹⁷⁹ et de les priver « *du terreau interprétatif où elles plongent leurs racines* »¹¹⁸⁰. Ce qui est somme toute logique pour une codification classique telle que celle de 1804 tendant à réformer le droit et donc à fixer de nouvelles règles juridiques issues d'une modification du contexte social et économique¹¹⁸¹. En outre, il faut nuancer cet effet de rupture, toute codification ayant pour point de départ le droit ancien, même si c'est dans une faible mesure¹¹⁸². Une codification ne prend pas corps *ex nihilo*. Le code civil français n'était pas en rupture totale avec le droit ancien. C'est cette idée qui transparait des propos de Monsieur Bernard Beignier, lorsqu'il affirme qu'il ne faut pas surévaluer de manière

¹¹⁷⁶ LECOMTE C., « De la difficulté de codifier », PA du 13 novembre 2003, n°227, page 8 : « *Au XIXème siècle, on devait sacraliser la codification jusqu'à rêver immobiliser le droit et clore son espace* ».

¹¹⁷⁷ CABRILLAC R., *Les codifications*, coll. Droit, éthique, société, PUF, 2002, page 90.

¹¹⁷⁸ CABRILLAC R., *Les codifications*, coll. Droit, éthique, société, PUF, 2002, pages 92-93 spécialement.

¹¹⁷⁹ BRAIBANT G., « Utilités et difficultés de la codification », *Droits* 1996, n°24, page 66 : « *On reproche également à la codification d'entraîner une perte d'histoire, une « déshistorisation » du droit* ».

¹¹⁸⁰ OST F., « La codification : idéal et métamorphoses », *Journal des tribunaux* 18 mars 2004, n° spécial bicentenaire du Code civil, page 227.

¹¹⁸¹ GAUDEMET J., « La codification, ses formes, ses fins », in *Sociologie historique du droit*, coll. Doctrine juridique, PUF 2000, page 127 : « *la codification répond souvent aux exigences d'une société qui se doit de donner de nouvelles règles de vie, répondant à une situation nouvelle* ».

¹¹⁸² CABRILLAC R., *Les codifications*, coll. Droit, éthique, société, PUF, 2002, pages 94-95 spécialement.

excessive l'œuvre napoléonienne, le code civil faisant même plutôt figure à ses yeux de codification à droit constant, de compilation plus que d'un travail entièrement original¹¹⁸³.

353. Selon un auteur, cet effet de rupture constituerait « *incontestablement un facteur paralysant aujourd'hui dans l'éventuelle adoption d'un code civil européen* »¹¹⁸⁴. Il est néanmoins impossible de deviner exactement en quoi cet effet pourrait constituer un obstacle à une telle codification. A l'appui de cette idée, on se contente de poser l'interrogation suivante, « *ne faudrait-il pas, avant qu'il [i.e., le code civil européen] soit adopté, qu'il possède les mêmes caractéristiques de technicité et de sophistication que les droits nationaux afin que son entrée en vigueur puisse entraîner son abrogation ?* »¹¹⁸⁵. Or, il est une fois de plus inopportun de deviser sur la substitution des codes nationaux. On peut tout au plus mettre au compte de l'effet de rupture une possible difficulté d'adaptation des juristes au nouveau code et de connaissance de ses règles, un code tout neuf étant un outil incommode, selon la formule consacrée de Planiol¹¹⁸⁶. Comme on a pu le souligner à juste titre, « *un des freins les plus redoutables à la pleine réussite de la codification, c'est précisément le poids respectable de nos habitudes mentales* »¹¹⁸⁷. Cette difficulté n'est cependant pas incontournable. Les juristes se retrouveront ainsi dans la même situation que si leur propre Etat opérait une recodification civile complète, avec en prime une superposition des codes. Si des pays tels que l'Italie en 1942 ou les Pays Bas en 1992, ont su s'accommoder d'une nouvelle législation civile interne, nul doute que les Etats membres pourront à leur tour s'adapter à une nouvelle législation civile européenne, qui se superpose habituellement à leur législation nationale. Un dernier effet lié à la technique de codification, l'effet de cristallisation, subsiste toutefois.

B) L'effet de cristallisation

354. Selon l'acception classique de la codification, le législateur immobilise et fige par un « *vœu de perpétuité* »¹¹⁸⁸, lorsqu'il codifie, une certaine conception du droit pour de

¹¹⁸³ BEIGNIER B., « Avant-propos », in *La codification*, sous la direction de Beignier B., Thèmes et commentaires, Dalloz, 1996, page 2 : « *Que loue-t-on le plus ordinairement dans le discours de Portalis, si ce n'est la transaction entre le droit coutumier et le droit écrit ?* ».

¹¹⁸⁴ CABRILLAC R., *Les codifications*, coll. Droit, éthique, société, PUF, 2002, page 92.

¹¹⁸⁵ CABRILLAC R., *Les codifications*, coll. Droit, éthique, société, PUF, 2002, page 92.

¹¹⁸⁶ PLANIOL M., « Inutilité d'une révision générale du code civil », Livre du centenaire, tome 2, page 961, référence citée par CABRILLAC R., *Recodifier*, RTDC 2001, page 838.

¹¹⁸⁷ MALAURIE P., « Les enjeux de la codification », AJDA 1997, page 645.

¹¹⁸⁸ CABRILLAC R., « Recodifier », RTDC 2001, page 833.

nombreuses années. Un code, remède à une législation inflationniste et changeante, a en effet vocation à s'inscrire dans la durée¹¹⁸⁹. Ce « *mythe du code éternel* »¹¹⁹⁰ relève cependant au final plus de l'utopie que de la réalité. On relève même que l'effet de cristallisation attaché au code engendrerait subséquemment un double phénomène de pétrification du droit codifié et de risque de « décodification », susceptible d'entraver la mise en place d'un code civil européen.

1) La pétrification du droit codifié

355. La codification au sens classique a pour avantage d'immobiliser le droit dans un certain moule conceptuel, et donc d'assurer une grande stabilité et une pérennité aux dispositions contenues dans le code¹¹⁹¹. La longévité de notre code civil en témoigne¹¹⁹². Mais à l'opposé, on rétorque que cette immobilisation pourrait conduire à la « *sclérose* »¹¹⁹³ du droit ainsi codifié. Le reproche essentiel fait au code civil européen serait que son entrée en vigueur provoquerait une pétrification du droit, une rigidité à l'excès du droit européen, ce qui constituerait un obstacle majeur à son adoption¹¹⁹⁴. Pour ces opposants au code, il serait inopportun de stabiliser un droit européen en perpétuel changement.¹¹⁹⁵ Or, une codification pourrait constituer un remède à la prolifération normative galopante, caractéristique de l'Union. La législation européenne, que l'on décrit comme fragmentée et sectorielle, gagnerait ainsi en cohérence et en structure.

¹¹⁸⁹ CABRILLAC R., « Recodifier », RTDC 2001, page 834 : « *Conçu comme un remède à une crise des sources du droit, à une accélération de la production des règles qui en se multipliant s'enchevêtrent, le code se doit par contrainte d'apparaître stable, d'une rassurante stabilité* ».

¹¹⁹⁰ CABRILLAC R., « Recodifier », RTDC 2001, page 834.

¹¹⁹¹ JAUFFRET-SPINOSI C., « Pérennité, évolution ou désuétude des codes : aspects de droit comparé », in *Méthodes du code civil : pérennité et évolutivité, Les secrets d'un bicentenaire*, RRJ 2004, n° spécial, Les cahiers de méthodologie juridique n°19, PUAM, page 2744.

¹¹⁹² Contra KOUBI G., « Code et codification : du civil à l'incivil », in *Jus et le code civil, Droit et cultures 2004* n°2, page 136 : « *la stabilité du code civil, sa constance et sa permanence qui l'instituaient en modèle sont des mystifications* ».

¹¹⁹³ BERGEL J.L., « La méthode législative et sa longévité », in *Méthodes du code civil : pérennité et évolutivité, Les secrets d'un bicentenaire*, RRJ 2004, n° spécial, Les cahiers de méthodologie juridique n°19, PUAM, page 2765

¹¹⁹⁴ MALAURIE P., « Le code civil européen des obligations et des contrats. Une question toujours ouverte... », JCP 2002, doctr. I, N°110, page 285 : « *Le codificateur européen sera peut être un excellent unificateur et un bon modificateur, il risque d'être une terrible pétrificateur* », « *La codification européenne des obligations entraînerait vraisemblablement comme toute codification, une rigidité et une abstraction du droit : l'Europe n'a pas besoin d'être pétrifiée et conceptuelle* » ; LEQUETTE Y., « Quelques remarques à propos du projet de code civil européen de M. von Bar », D. 2002, chronique, page 2205 : « (...) *pétrification et rigidité seraient les conséquences les plus tangibles de l'adoption d'un code civil européen* ».

¹¹⁹⁵ MALAURIE P., « Le code civil européen des obligations et des contrats. Une question toujours ouverte... », JCP 2002, doctr. I, N°110, page 285.

356. En outre, si par la codification les règles se figent pour les années à venir, l'effet de cristallisation n'a pas empêché que notre code civil évolue et se renouvelle au cours de ces deux derniers siècles. La rigidité codificatrice peut en effet être contrebalancée par la souplesse de l'architecture du code, par l'abstraction des principes et des normes qu'il consacre.¹¹⁹⁶ Tant le législateur que le juge français ont eu un rôle décisif dans la révision et l'adaptation du code napoléon. Dès lors, on ne voit pas pourquoi il ne pourrait en être de même pour le code civil européen. C'est non seulement l'interprétation dynamique qu'en fera la Cour de Justice, mais aussi les révisions éventuelles du codificateur européen, qui permettront d'adapter son contenu aux évolutions sociales, juridiques et économiques.

357. Contrairement à l'idée reçue que « *le réalisme milite volontiers contre la stabilité législative* »¹¹⁹⁷, des voix s'élèvent pour affirmer les effets positifs de la cristallisation du droit codifié. La codification, comme nous l'avons vu, ne fige pas le droit à jamais. Au contraire, « *elle instaure (...) une pause indispensable et sécurisante dans l'évolution du droit* »¹¹⁹⁸. Si on peut reprocher au droit son évolution trop rapide¹¹⁹⁹, la codification permettrait ainsi d'arrêter momentanément le cours du temps, de prendre connaissance du droit, afin pour l'avenir « *de mieux déceler ses imperfections* »¹²⁰⁰ et d'en tirer des réformes utiles. De ce point de vue, la critique de la pétrification ne saurait constituer un véritable obstacle à l'adoption d'un code civil européen. Cependant, avant de l'affirmer avec certitude, il faut écarter un second écueil, celui du danger de décodification.

¹¹⁹⁶ BERGEL J.L., « Avant-propos », in Méthodes du code civil : pérennité et évolutivité, Les secrets d'un bicentenaire, RRJ 2004, n° spécial, Les cahiers de méthodologie juridique n°19, PUAM, page 2741.

¹¹⁹⁷ ATIAS C., « Les rapports entre le style du code civil et sa pérennité et son évolutivité », in Méthodes du code civil : pérennité et évolutivité, Les secrets d'un bicentenaire, RRJ 2004, n° spécial, Les cahiers de méthodologie juridique n°19, PUAM, page 2758.

¹¹⁹⁸ CABRILLAC R., *Les codifications*, coll. Droit, éthique, société, PUF, 2002, page 99.

¹¹⁹⁹ THUNIS X. ET VAN DER MENSBRUGGHE F.R., « Codification et décodification : le droit comparé à contribution », *Annales de droit de Louvain* 2001, vol. 61, n°1 page 76 : « *il n'existe plus de normes immuables. La loi est vite obsolète. Sous cette avalanche de normes, les codes volent en éclats et perdent leur statut "d'arches saintes"* ». *Faire œuvre codificatrice relève semble-t-il de la gageure* » ; BRAIBANT G., « Utilité et difficultés de la codification », *Droits* 1996, n°24, page 66 : l'auteur affirme à propos de la rigidité excessive engendrée par la codification que « *si c'était vrai, ce serait tant mieux : en effet, l'un des grands reproches que l'on peut faire actuellement au droit, c'est son évolution trop rapide* ».

¹²⁰⁰ CABRILLAC R., *Les codifications*, coll. Droit, éthique, société, PUF, 2002, page 99.

2) Le risque d'une « décodification »

358. L'effet de cristallisation conduit inéluctablement les codifications nationales contemporaines à un mouvement dit de décodification, que certains qualifient de pernicieux. Si la décodification désigne pour la doctrine « *le recul de la part occupée par les codes dans la production législative et réglementaire* »¹²⁰¹, elle revêt en pratique deux formes distinctes. Elle peut en effet, d'une part, s'attaquer de façon dissimulée à la structure du code en y intégrant des textes qui ne respectent pas manifestement son ordonnancement. Elle peut, d'autre part, soustraire au code certaines réformes ou textes importants, condamnés à graviter éternellement autour et en dehors du code.¹²⁰² Touchés par ce mouvement, certains codes ont progressivement été vidés d'une grande partie de leurs articles au bénéfice de textes spéciaux extérieurs devenus autonomes.¹²⁰³ L'exemple en France du Code de commerce¹²⁰⁴ est particulièrement symptomatique de ce phénomène, qui *a contrario* ne semble pas toucher de façon aussi aiguë notre code civil. Une codification à l'échelle de l'Union risquerait tout autant d'entraîner à terme une même décodification subreptice, propre à réduire à néant l'effort de systématisation de la législation communautaire. Une codification européenne ne serait donc pas souhaitable si elle doit très vite se révéler périmée, dépassée.

359. Pour certains auteurs, cette décodification survenant au niveau national aurait dans certains cas pour facteur aggravant le droit européen lui-même.¹²⁰⁵ Par conséquent, plutôt que de voir la décodification comme un obstacle au code civil européen, ne faudrait-il pas l'analyser comme un remède potentiel au mouvement de décodification interne à chaque Etat membre ? Face à un droit européen plus structuré et cohérent, les Etats membres gagneront peut-être eux aussi en retour une amélioration de leur législation. On ne niera pas qu'en plus ou moins grande quantité subsisteront des textes en dehors du code civil européen : soit que ceux-ci ne pourront s'insérer dans la structure retenue par le législateur, soit ils ne

¹²⁰¹ THUNIS X. ET VAN DER MENSBRUGGHE F.R., « Codification et décodification : le droit comparé à contribution », *Annales de droit de Louvain* 2001, vol. 61, n°1 page 70.

¹²⁰² THUNIS X. ET VAN DER MENSBRUGGHE F.R., « Codification et décodification : le droit comparé à contribution », *Annales de droit de Louvain* 2001, vol. 61, n°1 page 59.

¹²⁰³ SOURIOUX J.L., « Codification et autres formes de systématisation du droit à l'époque actuelle – Le droit français », n° spécial RIDC 1985, page 146.

¹²⁰⁴ OPPETIT B., « La décodification du droit commercial français », *Etudes RODIERES*, Dalloz, 1981, page 197 et s. ; OPPETIT B., « L'expérience française de codification en matière commerciale », *D.1990*, chronique, page 1 et s. cet auteur souligne, à l'époque où il écrit, que ce code napoléonien initialement composé de 648 articles ne comprend plus que 158 articles.

¹²⁰⁵ THUNIS X. ET VAN DER MENSBRUGGHE F.R., « Codification et décodification : le droit comparé à contribution », *Annales de droit de Louvain* 2001, vol. 61, n°1 page 70.

reflèteront pas le droit commun que l'on propose de codifier avant tout, soit enfin qu'ils auront été expressément écartés du domaine du code. C'est inévitable. Mais le droit civil européen ne pourra sans doute aucunement se réduire au code, ce qui n'ôtera pas à cette codification de multiples avantages.

Conclusion du Chapitre II :

360. Les obstacles intrinsèques ne doivent pas être sous-estimés, notamment ceux inhérents à la base juridique de la codification. Il est certain que cette question deviendrait moins embarrassante si les Etats membres décidaient, à l'occasion d'une conférence intergouvernementale, d'amender à l'unanimité les traités fondateurs afin de faciliter la codification du droit civil européen, à l'instar de ce que les chefs d'Etat avaient permis de faire en matière de coopération civile et judiciaire.¹²⁰⁶ On ne peut toutefois se reposer sur une telle éventualité, si l'on veut qu'un code civil européen voit le jour. D'une part, la voie de la convention adoptée en vertu de l'article 293 CE est une voie plausible. Cependant, selon Monsieur Walter van Gerven, si le seul chemin pour arriver à la promulgation d'un code civil européen est la voie conventionnelle, une telle convention devra être préparée selon une procédure « ad hoc », à l'image de celle qui a été suivie pour la Charte communautaire des droits fondamentaux.¹²⁰⁷ D'autre part, l'article 17 CE, relatif à la citoyenneté, recèle de potentialités inexplorées. A nos yeux, il pourrait être amené à légitimer l'entreprise de codification.

361. Quant aux problèmes liés aux effets engendrés par la technique de codification, ils sont de moindre importance. Les effets tant endogènes qu'exogènes relevés par la doctrine peuvent facilement être terrassés. On reproche essentiellement à la codification de figer le droit codifié et de l'enfermer dans un carcan trop rigide. Ce ne serait donc pas la technique idéale pour « élaborer un droit vivant capable à la fois d'évoluer et de représenter les valeurs et les pratiques diverses et changeantes présentes dans l'Europe »¹²⁰⁸. Or, il ne faut point raisonner à partir du concept national de codification, du fait de la méconnaissance par le droit communautaire de la notion de « code » telle qu'elle est classiquement entendue au sein des Etats membres.

¹²⁰⁶ VAN GERVEN W., « Codifying European private law ? Yes, if ... ! », *European Law Review* 2002, page 172.

¹²⁰⁷ VAN GERVEN W., « Codifying European private law ? Yes, if ... ! », *European Law Review* 2002, page 173.

¹²⁰⁸ GROUPE D'ETUDE SUR LA JUSTICE SOCIALE EN DROIT PRIVE EUROPEEN, « Manifeste pour une justice sociale en droit européen des contrats », RTDC 2005 n°4, page 729.

Conclusion du Titre II :

362. De multiples contrariétés jalonnent la route vers un code civil européen. Il reste que ces obstacles devront être surmontés un à un, constituant autant de défis à relever pour l'Union européenne plus particulièrement pour l'entreprise de codification européenne mais aussi de façon plus vaste afin de faire avancer la construction communautaire. Même si le code civil européen ne devait jamais voir le jour, l'Europe gagnerait quand même à résoudre des questions essentielles à sa survie.

363. Nous considérons toutefois que ces obstacles recensés sont loin d'être infranchissables. D'une part, les obstacles extrinsèques à l'entreprise de codification du droit civil européen, obstacles inhérents au caractère transnational du projet, ne sauraient le contrarier. En effet, l'Union européenne compose depuis sa création avec le caractère original de sa construction plurijuridique, multilingue et « multiniveau », l'ordre juridique communautaire ne se substituant pas aux ordres juridiques nationaux, mais s'y superposant. D'autre part, les obstacles intrinsèques à l'opération pourront de même être écartés, si les institutions communautaires acceptent de reconsidérer la base juridique sur laquelle le code civil européen devra s'appuyer et de privilégier une base juridique plus adéquate telle que l'article 17 CE, relatif à la citoyenneté européenne. Il faudra cependant de nombreuses années avant que la voie vers un code commun à l'ensemble des Etats membres n'aboutisse, un code civil européen s'inscrivant dans un processus à long terme.

Conclusion de la Première Partie :

364. Même si les institutions communautaires ne semblent pas *a priori* être au diapason de la voie à suivre pour un futur code civil européen, le processus de codification européenne semble avoir été enclenché de façon inexorable. Les institutions semblent avoir opté pour une évolution progressive de la question, se focalisant sur un code européen des contrats, avant de généraliser ce « prototype » à l'ensemble de la matière civile, y compris donc au droit des personnes et de la famille. L'Union européenne devra toutefois veiller à respecter les différentes traditions juridiques existant en son sein et les spécificités culturelles de chacun des Etats membres. Pour cela, elle ne devra pas agir selon une voie purement technocratique mais s'appuyer sur les divers acteurs nationaux, principaux intéressés.

365. Il est indéniable que la discussion autour du code civil européen a favorisé l'émergence d'une doctrine européenne. Après les institutions communautaires, la doctrine doit être un des acteurs principaux du processus de codification du droit civil européen. Elle aura à jouer un double rôle, à savoir un rôle moteur de l'entreprise de codification, puisqu'elle se montre parfois bien plus optimiste que les institutions communautaires elles-mêmes, et un rôle modérateur, n'hésitant pas à formuler des critiques à l'encontre des décisions qui pourraient être prises. Il est important de souligner que l'on assiste au sein de l'Union européenne à une revalorisation du travail doctrinal, du fait même des limites des approches législative et jurisprudentielle, ayant certes conduit à l'émergence droit civil européen, sans cesse en construction sur le modèle du « réseau », mais qui manque dès lors de cohérence et de systématisation.

366. La levée de l'ensemble des obstacles au processus de codification ne conduira pas *ipso facto* à l'adoption d'un code civil européen « clés en main ». Elle permettra au contraire de se pencher plus en avant sur le nécessaire pilotage de l'entreprise de codification, tant l'objet du processus que ses effets devant être régulés si l'on veut que le code civil européen réponde au mieux à nos attentes.

**Seconde partie : La réalisation
du processus de codification européenne**

367. Le droit civil européen apparaît pour l'heure singulièrement éclaté, manquant de cohérence et de systématisation. Il s'agit donc d'opérer une transformation profonde de ce droit caractérisé par un pluralisme enchevêtré afin de l'organiser au mieux selon des méthodes et des logiques nouvelles et de l'ériger en véritable socle minimal commun aux différents Etats membres en matière civile. Seule la codification semble pouvoir relever ce défi et apporter une solution satisfaisante. Toutefois, le processus de codification européenne devra être enserré dans certaines limites, dans le sens où, à l'instar du marché économique qui ne saurait se réguler seul de manière satisfaisante, des mécanismes d'ajustement devront être prévus. Il sera en effet utile de contrôler l'entreprise de codification, tant dans son objet que dans ses effets.

368. Dans un premier temps, la maîtrise de l'objet même du processus de codification sera envisagée (Titre Premier). Pour cela, il ne faudra pas se cantonner à une « *vision nationaliste et symboliquement forte de la codification,* » entendue comme « *l'expression d'un pouvoir souverain et le fondement d'un lien social* »¹²⁰⁹. Au contraire, le projet de code civil européen requerra nécessairement une vision nouvelle de l'action de codifier, davantage adaptée au contexte européen et à ses particularités. D'où la nécessité de s'attacher à une acception de l'œuvre codificatrice propre au projet d'harmonisation des droits civils des Etats membres au sein de l'Union européenne. Un renouvellement des notions de « code » et de « codification » devra avoir lieu tant sur le plan conceptuel que formel. Cette nouvelle définition sera entièrement tournée vers la volonté de mettre en place une codification souple plutôt que rigide, synonyme de diversité plutôt que d'uniformité, et se superposant aux codes civils nationaux plutôt que tendant à les annihiler.

369. Dans un second temps, la maîtrise des effets du processus de codification sera étudiée (Titre Second). Il s'agira de mettre en lumière ce que nous appellerons la « fonction subversive du code civil européen »¹²¹⁰. De multiples effets directement imputables au processus de codification européenne seront abordés. Tant les effets « ante codification », découlant de la seule perspective d'un code civil européen, que l'on peut d'ores et déjà

¹²⁰⁹ FIN-LANGER L., « L'intégration du droit des contrats en Europe », in DELMAS-MARTY M., *Critique de l'intégration normative – L'apport du droit comparé à l'harmonisation des droits*, PUF, 2004, pages 87-88 spécialement.

¹²¹⁰ Cette expression est empruntée au Professeur Horatia MUIR-WATT : « La fonction subversive du droit comparé », RIDC 2000, page 503 et s.

observer sur le plan interne, que les effets « post codification », résultant de l'adoption définitive d'un code civil européen, et en particulier sur le droit international privé, seront mis en lumière. Ils permettront d'entamer une réflexion salutaire et critique sur notre propre droit et sur le droit européen en particulier.

Titre Premier - La maîtrise de l'objet : l'action de codifier à l'épreuve du droit européen

370. Si les termes de codification et de code semblent indissociables, il faut d'emblée souligner que le code précède considérablement dans le temps l'apparition du concept de codification. Le « codex » apparaît en effet dès le III^{ème} siècle pour désigner une nouvelle manière de présenter les textes juridiques sous forme de feuillets reliés entre eux¹²¹¹, mais ne deviendra véritablement d'usage courant qu'au XVIII^{ème} siècle. L'éclosion de l'idée de codification n'interviendra quant à elle qu'au début du XIX^{ème} siècle sous la plume du juriste et philosophe Bentham.¹²¹² Par la suite, sous la double influence de la philosophie des Lumières et de l'école du droit naturel, s'opèrera ainsi en France une mutation de ces deux notions. Dès le XX^{ème} siècle, on ne codifiera pourtant plus de la même façon. La codification apparaît donc comme « *un phénomène complexe* »¹²¹³, changeant.

371. Au sens étymologique¹²¹⁴ du terme, la codification se définirait *lato sensu*, comme « *le rassemblement de textes juridiques ordonnant les règles relatives à une matière déterminée au sein d'un ouvrage, le code* »¹²¹⁵. Nous verrons qu'elle revêt néanmoins des visages bien divers. De la même manière, des multiples expériences de codification intervenues depuis le XVIII^{ème} siècle, il est singulièrement difficile d'extraire une définition

¹²¹¹ Le mot latin « codex » désigne des tablettes de lois, un registre, un livre. Sous l'Empire romain, les feuillets manuscrits sont retranscrits sur un parchemin, puis sur des feuilles de papier. Le codex permet ainsi d'accéder aux divers chapitres du recueil de lois, de manière directe.

¹²¹² Ce mot est utilisé pour la première fois en 1815 dans une lettre de Jeremy Bentham au Tsar de Russie Alexandre 1^{er} pour désigner son projet d'élaborer un code complet de législation, appelé *Pannomion*. L'engagement de Bentham en faveur de la codification est fortement imprégné de positivisme et témoigne de l'aversion du philosophe anglais pour le système de Common law. Bentham développera sa conception de codification dans différents ouvrages, dont son *Principles of Morals and Legislation*, 1789. Pour une analyse du projet de codification de Bentham : SEFTON-GREEN R., « Les codes manqués », RTDC 2005, pages 540-545 spéc.

¹²¹³ GAUDEMET J., « La codification. Ses formes et ses fins », in *Sociologie historique du droit*, coll. Doctrine juridique, PUF, 2000, page 139.

¹²¹⁴ Le mot « codification » vient en effet du latin *codicem facere* : faire un code.

¹²¹⁵ BUREAU D., « Codification », in *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la dir. de D. ALLAND et S. RIALS, Lamy/PUF, éd.2003, page 225.

précise de ce qu'est un « code »¹²¹⁶, le concept revêtant un caractère polymorphe évident. De ce fait, en France, l'œuvre codificatrice embrasse tant les grands codes réformateurs napoléoniens que l'adoption de diverses compilations plus modestes : le code de la consommation, le code de l'action sociale et familiale, le code de la copropriété... Imitant l'exemple français, de nombreux Etats ont adopté à leur tour des codes nationaux, généralisant le mouvement codificateur bien au delà de l'Europe.¹²¹⁷ Malgré un déclin sans cesse annoncé, codifier reste indémodable, d'actualité. Son attrait est permanent tant au niveau interne, où « *on est indubitablement atteint de codicomanie* »¹²¹⁸, qu'au niveau international, où « *le vieux rêve d'une codification générale et rationnelle du droit* »¹²¹⁹ connaît avec le code civil européen des développements nouveaux.

372. Or, le choix de recourir à la codification pour rassembler et ordonner le droit à l'échelle européenne est critiqué. Se pose la question essentielle de l'adéquation de la codification aux exigences de notre temps.¹²²⁰ De nombreux auteurs dénoncent en effet « *l'anachronisme avec lequel on pense résoudre des problèmes actuels à l'aide de moyens qui répondaient parfaitement aux besoins d'il y a deux siècles* »¹²²¹. La codification est ici perçue comme une technique obsolète, passéiste. Or, comme le démontre Monsieur Jacques Vanderlinden dans sa thèse¹²²², la notion de « code » a su au fil des siècles profondément se transformer, faire preuve d'une extraordinaire adaptabilité.¹²²³ Nonobstant la profondeur des

¹²¹⁶ Même si le sens précis du code reste difficile à appréhender, certains auteurs s'essayent à le définir : voir plus particulièrement, VANDERLINDEN J., « Qu'est-ce qu'un code ? », Revue « Les Cahiers de droit », vol.46, n°1-2, mars/juin 2005, n°spécial Colloque de Laval (Québec) des 19, 20 et 21 sept. 2004, page 51 : c'est « *un ensemble formel dont le contenu est constitué de la totalité ou d'une partie importante d'un droit revêtu directement ou indirectement de la force obligatoire de la loi et possédant les attributs susceptibles d'en permettre une meilleure connaissance* ».

¹²¹⁷ Sur le rayonnement international de la codification civile française, voir notamment : KERAMEUS K.D., « L'influence du code civil en Europe centrale et orientale », in LEQUETTE Y. et LEVENEUR L. (éd.), *1804-2004 Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, Université Panthéon-Assas (Paris II), Dalloz, 2004, page 789 et s. ; HOSHINO E., « L'influence du code civil au Japon », *ibid.*, page 871 et s. ; WALD A., « L'influence du code civil en Amérique latine », *ibidem*, page 855 et s.

¹²¹⁸ LECOMTE C., « De la difficulté de codifier », LPA 13 novembre 2003, n°227, page 4.

¹²¹⁹ BRAIBANT G., « Codification », *Encyclopaedia universalis*, Paris, 1996, page 42.

¹²²⁰ EWALD F., Livre du bicentenaire, page 82 : « *Plus personne n'a l'idée que l'on pourrait encore enfermer le droit dans un code fini. La vie du droit est infinie et proliférante* » ; PRIETO C., « Un code civil européen : de l'utopie à la prospective juridique », LPA du 7 mai 2004, page 28 : l'auteur souligne que « *il est reproché aux codifications du 19^{ème} et du 20^{ème} siècle d'avoir exprimé une vision figée et autoritaire du droit, alors que nos sociétés démocratiques actuelles aspirent à des transactions d'intérêts constamment renouvelées et portées par une législation* ».

¹²²¹ VAN HOECKE M., « L'idéologie d'un code civil européen », in BEAUTHIER R. et RORIVE I. (sous la dir.), *Le code Napoléon, un ancêtre vénéré ?*, Mélanges offerts à J. VANDERLINDEN, 2004, page 477.

¹²²² VANDERLINDEN J., *Le concept de code en Europe occidentale du 13^{ème} au 19^{ème} siècle, Essai de définition*, Bruxelles, 1967.

¹²²³ CABRILLAC R., « L'idéologie des tentatives contemporaines de codification : l'exemple français », in *Le code Napoléon, un ancêtre vénéré ?*, op. cit., page 418.

mutations, le code n'a pas disparu. Il n'y a donc aucune raison de supposer que les notions de code et de codification ne sauront pas s'ajuster au contexte européen¹²²⁴. On ne peut que souscrire à la conclusion de Monsieur Jean-Louis Baudoin selon laquelle « *il faut cesser de croire que les modèles actuels de code seront nécessairement ceux de demain et que le processus de codification présentement connu sera obligatoirement celui* »¹²²⁵ du futur. A nos yeux, la codification a encore de l'avenir¹²²⁶ et reste incontournable. L'adoption d'un code civil européen pourrait ainsi lui donner des perspectives originales de développement.¹²²⁷ Toutefois, le processus de codification ne saurait se pérenniser qu'en se renouvelant. Entre une liberté constructive totale et la reproduction docile de prototypes, un juste milieu est à trouver. La démarche se veut donc résolument diachronique. D'une part, un renouvellement doit s'opérer sur le plan abstrait, « idéal »¹²²⁸, théorique, ou conceptuel : la représentation que l'on se fait de la codification et du code subit, sous l'influence du droit européen, certaines mutations (Chapitre I). D'autre part, la réalité plus concrète du code, sa structure, la formulation de ses règles, doit se modifier pour s'adapter au contexte plurijuridique régnant au sein de l'Union européenne (Chapitre II).

¹²²⁴ GROUPE D'ETUDE SUR LA JUSTICE SOCIALE EN DROIT PRIVE EUROPEEN, « Manifeste pour une justice sociale en droit européen des contrats », RTDC 2005, page 732 : « Assurément, *on ne devrait pas présumer que la technique législative traditionnelle selon le modèle d'un code civil ne serait pas praticable, effective, capable de répondre de manière suffisante aux défis d'un système de gouvernance à plusieurs niveaux...* ».

¹²²⁵ BAUDOIN J.L., « Quo vadis ? », Revue « Les Cahiers de droit », vol.46, n°1-2, mars/juin 2005, n°spécial Colloque de Laval (Québec) des 19, 20 et 21 sept. 2004, page 623.

¹²²⁶ Contra, TAORMINA G., « La codification est-elle encore utile ? Eléments pour une méthodologie juridique », RRJ-Droit prospectif 2002, n°1, page 21.

¹²²⁷ CABRILLAC R., *Les codifications*, PUF, coll. Droit, éthique et société, 2002, page 307.

¹²²⁸ Au sens philosophique du terme, soit « qui se rapporte à l'idée ou n'existe que dans l'idée ».

Chapitre I – L’action de codifier soumise à un renouvellement conceptuel

373. Codifier, faut-il le souligner à nouveau, n’est pas une donnée universelle. Dans les pays anglo-saxons, « *ce n’est pas pourtant le désir de codifier qui a manqué (...) que l’aboutissement de divers projets* »¹²²⁹. C’est donc au sein des pays de droit romano-germanique que se dessinent de manière la plus aboutie des « modèles » de codification, au sens de « *catégorie définie par un ensemble de caractères et à laquelle peuvent se rapporter* »¹²³⁰ des exemples de codification. Le parti est donc pris de raisonner sur les concepts de code et de codification tels que notre tradition juridique les connaît, puisque c’est à travers le prisme de ces modèles qu’est majoritairement appréciée par la doctrine la volonté des institutions communautaires de codifier le droit civil européen. Quoi de plus naturel que de se référer au Code civil français, ayant inspiré la plupart des codifications civiles des pays membres de l’Union européenne, lorsqu’on s’interroge sur une éventuelle codification européenne ?

374. La codification a suscité et suscite encore un intérêt majeur tant au plan national qu’international.¹²³¹ A tel point que, comme le fait remarquer Monsieur Rémy Cabrillac, « *les différentes conceptions des codes se sont ajoutées les unes aux autres sans qu’aucune ne disparaisse réellement* »¹²³². En effet, l’histoire de la codification s’est construite « *par*

¹²²⁹ SEFTON-GREEN R., « Les codes manqués », RTDC 2005, page 540.

¹²³⁰ REVET T., « Les modèles du code », in *Code civil et modèles. Des modèles du code au code comme modèle*, Bibliothèque de l’Institut A. TUNC, LGDJ, 2005, page IX.

¹²³¹ GRIMALDI M., « Codes et codification : pour souligner le 10^{ème} anniversaire de l’entrée en vigueur du code civil du Québec et le bicentenaire du Code Napoléon », Revue « Les Cahiers de droit », vol.46, n°1-2, mars/juin 2005, n°spécial Colloque de Laval (Québec) des 19, 20 et 21 sept. 2004, page 17 : « *On codifie un peu partout dans le monde : les pays déjà pourvus d’un code civil le rajeunissent ou le refondent ; les pays émergents qui en sont dépourvus s’emploient à s’en donner un* ».

¹²³² CABRILLAC R., *Les codifications*, PUF, coll. Droit/Ethique/Société, 2002, page 61.

stratification plutôt que par substitution, par extension plutôt que par exclusion »¹²³³. On assiste dès lors en la matière à un certain pointillisme, divers modèles cohabitant tout en ayant un champ d'action bien déterminé, sans que l'on puisse en avoir de vision unitaire. Comme il n'existe pas de modèle unique de « code »¹²³⁴, il semble qu'*a priori* un choix soit à opérer entre les acceptions actuelles (Section I).

375. Or, les conceptions de la codification existant tant au plan national qu'international semblent inadaptées au projet d'élaboration d'un code censé refléter le droit civil européen émergent. La figure de la codification devra en outre être acclimatée au contexte particulier de la construction européenne et de sa complexité. Une autre forme de codification, débarrassée des conceptions interne et internationale étant dès lors souhaitable, il s'agira de recourir à une codification en quelque sorte transfigurée, remodelée (Section II).

Section I - La diversité des modèles de codification

376. Historiquement, les codes classiques, codes privés opérant de façon neutre et formelle le rassemblement des sources du droit en un ouvrage unique, se différencient des codes modernes, codes publics dont l'ambition est de présenter de manière cohérente, ordonnée le droit et d'en embrasser la totalité.¹²³⁵ En France, il existe une tradition codificatrice fortement ancrée. Deux modèles modernes coexistent aujourd'hui en son sein. La codification napoléonienne, qui s'est développée dans des conditions propices difficiles à reproduire¹²³⁶, a mis au jour une conception particulièrement exigeante des notions de « code » et de « codification »¹²³⁷, et a conduit à une vision idéalisée de ces concepts. A ce modèle mythique de codification a succédé un modèle plus modeste, celui de la codification dite à droit constant. Affublée de tous les défauts quand on ne lui conteste pas tout

¹²³³ CABRILLAC R., « Les principes et les méthodes de la codification – Introduction », in Journées d'étude à l'occasion du bicentenaire du Code civil, *Le rayonnement du droit codifié*, vol. I, éd. des JO, 2004, page 17.

¹²³⁴ BUREAU D., « Codification », in *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la dir. de D. ALLAND et S. RIALS, Lamy/PUF, éd. 2003, page 228.

¹²³⁵ C'est la distinction que reprend de façon très claire Monsieur ZENATTI : « Les notions de code et de codification – Contribution à la définition du droit écrit », Mélanges C. MOULY, Tome I, 1998, page 217 et s.

¹²³⁶ FOYER J., « Le code civil est vivant. Il doit le demeurer ! », Entretien, JCP 2004, Doctr. I, n°120, page 544 : « je pense que les conditions de 1804 seraient impossibles à reconstituer ».

¹²³⁷ ZENATTI F., « Les notions de code et de codification – Contribution à la définition du droit écrit », Mélanges C. MOULY, Tome I, 1998, page 220.

simplement le rang de codification¹²³⁸, cette entreprise consiste en la mise en ordre de textes existants, sans entraîner en principe aucune modification de fond¹²³⁹ (Paragraphe I).

377. A l'inverse, à l'échelle internationale, la représentation que l'on se fait de la codification, de ses finalités et de la notion même du code est plutôt conciliante. Concernant la codification du droit international, on a pu relever que « *c'est l'ensemble de la production normative (...) qui est parfois qualifiée de codification par la doctrine* »¹²⁴⁰. L'appellation de code, lorsqu'elle n'est pas ignorée, peut ainsi être attribuée à un texte seul et non à un recueil de textes présenté sous forme de livre. Cette conception large du code et subséquemment de la codification se retrouve aussi à l'échelle communautaire. Au sein de l'Union européenne, le terme « codification » désigne en effet « *le rassemblement d'un acte originaire et de toutes ses modifications successives dans un acte nouveau qui les remplace sans introduire de changement de fond* »¹²⁴¹. Elle n'a donc pas à l'heure actuelle vocation à ordonner, systématiser des pans entiers du droit telle la matière civile (Paragraphe II).

Paragraphe I - La codification d'envergure nationale : l'exemple français

378. Le développement de la codification coïncidant avec l'avènement de l'Etat-nation, « *le code ne paraît pas en effet pouvoir être pensé séparément de l'autorité qui l'impose : c'est (...) la manifestation d'un pouvoir normateur, le plus souvent étatique* »¹²⁴². Tout au long de l'histoire, l'œuvre codificatrice a permis au souverain d'asseoir sa puissance politique.¹²⁴³ C'est l'image que renvoie plus particulièrement le Code civil de 1804, expression du pouvoir impérial. Si le modèle napoléonien a rayonné à travers toute l'Europe et au bien au delà, c'est tout simplement parce que chaque Etat se devait en quelque sorte

¹²³⁸ CABRILLAC R., « L'idéologie des tentatives contemporaines de codification : l'exemple français », in *Le code Napoléon, un ancêtre vénéré ?*, Mélanges offerts à J. VANDERLINDEN, 2004, page 418 : « *la doctrine crie à l'hérésie : compiler ne serait pas codifier* » et ainsi, « *les codifications à droit constant constitueraient une trahison historique du concept de code* ».

¹²³⁹ SOURIOUX J.L., « Codification et autres formes de systématisation du droit à l'époque actuelle – Le droit français », RIDC 1989 (n° spéc. Les Journées de la Société de législation comparée 1988), pages 153-154.

¹²⁴⁰ CORTEN O., « Les aspects idéologiques de la codification du droit international », in BEAUTHIER R. et RORIVE I. (sous la dir.), *Le code Napoléon, un ancêtre vénéré ?*, Mélanges offerts à J. VANDERLINDEN, 2004, page 503.

¹²⁴¹ DRAGONE S., « La codification communautaire : techniques et procédures », in C.-A. MORAND, *Légistique formelle et matérielle*, PUAM, 1999, page 228.

¹²⁴² ROUHETTE G., « Les codifications du droit des contrats », *Droits* 1996, n°24, page 116.

¹²⁴³ Comme le Professeur OPPETIT le soulignait : « De la codification », *D.*1996, page 33.

d'avoir ses propres codes, symboles de leur indépendance et de leur souveraineté.¹²⁴⁴ Mais il faut bien reconnaître que le modèle napoléonien est aujourd'hui en perte de vitesse, ayant fait l'objet de nombreuses réformes ou recodifications civiles. En outre, l'éclatement de la matière civile a donné lieu à des codes spécialisés, de moindre envergure. Aujourd'hui, on ne codifie guère plus qu'à droit constant, cette codification étant pourtant censée rationaliser l'ensemble du droit et remédier à la prolifération des sources du droit.

A) Le modèle napoléonien

379. La vague de codes napoléoniens intervenue en France au début du XIX^{ème} siècle a édifié un certain modèle de codification et de code. Entre 1804 et 1810, cinq ouvrages au destin divers, tels le Code civil, le Code de procédure civile, le Code du commerce, le Code pénal et le Code d'instruction criminelle, seront adoptés. Marque incontestable d'un autoritarisme politique, la codification revêt à cette époque le caractère d'une « *œuvre destinée à unifier, fixer, systématiser une législation en un corps de textes méthodiquement ordonné ayant lui-même force de loi* »¹²⁴⁵. Le Code civil de 1804 en constitue l'archétype, se détachant de façon singulière des autres codifications napoléoniennes. Le Code civil se distingue en effet des autres codes « *du fait de sa qualité intrinsèque mais aussi au regard de ses destinataires* », tous les Français. Par rapport à lui, les Code de procédure civile, Code pénal, Code de procédure pénale et Code du commerce sont tous de « nouveaux » codes.¹²⁴⁶ A ce titre, il sera l'objet principal de notre propos. Ce code est traditionnellement présenté d'une part, comme un instrument entre les mains d'un despote éclairé de réforme et d'unification du droit au sein du territoire français, et d'autre part, comme un chef-d'œuvre de systématisation et de rationalisation, orchestré par un collectif de juristes éminents tel Portalis.

¹²⁴⁴ GAUDEMET J., « La codification. Ses formes et ses fins », in *Sociologie historique du droit*, coll. Doctrine juridique, PUF, 2000, page 139 : même si ici, l'auteur le souligne plus particulièrement à propos de la codification dans les Etats africains.

¹²⁴⁵ Voir « Codification » in Cornu G., Dictionnaire de vocabulaire juridique, Association H. Capitant.

¹²⁴⁶ LEYTE G., « Le code civil et les autres codifications napoléoniennes », in *1804-2004 Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, page 123.

1) Une codification unificatrice et réformatrice

380. Le code civil de 1804 est un acte politique et même analysé comme « *un instrument de propagande politique* »¹²⁴⁷ entre les mains du Premier Consul. Adopté dans le cadre d'un pouvoir politique autoritaire, il présente un aspect fédérateur important.¹²⁴⁸ Il témoigne de la volonté d'unifier mais aussi de réformer.

381. La codification opérée en 1804 est tout d'abord unificatrice. Il faut d'ailleurs souligner que « *l'idée d'unification du droit ne sera clairement attachée à la notion de code qu'avec la codification napoléonienne* ». ¹²⁴⁹ Le code Napoléon va en effet incarner le symbole d'une unité nationale et politique tant attendue. D'une part, il constitue aux yeux de Bonaparte un élément déterminant pour recouvrer des fondations politiques stabilisées après une période révolutionnaire trouble.¹²⁵⁰ Source de prestige personnel pour l'Empereur, ce code lui permet de marquer son emprise politique sur ses citoyens, mais aussi à travers toute l'Europe.¹²⁵¹ La codification est perçue comme un outil d'achèvement de la consécration du pouvoir souverain, étatique.¹²⁵² D'autre part, il s'adresse à tous les Français, « *abstraction faite de leur condition particulière* »¹²⁵³. L'adoption du code civil de 1804 scelle ainsi l'union de populations disparates, éclatées en différentes régions composant le paysage français.¹²⁵⁴ C'est la raison pour laquelle Portalis proclame lors de son discours final qu'« *une législation uniforme fait disparaître toutes les absurdités et tous les dangers : l'ordre civil vient cimenter l'ordre politique. Nous ne serons plus Provençaux, Bretons, Alsaciens mais Français* ». ¹²⁵⁵

382. Non seulement il amalgame les populations, mais ce *corpus* a aussi vocation à assurer l'unification du droit proprement dite. Cependant, il ne fait que parachever le

¹²⁴⁷ LARROUMET C., « Le code civil, instrument de propagande politique », in *1804-2004 Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, page 225 et s. Même idée pour le Code pénal de 1810 : CARBASSE J.-M., « Code pénal », in *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., page 213 : « *le Code napoléonien est aussi un outil politique au service du gouvernement* ».

¹²⁴⁸ CABRILLAC R., *Les codifications*, PUF, 2002, page 157 : « *Il n'est pas dû au hasard que l'adoption du code civil coïncide avec l'établissement du régime politique le plus centralisé que la France ait connu au cours de son histoire* ».

¹²⁴⁹ ZENATTI F., « Les notions de code et de codification – Contribution à la définition du droit écrit », *Mélanges C. MOULY*, Tome I, 1998, page 232.

¹²⁵⁰ MARTIN X., « Les fondements politiques du Code Napoléon », *RTDC* 2005, page 245.

¹²⁵¹ Le Code civil fut avant tout une œuvre à vocation nationale avant d'être internationale : GRIDEL J.P., « Le Code civil et l'Europe : influences et modernité (compte rendu) », *RLDC* 2004, n°11, page 56.

¹²⁵² BOULET-SAUTEL M., « L'exégèse, la glose et leurs corps de référence », *Droits* 1996, n°24, page 18.

¹²⁵³ LEQUETTE Y. et LEVENEUR L., « Avant-propos », in *1804-2004 Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, Université Panthéon-Assas (Paris II), Dalloz, 2004, page VII.

¹²⁵⁴ CABRILLAC R., « L'avenir du code civil », *JCP* 2004, Doctr. I, n°121, page 548.

¹²⁵⁵ LASSERRE-KIESOW V., « Le discours final de Portalis », *JCP* 2004, Doctr. I, n°122, page 556.

processus d'homogénéisation des multiples droits locaux entamée dès la Renaissance. En effet, l'héritage romano-canonique, puis la législation royale, avaient déjà contribué à uniformiser certains secteurs du droit civil.¹²⁵⁶ Dès lors, l'adoption d'un tel code n'a eu qu'un seul but : assurer la cohésion des règles de droit au sein d'une législation uniforme.¹²⁵⁷ Cette volonté d'appliquer un droit identique à l'ensemble du territoire se retrouvera d'ailleurs dans la plupart des codes civils nationaux qui imiteront le code civil français,¹²⁵⁸ et inspire encore certaines réformes de codes civils existants. Récemment, cette aspiration à rechercher l'unification a été évoquée lors de la réforme allemande du BGB portant sur le droit des obligations¹²⁵⁹ Enfin, le code de 1804 permet d'assurer l'unité de la source juridique. L'idée de Napoléon est d'écarter par là même les sources du droit sur lesquelles il a pas ou peu d'emprise et de mieux contrôler par conséquent l'évolution du droit. L'adoption du code entraîne l'abrogation de toutes les sources existantes, soit des lois romaines, des ordonnances, des coutumes générales et locales, des statuts ainsi que des règlements, dans toutes les matières dont traite le code.¹²⁶⁰ D'où une conception particulièrement exigeante du code : « *le code, c'est la fusion en un ouvrage unique de toutes les sources du droit* »¹²⁶¹. Cette acception n'est pas exempte de critiques. Monsieur Pierre Legrand reproche ainsi à notre Code civil d'avoir pris le contre-pied de la diversité, d'être la marque d'une vision centralisatrice et autoritaire du pouvoir.¹²⁶²

383. La codification napoléonienne est aussi réformatrice. Le code de 1804 devient, selon l'expression de Demolombe, la « *constitution civile de la France* », puisqu'il fixe en effet les principes de la société civile et organise l'ordre social.¹²⁶³ Cette codification dite innovation n'est pourtant pas entièrement innovante.¹²⁶⁴ C'est une œuvre de compromis, de

¹²⁵⁶ LEFEBVRE-TEILLARD A., « Les différents facteurs d'unification dans l'ancien droit », in *1804-2004 Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, précit., page 77 et s.

¹²⁵⁷ BRAIBANT G., « Codification », *Encyclopaedia universalis*, Paris, 1996, page 40.

¹²⁵⁸ Par exemple, le code civil suisse de 1907 qui aspirait à unifier le droit privé suisse, dispersé dans des droits cantonaux très disparates : CABRILLAC R., *Les codifications*, PUF, 2002, pages 157-158.

¹²⁵⁹ TALLON D., « Teneur et valeur du projet appréhendé dans une perspective comparative », RDC 2006, n°1 spécial Colloque « La réforme du droit des contrats : projet et perspectives », page 132 : l'auteur regrette que tel ne fut pas le cas concernant le projet CATALA, portant réforme du droit des contrats.

¹²⁶⁰ LASSERRE-KIESOW V., « Le discours final de Portalis », JCP 2004, Doctr. I, n°122, page 554.

¹²⁶¹ ZENATTI F., « Les notions de code et de codification – Contribution à la définition du droit écrit », *Mélanges C. MOULY*, Tome I, 1998, page 233.

¹²⁶² LEGRAND P., « Sens et non sens d'un code civil européen », RIDC 1996, page 808 notamment.

¹²⁶³ GAUDEMET Y., « Le code civil, "constitution civile de la France" », in *1804-2004 Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, précit., page 298.

¹²⁶⁴ NIORT J.F., « "Notre code civil..." Quelques remarques sur l'interprétation du code civil français et du code civil du Bas-Canada au Québec », in BEAUTHIER R. et RORIVE I. (sous la dir.), *Le code Napoléon, un ancêtre vénéré ?*, Mélanges offerts à J. VANDERLINDEN, 2004, page 176.

transaction,¹²⁶⁵ mêlant « *dans une heureuse harmonie, les vieilles traditions du droit civil de l'Ancien régime et les jeunes idées modernes issues de la Révolution* »¹²⁶⁶. Le caractère peu novateur d'un Code civil combinant règles anciennes et nouvelles ne manque pas d'être souligné.¹²⁶⁷ Si cette codification a opéré des réformes substantielles, c'est notamment sous l'impulsion du premier Consul, qui a su user de son autorité pour imposer aux rédacteurs sa vision du droit civil et introduire le plus souvent avec succès certaines dispositions nouvelles, telles le divorce ou l'adoption, à des fins personnelles purement dynastiques.¹²⁶⁸ Ce code est en effet, selon l'expression consacrée d'Eismein, « *sobre de nouveautés* », ce qui explique qu'il ait été si bien accueilli par les français. Depuis son adoption, cette œuvre en partie réformatrice n'est pas restée figée. Même si « *l'idée de toucher au code a longtemps pris des allures de crime* »¹²⁶⁹, de nombreuses recodifications civiles partielles se sont succédées afin d'adapter le texte aux évolutions sociales. Elles ont été insérées dans le code de façon fidèle, dans le respect de sa structure.¹²⁷⁰ Que ce soit lors de son élaboration ou lors de ses révisions successives, la doctrine a joué un rôle important dans le choix et la formulation des règles présentes dans le code civil.

2) Une codification entre systématisation et rationalisation

384. La codification napoléonienne de 1804 est fortement imprégnée d'une vision particulière de la codification par les juristes en charge de la codification, vision jusnaturaliste teintée d'une forte dose de positivisme. D'abord influencée par les philosophes des Lumières et de l'école du droit naturel, la codification devient l'expression d'un droit rationnel fondé sur une méthode logique et systématique qui devait permettre d'établir des concepts généraux et d'en déduire des conséquences toujours plus concrètes, compréhensibles par le profane.¹²⁷¹ Ultérieurement, avec la Révolution française de 1789, se développe un

¹²⁶⁵ TERRE F., « Inestimable code civil », in *1804-2004 Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, page 905.

¹²⁶⁶ HAMEL J., LAGARDE G. et JAUFFRET A., *Droit commercial, Introduction, Tome 1*, 2^{ème} éd., 1980, n°25.

¹²⁶⁷ BEAUTHIER R., « Un "grand fait historique national" – La commémoration du Code civil dans le livre du bicentenaire », in *Le code Napoléon, un ancêtre vénéré ?*, Mélanges offerts à J. VANDERLINDEN, 2004, page 14.

¹²⁶⁸ SOURIOUX J.L., « Le rôle du premier Consul dans les travaux préparatoires du Code civil », in *1804-2004 Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, précit., page 115 spéc.

¹²⁶⁹ MAZEAUD D. et REVET T., « Editorial », in *Colloque « La réforme du droit des contrats : projet et perspectives »*, RDC 2006, n°1, page 3.

¹²⁷⁰ CABRILLAC R., « L'idéologie des tentatives contemporaines de codification : l'exemple français », in *Le code Napoléon, un ancêtre vénéré ?*, Mélanges offerts à J. VANDERLINDEN, 2004, page 409.

¹²⁷¹ HALPERIN J.L., « Code Napoléon (Préparation, rédaction et évolution) », *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la dir. de D. ALLAND et S. RIALS, Lamy/PUF, éd.2003, page 200 : « *La volonté de rationaliser le*

positivisme étroit. La « *sacralisation du code* »¹²⁷² est en marche et trouvera par la suite son expression la plus éthérée dans l'école de l'Exégèse. Le code est rapidement assimilé à l'expression la plus parfaite de la loi.¹²⁷³

385. De cette double parenté, le code civil de 1804 se caractérise par « *un constructivisme rationnel* »¹²⁷⁴, partagé entre systématisation et rationalisation du droit. La codification napoléonienne aboutit d'abord à la systématisation des règles de droit applicables à une matière. Elle ordonne en effet le droit selon un plan logique. Comme aimait à le rappeler PORTALIS, « *le code, c'est l'esprit de méthode appliqué à la législation* ». Sous ce rapport, la codification se distingue nettement de la législation « *ponctuelle qui procède par interventions non nécessairement accordées, non seulement lorsque celles-ci sont imputables à des impulsions successives et changeantes, mais même lorsque étant concomitantes, elles viennent d'initiatives diversement inspirées. Codifier, c'est légiférer dans un esprit d'ensemble, sous la préoccupation constante d'un ensemble* »¹²⁷⁵, comme l'explique si justement Monsieur Gérard Cornu. « *La codification est plus qu'un multiple de la loi, il y a en elle un esprit de système et de totalité* ».¹²⁷⁶ Ainsi, schématiquement, dans cet « *arbre du terroir* »¹²⁷⁷ qu'est le code, le tronc, les branches et ses ramifications incarnent cet esprit de système. Son feuillage, diversement composé, représente les multiples textes qu'il rassemble, et qui, sans cette armature, seraient dispersés, ventilés. Cette saisie globale des textes ne veut pas pour autant dire que le législateur avait tout prévu. Les rédacteurs ne se défendaient pas d'avoir laissé quelques lacunes,¹²⁷⁸ puisque le Code civil se devait d'être « *un corpus qui réunit et unit* », établissant ainsi le droit commun.¹²⁷⁹ Ce n'est seulement qu'avec l'école de Exégèse que s'intensifie la croyance selon laquelle « *tout le droit est enfermé dans le code*

droit, par la rédaction d'un corps de lois ordonnées et prétendant s'adresser à tous, correspond au programme de l'école moderne du droit naturel qui a diffusé dans toute l'Europe une nouvelle axiomatique juridique ».

¹²⁷² HALPERIN J.L., « L'historiographie du code civil en France », in BEAUTHIER R. et RORIVE I. (sous la dir.), *Le code Napoléon, un ancêtre vénéré ?*, Mélanges offerts à J. VANDERLINDEN, 2004, page 45.

¹²⁷³ BOULET-SAUTEL M., « L'exégèse, la glose et leurs corps de référence », *Droits* 1996, n°24, page 23.

¹²⁷⁴ MALAURIE P., « Les enjeux de la codification », *AJDA* 1997, page 645.

¹²⁷⁵ CORNU G., « Codification contemporaine : valeurs et langage », in *L'art du droit en quête de sagesse*, PUF, 1998, page 366.

¹²⁷⁶ Cité par JAUFFRET-SPINOSI C., « Pérennité, évolution ou désuétude des codes : aspects de droit comparé », *RRJ* 2004, n°spécial Cahiers de méthodologie juridique n°19, page 2743.

¹²⁷⁷ Selon l'expression du Professeur OPPETIT, reprise par BEAUTHIER R., « Un "grand fait historique national" – La commémoration du Code civil dans le livre du bicentenaire », in *Le code Napoléon, un ancêtre vénéré ?*, Mélanges offerts à J. VANDERLINDEN, 2004, page 15.

¹²⁷⁸ BEAUTHIER R., « Un "grand fait historique national" – La commémoration du Code civil dans le livre du bicentenaire », in *Le code Napoléon, un ancêtre vénéré ?*, Mélanges offerts à J. VANDERLINDEN, 2004, page 20.

¹²⁷⁹ GRIMALDI M., « Codes et codification : pour souligner le 10^{ème} anniversaire de l'entrée en vigueur du code civil du Québec et le bicentenaire du Code Napoléon », *Revue « Les Cahiers de droit »*, vol.46, n°1-2, mars/juin 2005, page 16.

civil »¹²⁸⁰. Cette croyance est aujourd’hui mise à mal par le phénomène de décodification auquel notre code civil n’a pas échappé.¹²⁸¹

386. La codification napoléonienne est aussi une œuvre de rationalisation du droit. Elle est d’une part l’occasion de se débarrasser d’un amas de lois inutiles. Cette codification est « *réductrice ; elle est simplificatrice et le gain législatif qui ressort de cette opération anti-inflationniste, elle l’obtient par un travail qui porte en la forme et au fond, sur tous les matériaux de l’élaboration législative, les concepts et les termes, les techniques et les énoncés* »¹²⁸². Elle se caractérise donc par des efforts de conceptualisation, qui font défaut dans le modèle de codification à droit constant, et de sobriété, le code ne devant pas être trop « *bavard* ». ¹²⁸³ D’autre part, face à la crise des sources du droit, le code répond à un besoin de sécurité juridique et d’accessibilité du droit.¹²⁸⁴ Pour pouvoir se fier aux règles de droit, il faut que celles-ci soient accessibles à ses destinataires. Quoi de mieux qu’un code, qu’un livre, pour « *faire savoir* » le droit.¹²⁸⁵ A ce titre, la philosophie des Lumières et de l’école du droit naturel met en avant l’idée d’un code lisible, compréhensible par tous, le code devant en quelque sorte être « simple comme la nature ». Le code civil de 1804 se veut avant tout une législation populaire, « *un droit pour le peuple* »¹²⁸⁶, à la différence d’autres codes tels le BGB allemand, qui s’adresse clairement aux juristes.¹²⁸⁷ « *on y trouve sans peine de nombreux articles dont la rédaction en un français usuel, et non réservé aux seuls initiés, atteste la volonté de leurs rédacteurs que la règle soit immédiatement comprise de ceux auxquels elle est destinée* »¹²⁸⁸. C’est le même dessein qui a habité l’élaboration du nouveau Code civil du Québec, ce qui explique peut-être en partie son succès.

¹²⁸⁰ OST J.-F., « La codification : idéal et métamorphoses », JDT 2004, n° spécial Bicentenaire du Code civil, page 227.

¹²⁸¹ Voir *infra* nos développements sur le phénomène de décodification (1ère Partie, Titre II, Chap. II, Section II : §2) et sur le fait que le code civil ne refléterait plus qu’ « *un droit commun à vocation résiduelle* » selon l’expression du Professeur REMY, in « La recodification civile », Droits 1997, n°26, page 10.

¹²⁸² CORNU G., « Codification contemporaine : valeurs et langage », in *L’art du droit en quête de sagesse*, PUF, 1998, page 367.

¹²⁸³ Selon l’expression empruntée à CATALA P., « La genèse et le dessein du projet », in *Colloque « La réforme du droit des contrats : projet et perspectives »*, RDC 2006, n°1, page 17.

¹²⁸⁴ Voir à ce sujet, le dernier rapport public du Conseil d’Etat intitulé « Sécurité juridique et complexité du droit », Etudes et documents n°57, La documentation française, 2006.

¹²⁸⁵ CORNU G., « Codification contemporaine : valeurs et langage », précité, page 368.

¹²⁸⁶ MALAURIE P., « L’utopie et le bicentenaire du code civil », in *1804-2004 Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, précité, page 3.

¹²⁸⁷ Sur ce point, voir la thèse de LASSERRE-KIESOW V., *La technique législative – Etude sur les codes civils français et allemands*, Coll. Bibliothèque de droit privé, Tome n°371, L.G.D.J., 2002, spéc. page 166 et s.

¹²⁸⁸ ASSOCIATION H. CAPITANT, *Les droits de tradition civiliste en question* (A propos des Rapports *Doing Business* de la Banque Mondiale), Vol.1, Société de législation comparée, 2006, page 86.

387. Aux dires de la doctrine, c'est une conjonction exceptionnelle qui permet d'expliquer « *l'inestimable code civil* »¹²⁸⁹, qu'il serait dès lors difficile à reproduire. On surévaluerait cependant cette codification.¹²⁹⁰ La mythologie attachée au code Napoléon ne cesse d'être dénoncée ces dernières années.¹²⁹¹ Cependant, on ne remet jamais en cause les conséquences d'ordre, d'unité, de systématisation et de rationalisation de cette codification, mais davantage ses soubassements idéologiques, pour dépeindre l'image d'un code à l'idéologie autoritaire, nullement individualiste, profondément inégalitaire. Cette conception exigeante de la codification n'a pas pour autant disparu comme en témoignent à l'étranger le Code civil des Pays Bas, le Code civil du Québec ou encore le Code de l'organisation judiciaire belge.¹²⁹² Elle tend cependant à être remplacée par un modèle plus pragmatique, mais d'une efficacité moindre. Pour certains, comme on a pu surévaluer la codification classique, on sous-évaluerait corrélativement la codification contemporaine.

B) Le modèle de codification à droit constant

388. Du milieu du XIX^{ème} au milieu du XX^{ème} siècle, la codification en France est très dispersée et sans commune mesure avec l'œuvre napoléonienne.¹²⁹³ Le mouvement codificateur n'est relancé qu'au lendemain de la 2^{ème} guerre mondiale, avec la création d'une institution spécifique, la Commission chargée d'étudier la codification et la simplification des textes législatifs et réglementaires, par le décret n°48-800 du 10 mai 1948. Ce processus nouveau de codification donne naissance à divers codes promulgués par décret en Conseil d'Etat, réalisant une remise en forme de textes législatifs et réglementaires existants. Qualifiée de « *codification administrative* », elle est en effet opérée par le gouvernement, sans être entérinée systématiquement par le Parlement.¹²⁹⁴ Transformée ensuite par un décret n°89-647 du 12 septembre 1989, la nouvelle institution prendra l'appellation actuelle de « Commission

¹²⁸⁹ TERRE F., « Inestimable code civil », in *1804-2004 Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, page 900.

¹²⁹⁰ BEIGNIER B., « Avant-propos », in BEIGNIER B. (dir.), *La codification*, 1996, page 2.

¹²⁹¹ Depuis les années 1960, certains auteurs, tels que André-Jean ARNAUD dans sa thèse sur « Les origines doctrinales du code civil » ou Xavier MARTIN dans son récent ouvrage « Mythologie du Code Napoléon » (éd. DMM, 2003) s'attachent à remettre en cause l'image du code.

¹²⁹² BUREAU D., « Codification », in *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la dir. de D. ALLAND et S. RIALS, Lamy/PUF, éd.2003, page 226 ; OST F., « La codification : idéal et métamorphoses », JDT 18 mars 2004, page 227.

¹²⁹³ BRAIBANT G., « Codification », *Encyclopaedia universalis*, Paris, 1996, pages 40-41.

¹²⁹⁴ OPPETIT B., *Essai sur la codification*, PUF, Coll. Droit, éthique, justice, 1998, page 14.

supérieure de codification ». Elle joue en quelque sorte le rôle de stimulateur de ce nouveau processus de codification.

389. La codification à droit constant est conçue comme un procédé « *de gestion du droit et non de création de normes nouvelles* »¹²⁹⁵. C'est un rassemblement cohérent, systématisé de textes législatifs et réglementaires sur chaque matière de notre droit, dont le Président de la république a récemment soutenu la poursuite et l'achèvement¹²⁹⁶. On ne peut réduire l'opération de codification à droit constant à une simple « compilation » qui, quant à elle, est dépourvue de systématisation.¹²⁹⁷ Si en théorie, la codification à droit constant est traditionnellement présentée comme une technique permettant d'endiguer la prolifération des textes, comme une étape précédant l'amélioration de la matière codifiée¹²⁹⁸, nous verrons qu'en pratique, elle aboutit davantage à rationaliser la présentation du droit que le droit lui-même. De façon antagoniste, la codification à droit constant contribue à une complexification et à un éparpillement des matières codifiées.

1) Les principes directeurs de la codification à droit constant

390. La codification à droit constant est une codification planifiée et coordonnée. La Commission supérieure de codification¹²⁹⁹ se compose de seize membres, de juges de l'ordre administratif issus du Conseil d'Etat, des Cours administratives d'appel et des tribunaux administratifs, de juges de l'ordre judiciaire, de professeurs d'Université, de membres à la Cour des comptes et aux Cours régionales des comptes, ainsi que d'un parlementaire et d'un sénateur. Elle est présidée par le premier ministre, assisté d'un vice-président choisi parmi les

¹²⁹⁵ CATA E., « Les techniques de codification : de la cire au silicium... », AJDA 1997, page 648.

¹²⁹⁶ A l'occasion du bicentenaire du code, le Président de la République a prononcé un discours le 11 mars 2004 dans lequel il émet le vœu que la codification à droit constant soit achevée pour l'essentiel en 2010 : BRAIBANT G., « Avant-propos », in Journées d'étude à l'occasion du bicentenaire du Code civil, *Le rayonnement du droit codifié*, vol.I, éd. des JO, 2004, page 9.

¹²⁹⁷ Il faut en effet opérer une distinction très nette entre « codification » et « compilation », même s'agissant de la codification à droit constant. CORNU G., « Codification contemporaine : valeurs et langage », in *L'art en quête de sagesse*, PUF, 1998, page 358 : l'auteur rappelle que la codification opère une sélection et une formulation de règles non contradictoires, contrairement à la compilation qui n'est que le recueil exhaustif et brut d'éléments normatifs ou paranormatifs, convergents ou divergents. Dans le même sens, BRAIBANT G., « Utilités et difficultés de la codification », *Droits* 1996, n°24, page 64.

¹²⁹⁸ BRAIBANT G., « Utilités et difficultés de la codification », *Droits* 1996, n°24, page 72 : la codification à droit constant n'est pas une fin en soi. Elle ne fait que préparer la simplification et l'amélioration futures du droit ; d'où deux mouvements : codifier d'abord, simplifier ensuite.

¹²⁹⁹ Pour plus de détails, voir BRAIBANT G., « La Commission supérieure de codification », in BEIGNIER B. (dir.), *La codification*, Thèmes et commentaires, Dalloz, 1996, page 97 et s.

présidents de section du Conseil d'Etat. Elle est au cœur du processus d'élaboration des codes, car si ce sont les ministères compétents qui ont la charge de codifier les matières qui leur incombent, c'est la Commission supérieure de codification qui les coordonne et contrôle leur mise en œuvre.¹³⁰⁰ Elle s'assure que les grands principes que doivent suivre les ministères dans le travail d'élaboration sont bien respectés, afin que la codification à droit constant soit la plus cohérente et uniformisée possible.

391. C'est la circulaire du 30 mai 1996 relative à la codification des textes législatifs et réglementaires¹³⁰¹, dite « Circulaire Juppé », qui assigne à la Commission un plan général de codification et pose les grandes lignes directrices dans lesquelles est enserré le processus de codification à droit constant.¹³⁰² Trois principes directeurs en ressortent plus particulièrement. Le premier principe fondamental est celui d'interdiction de modifier le fond du droit. Comme le souligne la circulaire, « *en principe, les codes sont produits en retenant la présentation des textes dans leur rédaction en vigueur au moment de la codification sans mêler à cet effort une réforme du fond du droit* »¹³⁰³. Si les textes sont renumérotés, cette codification ne doit pas pour autant conduire à les changer. Mais tout principe souffrant d'exceptions, le texte énumère toute une série de possibilités dans lesquelles des modifications pourront avoir lieu. Ainsi, il est possible d'apporter des modifications de forme pour adapter le texte à la nécessité de la compréhension ou de la cohérence du droit, d'abroger ou modifier certaines dispositions afin de faire respecter la hiérarchie des normes en les mettant en conformité avec la constitution ou les engagements internationaux, notamment européens, auxquels la France est tenue, ou encore de proposer « *au delà de la méthode à droit constant* » des simplifications, améliorations ou harmonisations du droit soit sous forme d'observations, soit de façon plus exceptionnelle directement incorporées au texte.¹³⁰⁴

392. Le deuxième principe repose sur la volonté de faire de l'entreprise de codification à droit constant une œuvre à la fois systématique, thématique et automatique. En effet, le

¹³⁰⁰ SCHWARTZ R., « La codification à droit constant », in Journées d'étude à l'occasion du bicentenaire du Code civil, *Le rayonnement du droit codifié*, vol. I, éd. des JO, 2004, page 38 : elle « *a pour mission de procéder à la programmation des travaux de codification, de fixer la méthodologie, de susciter, animer les groupes de travail chargés d'élaborer les projets de codes et d'adopter et transmettre au gouvernement tous les codes* ».

¹³⁰¹ Circulaire du 30 mai 1996, JO du 5 juin 1996, page 8263 et s. Elle est intégralement reproduite en annexe du colloque de Toulouse de 1996 sur la codification : BEIGNIER B. (dir.), *La codification*, Thèmes et commentaires, Dalloz, 1996, pp 209-224.

¹³⁰² OPPETIT B., *Essai sur la codification*, PUF, Coll. Droit, éthique, justice, 1998, page 15.

¹³⁰³ Circulaire du 30 mai 1996, *précit.*, page 215.

¹³⁰⁴ Circulaire du 30 mai 1996, *précit.*, page 215.

gouvernement français ambitionne méthodiquement de codifier l'ensemble du droit français. L'article 3 de la loi de 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec l'administration affirme que la codification doit rassembler et classer « *dans des codes thématiques l'ensemble des lois en vigueur à la date d'adoption de ces codes* », cette codification se faisant à droit constant.¹³⁰⁵ Cette codification systématique du droit en vigueur se fait par matière, de façon thématique. Toutefois, il faut souligner que toutes les dispositions applicables à une matière ne sont pas forcément codifiées. D'une part, la Commission opère un choix des dispositions « codifiables », selon certains critères tenant principalement à l'importance de la norme.¹³⁰⁶ D'autre part, la jurisprudence des juridictions françaises et les règles internationales, même d'effet direct, ne sont pas codifiées.¹³⁰⁷ Ces dernières sont parfois présentées en annexe. Le caractère automatique de la codification implique quant à lui que chaque disposition intéressant plusieurs codes soit consultable dans chacun d'entre eux, afin que chaque lecteur n'ait à consulter qu'un seul code.¹³⁰⁸ C'est la pratique des « codes-pilotes » et des « codes-suiveurs », mise en place par la circulaire de 1996 : « *un code dit suiveur ne fera que reprendre, généralement en caractères italiques, pour l'information de l'usager, les dispositions d'un autre code dit pilote* ». ¹³⁰⁹

393. Un troisième principe devra enfin être respecté, celui de la ratification de la partie législative par le Parlement. Le décret de 1989 pallie le déficit démocratique caractérisant l'ancien système dans lequel on ne demandait aucunement l'aval du Parlement pour procéder à la codification de dispositions législatives. Dès ce moment, le principe du parallélisme des formes et des procédures est respecté puisque les textes réglementaires seront promulgués par décret en Conseil d'Etat et les textes législatifs seront soumis à l'approbation du Parlement par le biais d'une loi de ratification. En outre, la Circulaire de 1996 associe davantage le pouvoir législatif au processus de codification, rappelant que la discussion devant le Parlement de la loi de ratification peut conduire à l'adoption de quelques amendements de fond visant à améliorer la qualité de la législation.¹³¹⁰

¹³⁰⁵ Loi n°2000-321 du 12 avril 2000, dite « DCRA » : JO du 13 avril 2000.

¹³⁰⁶ TMSIT G., « La codification, transcription ou transgression de la loi ? », Droits 1996, n°24, page 86.

¹³⁰⁷ Circulaire du 30 mai 1996, *précit.*, page 217

¹³⁰⁸ TMSIT G., « La codification, transcription ou transgression de la loi ? », *précit.*, page 86.

¹³⁰⁹ Circulaire du 30 mai 1996, *précit.*, page 219.

¹³¹⁰ Circulaire du 30 mai 1996, *précit.*, pages 214-215.

394. Ces grands principes relèvent néanmoins plus de la profession de foi que de la réalité. En pratique, la constance qui préside à cette codification n'est que « *relative* ». ¹³¹¹ Elle réalise des changements dans la signification du droit qui sont loin d'être anodins. Présentée comme le remède miracle à la prolifération des textes, la codification à droit constant comptabilise en réalité plus d'inconvénients que d'avantages.

2) La réalité de la codification à droit constant

395. Bien que le gouvernement ait fait de la codification sa priorité, le processus se trouve rapidement dans une impasse. De nombreux codes élaborés par la Commission, prêts à être examinés, tardent à être entérinés par le Parlement. Le redoublement de l'activité de codification programmé depuis 1996 engorge de façon considérable le calendrier législatif. Le 23 novembre 1999, le gouvernement fait adopter, sur le fondement de l'article 38 de la Constitution, ¹³¹² une loi d'habilitation l'autorisant à procéder par voie d'ordonnance pour neuf codes achevés ou en voie d'achèvement. ¹³¹³ Saisi par l'opposition, le Conseil constitutionnel considère, dans sa décision n°99-421 DC du 16 décembre 1999 - *Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes*, que la codification à droit constant n'est en rien contraire à la constitution, l'article 38 de la constitution ayant bien été respecté. Le Conseil constitutionnel observe à cet égard que deux objectifs à valeur constitutionnelle fondent l'exercice de cette codification. La finalité de codification répond clairement d'une part, à l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi, que le Conseil constitutionnel qualifie comme tel pour la première fois, et d'autre part, et de façon plus implicite, à l'objectif plus classique de sécurité juridique. ¹³¹⁴

¹³¹¹ BUREAU D., « Codification », in *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la dir. de D. ALLAND et S. RIALS, Lamy/PUF, éd.2003, page 228.

¹³¹² L'article 38 de la Constitution permet en effet au Gouvernement pour l'exécution de son programme de demander au Parlement de prendre par voie d'ordonnances pendant un certain délai des mesures qui relèvent normalement du domaine de la loi.

¹³¹³ Loi du 16 décembre 1999, JO n°296 du 22 décembre 1999, page 19040. Il s'agit du Code rural, de l'éducation, de santé publique, de commerce, de l'environnement, de justice administrative, de la route, de l'action sociale, et du Code monétaire et financier.

¹³¹⁴ Pour un commentaire de cette décision, voir notamment : MATHIEU B., « La sécurité juridique : un produit d'importation « made in France » (à propos des décisions 99-421 DC et 99-422 DC du Conseil constitutionnel) », D. 2000, Actua. n°4, page VII ; SCHOETTL J.-E., « Codification par ordonnances », AJDA 2000, page 31.

396. La codification à droit constant est perçue comme un moyen de rendre la loi plus accessible et plus intelligible. Se fondant sur différents articles de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, le Conseil constitutionnel affirme que l'égalité devant la loi et la garantie des droits « *pourraient ne pas être effectives si les citoyens ne disposaient pas d'une connaissance suffisante des normes qui leur sont applicables* ». Le code, conçu pour les citoyens, doit leur permettre de retrouver les informations nécessaires.¹³¹⁵ De cette manière, le principe de sécurité juridique implique deux impératifs à respecter, à savoir la prévisibilité et la qualité de la loi. Dérivés de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, ces deux préceptes mettent à la charge du législateur l'obligation de traduire la loi dans des termes clairs et précis pour permettre au citoyen de régler sa conduite et de prévoir à un degré raisonnable les conséquences de nature à découler d'un acte déterminé.¹³¹⁶ Depuis 2000, le gouvernement a recours à l'habilitation spéciale de plus en plus fréquemment. Il semble que telle est la voie empruntée dans d'autres pays, à l'exemple de la Belgique.¹³¹⁷ En France, les lois du 2 juillet 2003¹³¹⁸ et du 9 décembre 2004¹³¹⁹ ont récemment investi de façon très large le gouvernement de la mission de simplifier en adoptant par voie d'ordonnance la partie législative de nombreux codes. Saisi avant promulgation pour juger de la constitutionnalité de ces dispositions, le Conseil constitutionnel reprend, dans sa décision du 26 juin 2003,¹³²⁰ puis dans celle du 2 décembre 2004,¹³²¹ la même argumentation que celle développée dans sa décision de 1999. Il apporte cependant une modification de taille puisqu'il considère désormais que tant la simplification que la codification sont deux finalités répondant aux objectifs d'accessibilité et d'intelligibilité et, partant, de sécurité juridique. Ces décisions confirment une systématisation du recours aux ordonnances. Ce qui est pour le moins

¹³¹⁵ Dans le même ordre d'idée, le Conseil constitutionnel s'est ainsi récemment arrogé le pouvoir de censurer toute loi trop complexe, donc inintelligible et inaccessible pour ses destinataires : voir la décision n°2005-530 DC du 29 décembre 2005, « Loi de finances pour 2006 », rendu à propos d'une loi fiscale.

¹³¹⁶ CEDH 2 août 1984, *Malone c/ Royaume Uni* : Série A, n°82. Voir aussi, sur la notion de qualité de la loi dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg : WASCHMANN P., « De la qualité de la loi à la qualité du système juridique », *Mélanges offerts à G. COHEN-JONATHAN*, vol. II, page 1687 et s.

¹³¹⁷ Cette idée est développée par : SIMONART H., « La codification en droit belge : rayonnement et limite de la codification napoléonienne », *AJDA* 1997, page 672 et s. Dans le même sens : OST J.-F., « La codification : idéal et métamorphoses », *JDT* 2004, n° spécial Bicentenaire du Code civil, page 229 : « *il semble bien que la plupart des regroupements de textes réalisés en Belgique depuis 1980 procèdent de telles habilitations particulières* ».

¹³¹⁸ Loi du 2 juillet 2003 habilitant le Gouvernement à simplifier le droit : JO n°152 du 3 juillet 2003, page 11192 (texte n°2).

¹³¹⁹ Loi d'habilitation n°2004-1343 du 9 décembre 2004 de simplification du droit : JO n°287 du 10 décembre 2004.

¹³²⁰ Décision du Conseil Constitutionnel n° 2003-473 DC 26 juin 2003, Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit : JO du 03-07-2003, page 11205. Pour un commentaire : VERPEAUX M., « La codification devant le Conseil Constitutionnel », *AJDA* 2004, pp 1849-1856.

¹³²¹ Décision du Conseil Constitutionnel n°2004-506 DC 2 décembre 2004, Loi de simplification du droit : Jo du 10-12-2004, page 20876. Pour un commentaire : BRONDEL S., « La loi de simplification du droit n'est pas inconstitutionnelle », *AJDA* 2004, p. 2365 et s.

critiquable est l'acceptation par le Conseil constitutionnel du même motif, à savoir l'encombrement de l'ordre du jour parlementaire, plus de cinq ans après la première loi d'habilitation ayant permis de remédier en partie au retard accumulé.¹³²²

397. Ces décisions sont intéressantes à plusieurs égards. Tout d'abord, elles sont symptomatiques du glissement opéré du processus ambitieux de codification vers le processus plus modeste de simplification dont le mouvement a atteint son « *paroxysme* »¹³²³ avec ces lois de 2003 et 2004. La simplification se résume ainsi : « *faire simple et clair, supprimer les contradictions, les doubles emplois, les dispositions désuètes, rendre commode la connaissance. (...) Plus un droit devient complexe et abondant, plus il devient inintelligible, secret, et donc arbitraire et injuste, plus il devient un message codé qu'il faut décoder, et c'est par un code qu'il est le mieux décodé. Plus simple, le droit n'en devient pas pour autant plus juste, mais il est pour le moins efficace...* »¹³²⁴. Présentée ainsi, la simplification ne porte pas sur le droit en lui-même mais sur les lois. Dès lors, elle transforme l'activité de codification en activité purement « *bureaucratique* »¹³²⁵ et s'éloigne de l'objectif recherché, à savoir la rationalisation du droit. Telle que pratiquée par le gouvernement, ne serait-elle pas devenue « *le nouveau credo des crédules* »¹³²⁶ ? A la différence de la codification napoléonienne, cette dissociation codification/simplification ainsi perpétrée fait perdre sans nul doute à l'opération codificatrice un de ses intérêts majeurs. Quels que soient les efforts du metteur en scène qu'est le codificateur à droit constant, la nature même de sa mission l'empêche de transformer des lois médiocres en œuvre de qualité.

398. Ces décisions témoignent aussi de l'incapacité de la codification à droit constant à canaliser la foulditude de textes si souvent dénoncée. Au pullulement des dispositions juridiques succède le fourmillement des codes. Dès lors, peut-on parler de véritable rationalisation du droit ? La codification à droit constant ne fait que rationaliser la présentation du droit relativement à une matière. Comme le remarque à juste titre Monsieur

¹³²² ALBERTINI P., « Les enjeux politiques, juridiques et techniques de la codification », in Journées d'étude à l'occasion du bicentenaire du Code civil, *Le rayonnement du droit codifié*, vol. I, éd. des JO, 2004, page 33.

¹³²³ MOREAU J. et TERRE F., « La simplification du droit », in *Droit et actualité – Etudes offertes à Jacques Béguin*, Litec, 2005, page 536.

¹³²⁴ MALAURIE P., « Rapport de synthèse », in BEIGNIER B. (dir.), *La codification*, Thèmes et commentaires, Dalloz, 1996, page 206.

¹³²⁵ GAUDEMET Y., « Le Code civil, "constitution civile de la France" », in *1804-2004 Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, précit., page 306.

¹³²⁶ Selon l'expression empruntée à MONJAL P.-Y., « Les instruments normatifs de l'Union dans le projet de constitution : les limites de la simplification », AJDA 2003 page 2182.

Hervé Moysan, « *elle tend simplement à faciliter la consultation des dispositions législatives et réglementaires (...) mais même cet apport est relatif* »¹³²⁷. Elle ne permet pas à l'usager de connaître tout le droit, même national, la jurisprudence n'étant pas intégrée dans ces codes. Le citoyen devra donc s'en remettre aux éditeurs juridiques s'il veut obtenir « *une version plus réaliste du droit en vigueur* »¹³²⁸. En outre, cette codification entraîne, en dépit des principes définis en 1996, une « *modification du droit existant* »¹³²⁹ non négligeable. Il est vrai que la Cour de cassation considère que, dès lors qu'une codification s'est faite à droit constant, les changements intervenus dans la littéralité d'un texte demeurent sans incidence quant aux solutions jurisprudentielles déjà assises sur lui.¹³³⁰ Cependant, il faut déplorer que ces modifications interviennent sans qu'un véritable débat doctrinal et scientifique puisse avoir lieu. Le rôle de la doctrine étant moindre en la matière,¹³³¹ il en résulte une absence de conceptualisation préjudiciable à la matière codifiée. Ainsi, si l'on prend l'exemple du code de la consommation, force est de constater l'absence de définition en son sein des concepts ou notions-clés. Dans cet amas de dispositions, le lecteur cherchera ainsi vainement une définition du « *consommateur* »¹³³². Enfin et plus subsidiairement, la doctrine¹³³³ souligne que le recours aux multiples habilitations spéciales accordées au gouvernement conduit, d'une part, à mettre à l'écart la Commission supérieure de codification au profit des cabinets ministériels, et d'autre part, à « *dessaisir* » en quelque sorte le Parlement de son pouvoir de discuter des textes législatifs, même si certains¹³³⁴ avancent qu'un véritable débat reste toujours possible lors de l'adoption de la loi d'habilitation. Or, on assiste à une transformation de l'intervention parlementaire dans l'élaboration de la loi, puisque « *sur la trame rédigée par les ministères, les dispositions sont rarement réécrites* »¹³³⁵.

¹³²⁷ MOYSAN H., « La codification à droit constant ne résiste pas à l'épreuve de la consolidation », JCP 2002, n°147, page 1236.

¹³²⁸ OST J.-F., « La codification : idéal et métamorphoses », JDT 2004, n° spécial Bicentenaire du Code civil, page 228.

¹³²⁹ Le Professeur N. MOLFESSIS parle ainsi de « modification à droit constant » et non de codification à droit constant : « Les illusions de la codification à droit constant et la sécurité juridique », RTDC 2000, page 186.

¹³³⁰ Cass. Civ. 1^{ère} 27 février 2001, pourvoi n°99-04169 : Bull. civ. 2001, I, n°50, page 30 ; Cass. Civ. 3^{ème} 19 mars 2003, pourvoi n°02-10537 : Bull. civ. 2003, III, n°68, page 62.

¹³³¹ BILLIAU M., « La doctrine et les codes – Quelques réflexions d'un civiliste... », in Revue « Les Cahiers de droit », vol.46, n°1-2, mars/juin 2005, n°spécial Colloque de Laval (Québec) des 19, 20 et 21 sept. 2004, page 445.

¹³³² TAORMINA G., *Introduction à l'étude du droit*, PUAM, 2005, page 69.

¹³³³ OST J.-F., « La codification : idéal et métamorphoses », JDT 2004, n° spécial Bicentenaire du Code civil, page 228.

¹³³⁴ MOREAU J. et TERRE F., « La simplification du droit », in *Droit et actualité – Etudes offertes à Jacques Béguin*, Litec, 2005, page 543.

¹³³⁵ ALBERTINI P., « Les enjeux politiques, juridiques et techniques de la codification », in Journées d'étude à l'occasion du bicentenaire du Code civil, *Le rayonnement du droit codifié*, vol.I, éd. des JO, 2004, page 34 : l'auteur dénonce avec virulence que « réduits à apporter à la loi des corrections marginales, les parlementaires contribuent sans le vouloir à l'effacement du droit substantiel devant l'accumulation de procédures, à une

399. De la codification nationale française, on retiendra donc que deux modèles se côtoient. Au début du XIX^{ème} siècle, le modèle de codification réformatrice affichait la volonté de changer la société par un droit nouveau ordonné, systématisé dans un code. Même sans trop l'idéaliser, cette codification a abouti à une véritable rationalisation du droit et a permis à différents degrés d'unifier le droit français. Cependant, cette conception de la codification est aujourd'hui reléguée au second plan par la codification à droit constant. Ce modèle a pour ambition de clarifier, mettre en ordre chaque matière et de regrouper l'ensemble du droit existant dans des codes multiples. Près de 70 % des lois françaises seraient ainsi codifiées à l'heure actuelle,¹³³⁶ et on prédit que lorsque cette codification sera achevée, probablement en 2010, environ 90% des textes français seront insérés dans des codes.¹³³⁷

Paragraphe II - La codification d'envergure internationale

400. La codification est ici l'œuvre d'un ensemble d'Etats regroupés au sein d'une organisation internationale ou régionale. Au sein d'organisations internationales telles que les Nations Unies, la codification se définit comme « *l'opération consistant à énoncer en forme écrite, dans un ordre systématique et de manière obligatoire pour les Etats qui y participent, les règles de droit international soit dans leur ensemble, soit sur une matière déterminée* »¹³³⁸. Elle présente des similitudes avec le modèle français de codification réformatrice, sans pour autant s'y identifier parfaitement. En effet, il faut souligner l'importance de la différence de contexte entre codification nationale et internationale. Si la première a pour destinataire des individus, la seconde s'adresse le plus souvent aux Etats.¹³³⁹

401. La codification peut aussi être le fruit d'organisations régionales, plus particulièrement l'Union européenne. Il faut s'intéresser à la codification communautaire, ce

dilution des normes qui perdent ainsi en crédit et en autorité » et qu' « *il est plus facile d'adopter des lois nouvelles et d'y attacher son nom que de conduire dans la cohérence une véritable action publique* ».

¹³³⁶ ASSOCIATION H. CAPITANT, *Les droits de tradition civiliste en question* (A propos des Rapports Doing Business de la Banque Mondiale), Vol.1, Société de législation comparée, 2006, page 85 : spéc. note 132.

¹³³⁷ BRAIBANT G., « Avant-propos », in Journées d'étude à l'occasion du bicentenaire du Code civil, *Le rayonnement du droit codifié*, vol.I, éd. des JO, 2004, page 9.

¹³³⁸ MAHIOU A., « Rapport général », in S.F.D.I., *La codification du droit international*, colloque d'Aix-en-Provence, Pédone, Paris, 1999, page 13.

¹³³⁹ MAHIOU A., « Rapport général », in S.F.D.I., *La codification du droit international*, page 14.

modèle pouvant en toute logique s'appliquer prioritairement au projet de code civil européen. De manière schématique, elle se rapprocherait de notre codification à droit constant, puisqu'elle ne comporte pas d'aspect créateur.¹³⁴⁰ Elle n'offre pas non plus la possibilité de systématiser des pans entiers du droit communautaire. Si, à l'image du droit international, la notion de « code » a longtemps été ignorée par la codification communautaire, on décèle son introduction progressive. Récemment, des codes communautaires ont été élaborés dans des secteurs très restreints.¹³⁴¹

A) La codification du droit international

402. Au plan international, on décèle une volonté de codifier tant le droit international public que le droit international privé, bien que pour ce dernier, la codification se réalise de manière plus efficace au niveau interne. La codification du droit international s'établit essentiellement au travers de l'élaboration de conventions internationales. Pour la doctrine, la codification internationale se rapprocherait de la codification napoléonienne, sans pour autant s'identifier totalement au modèle classique français.¹³⁴² En effet, la codification pratiquée ici ignore parfaitement le concept de code.

1) La conception internationale de la codification

403. Comme au plan national, la codification du droit international peut s'inscrire dans deux logiques.¹³⁴³ Elle peut être le fait de plusieurs Etats, regroupés ou non au sein d'une organisation internationale, par le biais de mécanismes formalisés. En raison de cette origine plutôt « étatique », on parlera alors de « *codification publique* ». A l'inverse, il s'agira de « *codification privée* » lorsque celle-ci sera assurée par des acteurs privés. Elle est en effet le fruit du travail d'éditeurs privés opérant une compilation des textes et de la jurisprudence sur

¹³⁴⁰ BLUMANN C. et DUBOIS L., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Litec, 2004, page 130.

¹³⁴¹ Le plus récent de ces codes communautaires est le code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes ou « code frontières Schengen » introduit par le Règlement CE n°562/2006 du PE et CE du 15 mars 2006 : JO UE du 13 avril 2006, L n°105, page 1 et s.

¹³⁴² MAHIU A., « Rapport général », in S.F.D.I., *La codification du droit international*, colloque d'Aix-en-Provence, Pédone, Paris, 1999, pages 14 –15 spécialement.

¹³⁴³ Sur la distinction entre codification publique et codification privée : CORTEN O., « Les aspects idéologiques de la codification du droit international », in BEAUTHIER R. et RORIVE I. (sous la dir.), *Le code Napoléon, un ancêtre vénéré ?*, Mélanges offerts à J. VANDERLINDEN, 2004, page 495.

une matière donnée, ou celui de la doctrine s'attachant à dégager des principes dans une matière donnée. Cette dernière ne devrait néanmoins pas recevoir l'appellation de « codification ». Elle n'est aucunement contraignante pour ses destinataires. Ainsi, en droit privé, les principes d'Unidroit,¹³⁴⁴ élaborés au sein de l'Institut international pour l'unification du droit privé, et ayant vocation à régir le droit des contrats du commerce international, ne peuvent être assimilés à une codification.¹³⁴⁵ Il semble en effet que de telles entreprises doivent s'analyser en des alternatives à la codification ; c'est pourquoi elles ne seront pas évoquées ici. Seules seront prises en considération les codifications mises en œuvre par des sujets de droit international.¹³⁴⁶

404. Pour mener à bien cette codification publique, un organe spécifique a été créé. La Commission du Droit International (C.D.I.)¹³⁴⁷ est en effet chargée, par l'Assemblée générale des Nations Unies, de promouvoir « *le développement progressif du droit international et sa codification* ». L'article 15 de son statut définit d'ailleurs la codification comme l'opération consistant à « *formuler avec plus de précision et [à] systématiser les règles du droit international dans les domaines dans lesquels il existe déjà une pratique étatique considérable, des précédents ou des opinions doctrinales* »¹³⁴⁸, l'entreprise ainsi réalisée devenant obligatoire pour les Etats qui y participent.¹³⁴⁹ Il ressort de la définition donnée par le statut de la C.D.I. que la codification doit être comprise comme la simple traduction de règles déjà existantes. Or, les internationalistes sont partagés sur cette vision relativement stricte de la codification.¹³⁵⁰ Pour certains, la codification n'a qu'une finalité technique, celle

¹³⁴⁴ KESSEDJIAN C., « Un exercice de rénovation des sources du droit des contrats du commerce international », RCDIP 1995, page 641 et s. ; FAUVARQUE-COSSON B., « Les contrats du commerce international, une approche nouvelle : les principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international », RIDC 1998, n°2, page 463 et s.

¹³⁴⁵ ROUHETTE G., « Les codifications du droit des contrats », Droits 1996, n°24, page 113 et s.

¹³⁴⁶ Nous prenons donc le parti de prendre seulement en considération les codifications mises en œuvre par des sujets de droit international : DAILLIER P. et PELLET A., Droit international public, LGDJ, éd. 2000, page 333.

¹³⁴⁷ Créée en 1947, cette Commission est composée de juristes élus par l'Assemblée générale des Nations Unies à titre d'experts indépendants, de façon à ce que soit assurée « *la représentation des grandes formes de civilisation et des principaux systèmes juridiques du monde* » : DAILLIER P. et PELLET A., Droit international public, LGDJ, éd. 2000, page 333.

¹³⁴⁸ Résolution AG des NU du 21 novembre 1947, portant statut de la Commission du Droit International.

¹³⁴⁹ MAHIOU A., « Rapport général », in S.F.D.I., *La codification du droit international*, Colloque d'Aix-en-Provence, Pédone, Paris, 1998, page 13.

¹³⁵⁰ Sur cette controverse doctrinale : MAHIOU A., « Rapport général », in S.F.D.I., *La codification du droit international*, Colloque d'Aix-en-Provence, Pédone, Paris, 1998, page 41.

de rassembler et présenter sous une forme pratique les règles du droit international en vigueur. Pour d'autres, elle doit permettre de rénover et de restructurer le droit international.¹³⁵¹

405. A nos yeux, la distinction entre « codification » et « développement progressif du droit » s'avère trop délicate, ténue. Il semble évident que l'œuvre codificatrice internationale ne saurait être cantonnée à la seule volonté de transcrire les règles en vigueur. Elle a au contraire bel et bien pour objet de développer le droit international à cette occasion.¹³⁵² Toutefois, un bémol doit être apporté. La codification du droit international est en effet en partie tributaire des Etats, ce qui veut dire qu'à défaut d'accord sur les modifications substantielles, elle ne verra que difficilement le jour. En pratique, elle ne s'élabore donc jamais « *ex nihilo* »¹³⁵³. On peut affirmer qu'en pratique, la codification internationale ne s'épanouit pleinement que si une harmonisation minimale des règles lui préexiste.¹³⁵⁴

406. En outre, si on tend à rapprocher ce modèle du modèle français de codification réformatrice, une dissemblance de taille subsiste. La codification à l'échelle internationale ignore largement le concept de code. Exception faite des codes privés d'éditeurs, les codifications internationales prennent la forme de conventions ou de chartes, soit de textes, et non d'un recueil de textes. Dès lors, la codification internationale publique réunit en pratique la quasi-totalité des grandes conventions internationales et une certaine ambiguïté peut naître quant à la distinction entre codification et législation en droit international, notions se recoupant fréquemment.¹³⁵⁵

¹³⁵¹ Comme le souligne ROBERTO AGO, « *codifier le droit a toujours signifié le modifier en partie, et parfois même en profondeur* » : cité par MAHIOU A., « Rapport général », in S.F.D.I., *La codification du droit international*, Colloque d'Aix-en-Provence, Pédone, Paris, 1998, page 18.

¹³⁵² COT J.-P., « La codification et la simplification du droit communautaire », in Mélanges offerts à H. THIERRY, Pédone, Paris, 1998, page 135.

¹³⁵³ CORTEN O., « Les aspects idéologiques de la codification du droit international », in BEAUTHIER R. et RORIVE I. (sous la dir.), *Le code Napoléon, un ancêtre vénéré ?*, Mélanges offerts à J. VANDERLINDEN, 2004, page 501.

¹³⁵⁴ MAHIOU A., « Rapport général », in S.F.D.I., *La codification du droit international*, Colloque d'Aix-en-Provence, Pédone, Paris, 1998, page 56.

¹³⁵⁵ MAHIOU A., « Rapport général », in S.F.D.I., *La codification du droit international*, colloque d'Aix-en-Provence, Pédone, Paris, 1999, page 16.

2) La codification du droit applicable aux rapports internationaux : le cas du droit international privé

407. L'article 1^{er} § 2 du statut de la C.D.I. dispose que cette Commission est en charge de la codification tant du droit international public que du droit international privé. Or, en pratique, c'est essentiellement le travail de la Conférence de la Haye. Comme l'indique l'article 1^{er} de son statut, cette organisation internationale tend en effet à unifier progressivement les règles du droit international privé. Elle a ainsi élaboré, principalement depuis les années 1950, une multiplicité de conventions dans divers domaines, tels la vente d'objets mobiliers corporels, la procédure civile, les obligations alimentaires, les régimes matrimoniaux, ou encore la responsabilité du fait des produits.¹³⁵⁶ Ces conventions ont progressivement investi notre droit international privé. Au delà des travaux de la Conférence de La Haye, c'est aujourd'hui les multiples règlements communautaires, formant le droit international privé européen, qui affectent plus sensiblement nos règles de conflits de lois et de conflits de juridictions, pour toute situation présentant un élément d'extranéité communautaire.¹³⁵⁷ Cependant, de la multiplicité des textes ayant vocation à uniformiser les règles de conflit ne transparaît pas un étalon de codification du droit international privé puisque ne sont traitées que quelques matières, et les règles ainsi dégagées sont avant tout régionales. Il ne s'agit donc que de « *manifestations partielles* »¹³⁵⁸ ou des « *éléments parcellaires* »¹³⁵⁹ de codification.

408. Codifier véritablement le droit international privé se révèle être davantage une tâche étatique. Il faut tout d'abord indiquer que « *la norme de droit international privé est avant tout une norme nationale. On ne sera donc pas surpris de constater qu'une grande partie de la codification publique en droit international privé a été accomplie au niveau national* »¹³⁶⁰. De nombreux pays européens¹³⁶¹ tels l'Allemagne, l'Autriche, l'Italie, les

¹³⁵⁶ BUREAU D., « La codification du droit international privé », in BEIGNIER B. (dir.), *La codification*, Thèmes et commentaires, Dalloz, 1996, p 129.

¹³⁵⁷ Voir infra nos développements précédents sur ce point.

¹³⁵⁸ BUREAU D., « La codification du droit international privé », précité, p 126.

¹³⁵⁹ GUILLEMARD S. et PRUJINER A., « La codification internationale du droit international privé : un échec ? », *Cahiers De Droit* 2005, vol.46, page 179.

¹³⁶⁰ KESSEDJIAN C., « La codification du droit international privé », in S.F.D.I., *La codification du droit international*, Colloque d'Aix-en-Provence, Pédone, Paris, 1998, page 103.

¹³⁶¹ SAGAUT J.F. et CAGNIART M., « Lettre ouverte pour une codification du droit international privé français », *LPA* du 27 janvier 2006, n°20, page 5.

Pays-bas, la Suisse ou plus récemment la Belgique¹³⁶², se sont dotés d'un code de droit international privé. A l'opposé, la France, isolée,¹³⁶³ n'envisage toujours pas une telle codification. Certains projets ont bien vu le jour mais n'ont jamais abouti.¹³⁶⁴ Il paraît pourtant paradoxal, dans un pays de forte tradition codificatrice, qu'une matière de droit privé telle que le droit international privé n'ait jamais fait l'objet d'un tel code.¹³⁶⁵

409. Les raisons avancées pour mettre en doute l'opportunité d'une telle codification sont diverses. A titre principal, une codification du droit international privé est jugée inutile, voire somptuaire¹³⁶⁶. Tout d'abord, elle interviendrait trop tardivement, en raison du développement du droit international privé conventionnel et communautaire. La codification entreprise sur le plan international s'avèrerait ainsi suffisante. Or, cette œuvre codificatrice « *ne couvre pas - et ne couvrira sans doute jamais - l'ensemble des situations du droit international privé* »¹³⁶⁷. De la même manière, la communautarisation des règles de droit international privé n'a pas empêché les autres Etats membres de l'Union européenne d'opter pour un code, les règles régionales n'ayant pas vocation à régir les relations entre les Etats membres et les Etats tiers, non membres de l'Union.¹³⁶⁸ En outre, le droit international privé, droit qui s'est majoritairement développé sous la double influence de la doctrine et de la jurisprudence, se prêterait mal à une telle entreprise. Le législateur n'intervient en effet que de manière résiduelle dans cette matière, comme en témoignent les dispositions éparées régissant le droit international privé au sein du code civil.¹³⁶⁹ C'est enfin et surtout l'idée même de codification qui semblerait inadaptée au droit international privé.¹³⁷⁰ Il serait ainsi très difficile d'intégrer dans un code de manière exhaustive les problèmes et les conflits

¹³⁶² La loi du 16 juillet 2004 a créé le premier code de droit international privé en Belgique, entré en vigueur au 1^{er} octobre 2004 : CARLIER Y., « Le code belge de droit international privé », RCDIP 2005, page 11.

¹³⁶³ PUTMAN E., « Réflexions sur la question de la codification du droit international privé », in S.F.D.I., *La codification du droit international*, Colloque d'Aix-en-Provence, Pédone, Paris, 1998, page 111.

¹³⁶⁴ Trois projets furent réalisés, en 1954 (projet NIBOYET), en 1959 (projet BATTIFOL) et en 1967. Ils furent néanmoins tous abandonnés : BUREAU D., « La codification du droit international privé », in BEIGNIER B. (dir.), *La codification*, Thèmes et commentaires, Dalloz, 1996, p 125.

¹³⁶⁵ MUIR-WATT H., « La codification du droit international privé », *Droits* 1998, n°27, page 150.

¹³⁶⁶ PUTMAN E., « Réflexions sur la question de la codification du droit international privé », in S.F.D.I., *La codification du droit international*, Colloque d'Aix-en-Provence, Pédone, Paris, 1998, page 111.

¹³⁶⁷ SAGAUT J.F. et CAGNIART M., « Lettre ouverte pour une codification du droit international privé français », LPA du 27 janvier 2006, n°20, page 8.

¹³⁶⁸ GUILLEMARD S. et PRUJINER A., « La codification internationale du droit international privé : un échec ? », *Cahiers De Droit* 2005, vol.46, page 179.

¹³⁶⁹ BUREAU D., « La codification du droit international privé », in BEIGNIER B. (dir.), *La codification*, Thèmes et commentaires, Dalloz, 1996, p 124.

¹³⁷⁰ Dans ce sens : BUREAU D., « La codification du droit international privé », in BEIGNIER B. (dir.), *La codification*, Thèmes et commentaires, Dalloz, 1996, p 137 ; MUIR-WATT H., « La codification du droit international privé », *Droits* 1998, n°27, page 158.

susceptibles d'être rencontrés. Or, *a contrario*, on peut aussi déceler un intérêt certain à l'élaboration d'une codification d'un droit international privé, jugé de plus en plus obscur et complexe.¹³⁷¹

410. L'acceptation particulièrement bienveillante de la codification internationale s'explique par l'absence d'un véritable modèle de codification. Si le droit international public fait l'objet d'un tel processus de façon quasi-systématique, les Etats sont davantage partagés quant à la codification du droit international privé. Ils préfèrent codifier sur le plan interne, la codification réalisée par la Conférence de La Haye ne leur apportant pas pleine satisfaction.

B) La codification communautaire

411. Se déployant de façon spectaculaire, l'ordre communautaire a ressenti lui aussi très tôt la nécessité de codifier son droit pour remédier au pullulement de ses normes.¹³⁷² Mais c'est véritablement le Traité de Maastricht en 1992 qui va en faire une des priorités de l'Union européenne.¹³⁷³ En 1994, un accord inter-institutionnel intervient entre le Parlement, le Conseil et la Commission afin de ne pas faciliter la procédure législative menant à la codification.¹³⁷⁴ Il va permettre la mise en place d'une procédure simplifiée en la matière et donc de recourir plus facilement à la codification dite « officielle ».

412. Au sein de l'Union européenne, la codification se rattache au principe communautaire de transparence.¹³⁷⁵ Ce principe embrasse le dessein d'ordonner les règles communautaires tout en les clarifiant et en les simplifiant, mais aussi du souci d'assurer une certaine sécurité juridique, une certaine confiance dans le droit existant.¹³⁷⁶ La codification

¹³⁷¹ Voir la thèse de Mme BODENES-CONSTANTIN A., *La codification du droit international privé français*, Coll. Thèses Doctorat et Notariat, Tome 11, Defrénois, 2006. Voir aussi : SAGAUT J.F. et CAGNIART M., « Lettre ouverte pour une codification du droit international privé français », LPA du 27 janvier 2006, n°20, page 3 et s.

¹³⁷² Cette nécessité se fait en effet sentir dès les années 1970 : une résolution du Conseil de 1974, relative à la codifications de ses actes juridiques et une décision de la Commission de 1987 posent des règles minimales en matière de codification constitutive. Voir, ISAAC G., « La codification du droit communautaire », *Revue Europe* 1977, page 79 et s.

¹³⁷³ DUQUENNE A., *La codification du droit communautaire*, Thèse sous la dir. du Professeur MOLINIER J., Université de Toulouse I, 2000, page 7.

¹³⁷⁴ Accord inter-institutionnel du 20 décembre 1994, relatif à une méthode travail accélérée en vue d'une codification officielle des textes législatifs : JO C n°102 du 4 avril 1996, pages 2-3.

¹³⁷⁵ Résolution du PE du 6 mai 1994 sur la transparence du droit communautaire et la nécessité de sa codification : JO C n°205 du 25 juillet 1994, page 514.

¹³⁷⁶ BLUMANN C. et DUBOUIS L., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Litec, 2004, page 129.

est là encore étroitement liée à l'idée de communication et d'accès au droit puisque elle s'analyse ici comme le processus permettant « *de doter l'espace juridique européen d'une réglementation communautaire plus accessible et concise pour que les particuliers et les opérateurs puissent connaître plus aisément leurs droits* »¹³⁷⁷.

1) La définition de la codification communautaire

413. L'accord inter-institutionnel de 1994 définit la codification dite « officielle » comme « *la procédure qui vise à abroger les actes objet de la codification et à les remplacer par un acte unique qui ne comporte aucune modification de la substance desdits actes* »¹³⁷⁸. Cette codification peut être soit « *horizontale lorsque le regroupement a trait à des actes parallèles intéressant une même matière* », soit « *verticale dans l'hypothèse du rassemblement de toutes les modifications qu'un acte a connues* ». ¹³⁷⁹ Différents éléments caractérisent cette codification. D'une part, elle ne porte *a priori* que sur les actes communautaires dérivés.¹³⁸⁰ Elle permet toutefois de simplifier le paysage législatif de l'Union puisqu'elle va regrouper dans un seul acte plusieurs actes disparates, ces derniers ne produisant plus aucun effet à compter de la date d'entrée en vigueur du texte codifié. D'autre part, à la différence de la codification internationale, elle n'a pas pour vocation de développer, faire évoluer le droit communautaire existant.¹³⁸¹ La codification s'opère à droit constant, aucune modification de fond ne pouvant être apportée ni par la Commission, ni par le Parlement, ni par le Conseil.¹³⁸²

414. Pour autant, cette codification ne se confond pas totalement avec notre modèle de codification à droit constant. L'ambition n'est en effet pas la même. En France, la Commission supérieure de codification entend mettre sous forme de codes l'ensemble du droit existant. Au niveau communautaire, il n'existe tout d'abord pas d'institution spécifique

¹³⁷⁷ POILLOT-PERUZZETTO S., « La codification du droit de l'Union européenne », in BEIGNIER B. (dir.), *La codification*, Thèmes et commentaires, Dalloz, 1996, p 150.

¹³⁷⁸ Accord inter-institutionnel du 20 décembre 1994, relatif à une méthode travail accélérée en vue d'une codification officielle des textes législatifs, *précité*, § 1 spéc.

¹³⁷⁹ POILLOT-PERUZZETTO S., « La codification du droit de l'Union européenne », in *La codification*, page 153.

¹³⁸⁰ MAGNIN S., « La codification du droit communautaire », *AJDA* 1997, page 678.

¹³⁸¹ COT J.-P., « La codification et la simplification du droit communautaire », in *Mélanges offerts à H. THIERRY*, Pédone, Paris, 1998, page 136.

¹³⁸² Accord inter-institutionnel du 20 décembre 1994, relatif à une méthode travail accélérée en vue d'une codification officielle des textes législatifs, *précité*, §§ 3 et 6.

en charge de la codification.¹³⁸³ La procédure de codification ne se distingue en rien de la procédure législative ordinaire.¹³⁸⁴ Même si l'accord inter-institutionnel de 1994 a mis en place une procédure accélérée, le triangle institutionnel doit préalablement tomber d'accord sur les types d'actes sur lesquels devrait porter la codification.¹³⁸⁵ Ensuite, à l'image de la codification internationale et contrairement à la codification nationale, l'idée de « code » semble être absente de la codification à l'échelle communautaire.¹³⁸⁶ Certains textes portent néanmoins l'appellation de « code ». Ainsi, la directive 2001/83/CE, instituant un code communautaire relatif aux médicaments à usage humain,¹³⁸⁷ regroupe l'ensemble des dispositions en vigueur, soit sept directives, en matière d'autorisation, de mise sur le marché, de fabrication, d'étiquetage, de classification, de distribution et de publicité des médicaments à usage humain. Ce texte correspond bien à la définition donnée de la codification officielle.

415. A l'inverse, le règlement CEE établissant le code des douanes communautaires en 1992¹³⁸⁸ ainsi que le règlement CE créant en 2006 le code frontières Schengen¹³⁸⁹, apportent tout deux des modifications substantielles à la matière qu'ils régissent. On ne peut donc pas les ranger sous la qualification de « codification officielle ». Ces deux « codes » sont la parfaite illustration de ce que l'acception retenue de la codification se télescope avec d'autres notions, telles que celles de consolidation ou de refonte, qui la rendent par conséquent moins lisible.¹³⁹⁰ D'un côté, la consolidation permet le regroupement dans un même texte des différentes modifications d'un acte législatif, sans que le texte consolidé n'obtienne au final une quelconque valeur juridique. C'est la raison pour laquelle elle porte aussi le nom de « *codification officieuse* ». ¹³⁹¹ Elle est effectuée à droit constant, uniquement par le

¹³⁸³ DUQUENNE A., *La codification du droit communautaire*, Thèse sous la dir. du Professeur MOLINIER J., Université de Toulouse I, 2000, page 9.

¹³⁸⁴ Accord inter-institutionnel du 20 décembre 1994, relatif à une méthode travail accélérée en vue d'une codification officielle des textes législatifs, *précité*, § 5 : « Le processus législatif normal de la Communauté sera intégralement respecté ».

¹³⁸⁵ Accord inter-institutionnel du 20 décembre 1994, *précité*, § 2. Il faut ajouter que deux critères permettent de sélectionner les textes destinés à être codifiés : un critère quantitatif (codification des actes au plus tard après leur dixième modification) et qualitatif (en fonction de leur importance ou des priorités que l'Union européenne s'est fixée) : MAGNIN S., « La codification du droit communautaire », *AJDA* 1997, page 682.

¹³⁸⁶ POILLOT-PERUZETTO S., « La codification du droit de l'Union européenne », in *La codification*, p 153 ; DRAGONE S., « La codification communautaire : techniques et procédures », in MORAND C.-A. (dir.), *Légitimité formelle et matérielle*, PUAM, 1999, page 230.

¹³⁸⁷ Directive du PE et CE du 6 novembre 2001 : JO CE du 28 novembre 2001, L, n°311, page 67.

¹³⁸⁸ Règlement n°2913/1992 du Conseil établissant le code des douanes communautaire : JO CE du 19 octobre 1992, L, n°302, page 1.

¹³⁸⁹ Règlement CE n°562/2006 du PE et CE du 15 mars 2006, établissant un code communautaire relatif au régime de franchise des frontières par les personnes : JO UE du 13 avril 2006, L n°105, page 1 et s.

¹³⁹⁰ BLUMANN C. et DUBOIS L., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Litec, 2004, page 129.

¹³⁹¹ POILLOT-PERUZETTO S., « La codification du droit de l'Union européenne », in BEIGNIER B. (dir.), *La codification*, Thèmes et commentaires, Dalloz, 1996, p 153.

Conseil.¹³⁹² De l'autre, la refonte se comprend traditionnellement comme « *l'adoption d'un nouvel acte juridique qui intègre, dans un texte unique, à la fois les modifications de fond qu'il apporte à un acte précédent et les dispositions de ce dernier qui restent inchangées* ». ¹³⁹³ C'est en quelque sorte la procédure législative ordinaire.

416. Cependant, à côté de cette refonte verticale, la pratique a donné lieu à une refonte horizontale permettant l'adoption d'un nouvel acte juridique remplaçant plusieurs actes précédents régissant une même matière.¹³⁹⁴ En dépit de leur désignation, le récent code frontières Schengen¹³⁹⁵ et le plus ancien code communautaire des douanes¹³⁹⁶ sont des refontes horizontales. Pour le second code, il faut d'ailleurs préciser que la refonte a laissé par la suite place à une consolidation, incluant les modifications successives du règlement de 1992. La refonte ne doit-elle pas dès lors être considérée comme une codification déguisée ? Dans les deux cas précités, elle aboutit à une forme relativement aboutie de code. Le code des douanes communautaires fixe en effet le champ d'application, les définitions, les dispositions de base et le contenu du droit douanier communautaire. Le code frontières Schengen, quant à lui, communautarise l'acquis Schengen, ce qui est déjà une révolution en soi,¹³⁹⁷ et développe cet acquis en en comblant les lacunes. Comme le relève Monsieur Vincent Chetail, « *son contenu oscille entre développement progressif et codification de l'acquis* ». ¹³⁹⁸ Il regroupe en effet en son sein les principes régissant le franchissement des frontières intérieures et extérieures de l'Union européenne, tout en s'attachant à les rationaliser. Entré en vigueur le 13 octobre 2006, ce texte mérite incontestablement l'appellation de « code », puisqu'il se

¹³⁹² POILLOT-PERUZZETTO S., « La codification du droit de l'Union européenne », in *La codification*, page 155.

¹³⁹³ C'est la définition donnée par la Communication de la Commission européenne aux PE et CE du 28 novembre 2001, « Codification de l'acquis communautaire », COM 2001, 645, final, JOCE n°77 du 28 mars 2002.

¹³⁹⁴ PETITE M., « La codification et le droit communautaire – L'approche de la refonte », in Journées d'étude à l'occasion du bicentenaire du Code civil, *Le rayonnement du droit codifié*, vol. I, éd. des JO, 2004, page 53.

¹³⁹⁵ Voir la proposition de résolution sur la proposition de règlement du Conseil établissant le code communautaire relatif au franchissement des frontières par les personnes, Rapport Sénat n°170 de M. J.P. Courtois du 2 février 2005 : le rapporteur rappelle que ce code regroupe certes des dispositions dispersées mais en introduit de nouvelles. Il ne s'agit donc pas de codification à droit constant, ni donc de codification officielle.

¹³⁹⁶ Règlement n°2913/1992 du Conseil établissant le code des douanes communautaire, précité, considérant n°2 : souligne à propos de la réglementation douanière des « *modifications apportées en vue de la rendre plus cohérente, de la simplifier et de combler certaines lacunes qui subsistent afin d'adopter une réglementation complète en ce domaine* ».

¹³⁹⁷ Rapport Sénat n°170 de M. J.P. Courtois du 2 février 2005, précité : il est en effet étonnant de vouloir communautariser l'acquis de l'espace Schengen, cet espace étant bien plus large que l'espace communautaire au sens strict.

¹³⁹⁸ CHETAIL V., « Le code communautaire relatif au franchissement des frontières : une nouvelle étape dans la consolidation de l'acquis Schengen », Europe août/septembre 2006, étude n°9, page 4.

présente comme un véritable corpus commun aux Etats membres concernant les règles applicables en matière de politique communautaire d'asile et d'immigration.¹³⁹⁹

417. La codification communautaire recouvre ainsi trois réalités différentes : la codification officielle, la codification officieuse ou consolidation et la codification déguisée ou refonte. Ces trois procédures peuvent se succéder, s'entrecroiser. Ainsi, un texte codifié officiellement, peut être refondu, donc recevoir des modifications substantielles, à de multiples reprises, pour enfin être consolidé dans un document sans valeur juridique, à moins d'être codifié à nouveau.

2) Les écueils de la codification communautaire

418. La codification communautaire présente *a priori* deux écueils majeurs.

419. Premièrement, la codification du droit communautaire se réalise dans une approche sectorielle, parcellaire. Elle ne porte pas en effet sur des pans entiers du droit mais sur des secteurs très précis. Cela s'explique par le fait que la codification se limite aux actes dérivés. Cette codification est donc pléthorique et ne se veut aucunement exhaustive. Pour certains, elle ne renferme pas l'idée d'ordonner la législation existante, comme l'ambitionne notre codification à droit constant.¹⁴⁰⁰ Ce manque d'ordre mais aussi de systématisation expliquerait que la notion de « droit commun » soit par conséquent absente du modèle communautaire de codification.¹⁴⁰¹ A l'image de la codification internationale, la frontière semble ici tenue entre codification et législation, même si la codification est perçue par les institutions communautaires comme un instrument permettant de diminuer le volume de la législation en vigueur. Deuxièmement, la codification officielle du droit communautaire ne peut avoir lieu qu'à droit constant. Elle n'entend pas participer à l'essor, au développement du

¹³⁹⁹ Il faut toutefois noter que trois Etats membres, à savoir le Royaume-Uni, le Danemark et l'Irlande, sont restés en dehors du processus d'adoption du code Schengen.

¹⁴⁰⁰ DRAGONE S., « La codification communautaire : techniques et procédures », in MORAND C.-A. (dir), *Légistique formelle et matérielle*, PUAM, 1999, page 230.

¹⁴⁰¹ DUQUENNE A., *La codification du droit communautaire*, Thèse sous la dir. du Professeur MOLINIER J., Université de Toulouse I, 2000, page 11.

droit communautaire.¹⁴⁰² Elle n'a donc pas pour vocation « *de rouvrir le débat quant au fond* »¹⁴⁰³.

420. Toutefois, ce constat semble aujourd'hui dépassé par l'évolution récente de la codification communautaire. D'abord, l'idée de code, jusque là absente, s'est immiscée dans l'ordre juridique communautaire, par le canal de la refonte. En raison du bilan décevant de la codification officielle et de la méthode accélérée mise en place en 1994, les institutions européennes se sont tout naturellement penchées avec plus d'acuité sur la refonte.¹⁴⁰⁴ Ainsi, le code des douanes, puis le code frontières Schengen, régissent des domaines qui sont loin d'être restreints. Le code des douanes notamment remplace vingt-huit règlements et directives au sein d'un seul règlement. Lors de son examen, des modifications ont été apportées afin de rendre la réglementation douanière « *plus cohérente* »¹⁴⁰⁵.

421. Ensuite, on assiste à une codification du droit primaire et non plus du seul droit dérivé.¹⁴⁰⁶ Bien que ne portant pas l'appellation de « code des droits de l'Homme » et de « code constitutionnel », la charte des droits fondamentaux et le projet de constitution européenne en sont la parfaite illustration. Dans les deux cas, la codification déguisée a eu pour objectif d'ordonner et de rendre plus cohérentes les règles existantes, d'y apporter des modifications substantielles. Un changement est en train de s'opérer même si cette codification « *manque d'homogénéisation globale, d'unité conceptuelle, de ciment unificateur...* »¹⁴⁰⁷. Enfin, même la codification officielle opère parfois en pratique des changements substantiels. Comme il n'existe pas de définition de ce qu'il faut entendre par « modification substantielle », c'est la Cour de Justice qui arbitre au cas par cas et apprécie si la substance du droit a été atteinte ou non.¹⁴⁰⁸ Cet objectif de droit constant revendiqué « *est*

¹⁴⁰² COT J.-P., « La codification et la simplification du droit communautaire », in Mélanges offerts à H. THIERRY, Pédone, Paris, 1998, page 136.

¹⁴⁰³ DRAGONE S., « La codification communautaire : techniques et procédures », précitée, page 242.

¹⁴⁰⁴ PIRIS J.-C., « La codification et le droit communautaire », in Journées d'étude à l'occasion du bicentenaire du Code civil, *Le rayonnement du droit codifié*, vol. I, éd. des JO, 2004, page 69.

¹⁴⁰⁵ Règlement n°2913/1992 du Conseil établissant le code des douanes communautaire, *précité*, considérant n°2.

¹⁴⁰⁶ PIRIS J.-C., « La codification et le droit communautaire », in Journées d'étude à l'occasion du bicentenaire du Code civil, *Le rayonnement du droit codifié*, vol. I, éd. des JO, 2004, page 69 : l'auteur considère que la constitution européenne est un bon exemple de ce qu'il est possible de faire lorsqu'il y a une forte pression politique et que ces progrès réalisés au niveau du droit primaire devraient l'être de la même façon au niveau du droit secondaire.

¹⁴⁰⁷ DUQUENNE A., *La codification du droit communautaire*, Thèse sous la dir. du Professeur MOLINIER J., Université de Toulouse I, 2000, page 12.

¹⁴⁰⁸ DRAGONE S., « La codification communautaire : techniques et procédures », précitée, page 242.

rarement mené à bien »¹⁴⁰⁹, comme on a pu le constater de façon analogue sur le plan interne.

422. A l'échelle communautaire, la codification connaît donc une acception particulière, se détachant de la conception en droit international. La codification communautaire est moins ambitieuse que l'internationale. Elle n'inclut nullement la volonté de procéder au développement du droit communautaire. Ne pouvant procéder à des modifications substantielles, elle ne rationalise en rien le droit en vigueur au sein de l'Union. D'où la nécessité en quelque sorte d'inventer ou réinventer une dynamique propre à la codification européenne.

Section II - La nécessité d'une dynamique propre à la codification européenne

423. Chaque conception de la codification dans son champ d'action ne donne pas pleinement satisfaction pour mener à bien le projet de code civil européen. Il faut en priorité écarter l'idée d'une codification nationale du droit civil européen, pour plusieurs raisons. Tout d'abord, l'idée de faire une place aux sources européennes dans chaque code civil interne ne conduira pas à créer un véritable droit européen commun en matière civile. En effet, cette incorporation risque au contraire de créer des divergences importantes d'un code à l'autre. Pour preuve, le code de droit international privé allemand a codifié en son sein les règles internes applicables à la matière ainsi que les règles internationales. Il en résulte au final que certaines normes internationales ont été adaptées en fonction de certains concepts internes de la matière. Si chaque Etat membre fait de même, le droit civil européen risque d'être quelque peu éparpillé et de manquer singulièrement d'homogénéité. Cette codification perd alors de son intérêt. Ensuite, il faut reconnaître que, de manière générale, les Etats membres peinent à intégrer les normes européennes au sein de leurs codes civils, et que s'ils venaient à le faire, cette codification ne pourrait avoir lieu que sur le modèle peu efficace de la codification à droit constant. On pourrait dès lors envisager qu'à titre individuel, chaque Etat membre

¹⁴⁰⁹ BLUMANN C. et DUBOIS L., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Litec, 2004, page 130.

s'attèle à ranger les textes européens dans un code particulier.¹⁴¹⁰ Mais là encore, la mosaïque des codes ne permettra pas de renforcer l'unité du droit civil européen. Enfin, la conception réformatrice de la codification est la seule à présenter des avantages majeurs. Si l'idée était élevée au niveau communautaire, elle serait la mieux à même de développer un droit commun en matière civile. Cependant, elle s'est déployée dans un contexte purement national, difficilement assimilable au contexte européen.¹⁴¹¹

424. La codification à l'échelle régionale s'impose. L'Union européenne étant une organisation régionale particulièrement intégrée, la conception internationale de la codification, en partie tributaire de la souveraineté des Etats, ne devrait pas prévaloir. Le contexte européen diffère trop du contexte international classique. En outre, le projet d'élaborer et de mettre en place un code civil européen a été déclenché par les institutions communautaires. Cependant, il ne faut pas trop nourrir d'illusions sur la conception communautaire actuelle de la codification. Elle présente des écueils considérables. Il y a peu de chances pour qu'elle parvienne à rendre plus cohérent et plus unitaire ce magma informe que reste pour le moment le droit civil européen.

425. Il faut donc aussi rejeter toute espérance de codifier sur ce modèle, tel qu'il existe. Si d'aventure un code civil européen était élaboré suivant ce processus, le risque serait grand de donner naissance soit à une codification officielle parcellaire, sans approche globale de la matière civile, soit à une codification officieuse, se livrant à une véritable refonte de la matière, d'origine probablement doctrinale, mais sans valeur juridique contraignante. Pour éviter cela, il s'avère nécessaire de réinventer la codification à l'échelle européenne. Sous l'influence du contexte européen, la codification doit être en quelque sorte « transfigurée »¹⁴¹². Elle devra cependant remplir deux finalités *sine qua non*. D'une part, elle doit parvenir à rationaliser véritablement le droit civil européen. C'est une nécessité (paragraphe I). D'autre part, elle doit être conçue au sein de l'union européenne comme un instrument privilégié d'harmonisation (paragraphe II).

¹⁴¹⁰ KESSEDIAN C., « La mondialisation du droit : un défi pour la codification », in *1804-2004 Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, Université Panthéon-Assas (Paris II), Dalloz, 2004, page 925.

¹⁴¹¹ La codification réformatrice est en effet liée à la forte volonté politique de Napoléon, volonté qui ne semble pas se retrouver au niveau européen selon : BEAUTHIER R. et RORIVE I., « Le paradis perdu de la codification : un éden à reconquérir ? », *Revue de l'ULB* 2003, page 11.

¹⁴¹² Au sens de transformée en l'améliorant.

Paragraphe I - Le besoin codificateur au sein de l'Union européenne

426. La codification considérée comme progressiste et d'avant-garde au début du XIX^{ème} siècle, peut-elle encore l'être au XXI^{ème} siècle ?¹⁴¹³ De façon cyclique, la codification a connu des périodes de splendeur, des périodes de misère. C'est une sorte de phénix qui renaît continuellement de ses cendres. La codification a su en effet à chaque époque se renouveler, s'adapter aux besoins nouveaux.¹⁴¹⁴ Selon la théorie chère à Bruno Oppetit, « *l'évolution du droit contemporain est susceptible de s'accomplir par cycles, au cours desquels on assisterait à des alternances d'essor, de disparition ou de renouveau de telle ou telle institution, voire même des retours en arrière* », « *ce mouvement résultant de l'évolution des besoins sociaux eux-mêmes* »¹⁴¹⁵. Cette tendance régressive n'est pas prête de trépasser. La codification a encore de l'avenir. Le phénomène de complexification du droit est d'ailleurs loin de « *sonner le glas de la formule codificatrice* »¹⁴¹⁶. C'est davantage un défi à relever. Imaginer la disparition de la codification comme modèle d'expression de la normativité devient dès lors impensable.¹⁴¹⁷ A l'occasion de l'élaboration du code civil européen, les notions de « code » et de « codification » pourront prendre une dimension nouvelle,¹⁴¹⁸ car débarrassées des conceptions existantes.

427. L'idée d'une codification à l'échelle européenne peut apparaître à ses contradicteurs comme quelque peu « *passéiste* »¹⁴¹⁹. Or, la codification est loin d'être une

¹⁴¹³ C'est la question que se pose de nombreux auteurs, dont : BAUDOIN J.L., « Quo vadis ? », Revue « Les Cahiers de droit », vol.46, n°1-2, mars/juin 2005, n°spécial Colloque de Laval (Québec) des 19, 20 et 21 sept. 2004, page 614.

¹⁴¹⁴ CABRILLAC R., « L'idéologie des tentatives contemporaines de codification : l'exemple français », in *Le code Napoléon, un ancêtre vénéré ?*, op. cit., page 418.

¹⁴¹⁵ OPPETIT B., « Les tendances régressives dans l'évolution du droit contemporain », Mélanges HOLLEAUX, page 319. Dans le même ordre d'idées, voir MALAURIE Ph., « La révolution des sources », LPA 25 juillet 2006, n°147, page 10 : l'auteur parle en effet de « révolution » non pas au sens littéral (changement brusque et violent) mais l'entend comme « *un retour périodique, ce qu'à beaucoup d'égards accomplit la transformation contemporaine des sources du droit, mais avec des faces nouvelles qui en changent la physionomie* ».

¹⁴¹⁶ BAUDOIN J.L., « Quo vadis ? », Revue « Les Cahiers de droit », vol.46, n°1-2, mars/juin 2005, n°spécial Colloque de Laval (Québec) des 19, 20 et 21 sept. 2004, page 619.

¹⁴¹⁷ BAUDOIN J.L., « Quo vadis ? », Revue « Les Cahiers de droit », vol.46, n°1-2, mars/juin 2005, n°spécial Colloque de Laval (Québec) des 19, 20 et 21 sept. 2004, page 623.

¹⁴¹⁸ Il est clair que si on tient par « code » que ce que la doctrine des XVIII^{ème} – XIX^{ème} siècle a entendu par ce terme, le domaine de la codification se restreint singulièrement : GAUDEMET J., « La codification. Ses formes et ses fins », in *Sociologie historique du droit*, coll. Doctrine juridique, PUF, 2000, page 122.

¹⁴¹⁹ WERRO F., « La dénationalisation du droit privé dans l'Union européenne », in *L'europeanisation du droit privé : vers un code civil européen ?*, 1998, page 19.

technique « *archaïque* »¹⁴²⁰ ; elle fait même toujours preuve d'une singulière vigueur et modernité.¹⁴²¹ La codification présente des atouts majeurs dont l'Union européenne aurait tort de vouloir se priver. Il existe de toute manière au sein de l'Union un véritable besoin codificateur. « *Codifier son droit, c'est le rationaliser, l'ordonner, (...) le rendre accessible à tous : autant de qualités indispensables à tout système juridique* »¹⁴²². C'est tout d'abord un outil privilégié pour une Union européenne qui aspire à un droit cohérent, « *clarifié en la forme comme au fond, comme une réaction à un droit qui souffre de l'inflation de la réglementation comme des jurisprudences européennes et aussi d'un déficit démocratique* »¹⁴²³. En théorie, la rationalisation du droit semble être le plus petit dénominateur commun existant entre les divers modèles de la codification.¹⁴²⁴ Cette volonté de remédier aux incohérences et à la dispersion du droit donne toutefois en pratique des résultats contradictoires. A l'image de la codification à droit constant française, ses résultats sont plutôt décevants puisqu'elle se révèle très superficielle et peu durable. L'absence de modification substantielle du droit à l'occasion de cette codification conduit à une fausse rationalisation du droit, seulement « de façade ». Paradoxalement, elle renforce la sectorisation de la matière codifiée plus qu'elle n'aboutit véritablement à sa rationalisation.¹⁴²⁵ La codification européenne devra donc intégrer un objectif de réforme du droit si elle veut aboutir à une rationalisation réelle. Cela sera en effet nécessaire d'une part, pour combler les lacunes existant en matière de droit civil européen, et d'autre part, pour remédier aux incohérences ayant pu se glisser en l'absence d'approche globale de la matière.

428. Ce constat semble conforté par la volonté des institutions communautaires de changer de cap, de passer de la codification à la refonte. Le Parlement avait pris acte très tôt des limites inhérentes à la codification officielle.¹⁴²⁶ Il affirmait déjà que celle-ci « *ne suffira pas pour atteindre l'objectif poursuivi* » et envisageait « *une véritable refonte du droit communautaire* » prenant exemple sur « *les grandes codifications nationales [qui] ont*

¹⁴²⁰ GUY S., « La codification : une utopie », RFDC 1996, page 300.

¹⁴²¹ ASSOCIATION H. CAPITANT, *Les droits de tradition civiliste en question* (A propos des Rapports *Doing Business* de la Banque Mondiale), Vol.1, Société de législation comparée, 2006, page 81.

¹⁴²² ASSOCIATION H. CAPITANT, *Les droits de tradition civiliste en question* (A propos des Rapports *Doing Business* de la Banque Mondiale), Vol.1, Société de législation comparée, 2006, page 81.

¹⁴²³ *Ibidem*, page 81.

¹⁴²⁴ CABRILLAC R., *Les codifications*, PUF, coll. Droit, éthique et société, 2002, page 136 ; MALAURIE P., « Les enjeux de la codification », AJDA 1997, page 642.

¹⁴²⁵ MORAND C.-A., « Eléments de légistique formelle et matérielle », in MORAND C.-A. (dir.), *Légistique formelle et matérielle*, PUAM, 1999, page 25 et s. spéc.

¹⁴²⁶ Résolution PE relative au contrôle de l'application du droit communautaire, JO C n°55 du 24 février 1997, page 47.

procédé ainsi et n'ont pas limité la codification au simple récolement des textes concernés ». La Commission semble avoir entendu cet appel.¹⁴²⁷ Un accord inter institutionnel de 2001, entré en vigueur en mars 2002, prévoit les modalités permettant un recours plus structuré à cette nouvelle technique.¹⁴²⁸ Elle présente l'avantage majeur de combiner codification et modification de la substance.¹⁴²⁹ Seule une codification allant dans ce sens permettra d'arriver à un haut degré de systématisation du droit civil européen. Elle en sera ainsi le ciment unificateur. La complexité normative nécessite une traduction ordonnée, logique, synthétique des règles pour éviter le fractionnement du système communautaire.¹⁴³⁰ Elevée au plan européen, une telle codification aura donc pour mission de clarifier et d'ordonner le droit civil européen.

429. Enfin, au cœur des nombreuses conceptions de la codification, se retrouve la volonté de « *faire connaître des règles de droit* »¹⁴³¹. Ce même souci doit présider à l'entreprise de codification à l'échelle européenne, le principe de transparence étant au cœur des préoccupations de l'Union. Le code a en effet une fonction « *cognitive* », voire « *heuristique* »¹⁴³². Il ajoute un supplément de sécurité juridique à une règle devenue ainsi plus accessible et à laquelle le citoyen européen va pouvoir désormais se fier. Le code est dès lors un instrument primordial, qui « *rapproche l'homme de son droit* »¹⁴³³. On ne cesse de constater que les ressortissants des Etats membres sont davantage attachés à leur propre droit qu'au droit européen. Ils nourrissent le sentiment que ce droit « *venu d'ailleurs* » est trop éloigné d'eux. Un code permettrait ainsi de donner l'image d'un droit européen plus démocratique, plus proche des citoyens.

430. Même si pour l'heure, « *la codification reste envisagée année après année sans réelle conception d'ensemble de l'œuvre de codification* »¹⁴³⁴, l'Union européenne pourrait

¹⁴²⁷ Communication de la Commission européenne aux PE et CE du 28 novembre 2001, « Codification de l'acquis communautaire », COM 2001, 645, final, JOCE n°77 du 28 mars 2002, page 1.

¹⁴²⁸ Accord interinstitutionnel du 28 novembre 2001 « Pour un recours plus structuré à la technique de la refonte des actes juridiques », JO C n°77 du 28 mars 2002, pp 1-3.

¹⁴²⁹ DUTHEIL DE LA ROCHERE J., « Codification et droit de l'Union européenne », in Journées d'étude à l'occasion du bicentenaire du Code civil, *Le rayonnement du droit codifié*, vol. I, éd. des JO, 2004, page 76.

¹⁴³⁰ BAUDOIN J.L., « Quo vadis ? », Revue « Les Cahiers de droit », vol.46, n°1-2, mars/juin 2005, n°spécial Colloque de Laval (Québec) des 19, 20 et 21 sept. 2004, page 624.

¹⁴³¹ GAUDEMET J., « Codes, collections compilations. Les leçons de l'histoire de Grégorius à Jean Chappuis », Droits 1996, n°24, page 3.

¹⁴³² ZENATTI : « Les notions de code et de codification – Contribution à la définition du droit écrit », Mélanges C. MOULY, Tome I, 1998, spéc. pages 250-253

¹⁴³³ MALAURIE P. et MORVAN P., *Introduction générale au droit*, Defrénois, 2004, n°118 et 123.

¹⁴³⁴ MAGNIN S., « La codification du droit communautaire », AJDA 1997, page 682.

s'orienter donc vers une nouvelle conception de la codification, plus adaptée à ses besoins. Cette codification se rapproche, sans se confondre avec elle, de la codification réformatrice française. Elle en a toutes les potentialités, ce qui se révèle être des meilleurs augures pour l'élaboration d'un code civil européen.

Paragraphe II - Pour une codification adaptée au paysage européen : une codification harmonisatrice

431. L'idée de code et de codification s'est réalisée dans son sens moderne avec l'apparition de l'Etat nation. Comme le souligne à juste titre Monsieur Jean-François Niort, « *c'est bien la construction des Etats nations modernes de tradition romano-germanique dont les codes expriment le versant juridique* ». ¹⁴³⁵ Cela n'implique pas pour autant que la codification soit un phénomène purement national. ¹⁴³⁶ La question est plutôt de savoir d'une part, si « *cette technique triomphante au temps du centralisme étatique et du monisme législatif est encore pertinente à notre époque où le droit s'écrit en réseau* » ¹⁴³⁷ et d'autre part, comment elle pourra être adaptée à la logique de construction européenne « *multi-niveaux* ».

432. Tout d'abord, sur le seul plan interne, la fin du monisme législatif a profondément altéré l'acception réformatrice de la codification, qui était liée à une volonté politique très forte et qui avait pour tâche de procéder à l'unification du droit sur le territoire du seul Etat français. ¹⁴³⁸ Le droit moderne était fondé sur un seul foyer de droit, l'Etat, conçu comme la source exclusive du droit. ¹⁴³⁹ Il affichait un ensemble d'attributs intrinsèques, qui caractérisaient identiquement les codes modernes, soit la « *systematicité* », le droit se présentant comme « *un système de normes solidaires et hiérarchisées, reliées entre elles par*

¹⁴³⁵ NIORT J.F., « "Notre code civil..." Quelques remarques sur l'interprétation du code civil français et du code civil du Bas-Canada au Québec », in BEAUTHIER R. et RORIVE I. (sous la dir.), *Le code Napoléon, un ancêtre vénéré ?*, Mélanges offerts à J. VANDERLINDEN, 2004, page 199.

¹⁴³⁶ Contra : pour certains auteurs, « *On a aujourd'hui déchanté de l'universalisme d'un code : un code est un phénomène national, lié à une identité et à une culture nationale, ce qui explique peut-être les difficultés à codifier le droit européen* » : MALAURIE P., « Rapport de synthèse », in BEIGNIER B. (dir.), *La codification*, Thèmes et commentaires, Dalloz, 1996, page 207.

¹⁴³⁷ OST J.-F., « La codification : idéal et métamorphoses », JDT 2004, n° spécial Bicentenaire du Code civil, page 227.

¹⁴³⁸ OST J.-F., « La codification : idéal et métamorphoses », JDT 2004, n° spécial Bicentenaire du Code civil, pages 228 et s. spéc.

¹⁴³⁹ CHEVALLIER C., « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », RDP 1998, n°3, page 673.

des relations logiques »¹⁴⁴⁰, linéaires, mais aussi la généralité de la règle de droit et sa permanence. L'horizon post-moderne dévoile aujourd'hui un droit voué au multiple et au complexe.¹⁴⁴¹ Les foyers de droit se sont en effet multipliés et « *les règles de droit semblent surgir de partout, à tout moment, en tout sens* »¹⁴⁴². Les rationalités hiérarchiques et linéaires du droit sont bousculées.¹⁴⁴³ La règle de droit se soucie du détail à l'excès et tend par conséquent à être frappée plus rapidement d'obsolescence.¹⁴⁴⁴

433. Le droit européen est un lieu privilégié pour ce droit que Monsieur Jacques Chevallier qualifie de « *post-moderne* ». C'est un droit complexe, foisonnant, qui peut aussi se révéler éminemment « *flexible* », par des mécanismes de marges laissées aux États membres afin qu'ils mettent leur droit soit en conformité, soit en compatibilité. La transposition des directives ou l'existence de standards européens en sont des exemples. La construction européenne se situerait donc « *aux antipodes de l'unitarisme moderne* »¹⁴⁴⁵. A l'origine d'une superposition des ordres juridiques nationaux et européen, elle complique *a fortiori* l'entreprise de codification, sans à nos yeux la rendre impossible. Comment réintroduire la codification et ses bienfaits majeurs dans le champ d'action du droit européen afin de réduire le complexe au multiple, d'ordonner le pluralisme juridique existant ?

434. Il faut concevoir la codification comme un instrument privilégié d'harmonisation. Pour Madame Mireille Delmas-Marty, codification et harmonisation sont pourtant à dissocier. L'auteur assimile l'harmonisation à un processus incluant l'objectif d'intégration, qui se contente d'une intégration imparfaite sans imposer l'unification. Ce serait donc une alternative à un impossible isolement et à une impossible codification supranationale, même si elle était limitée à l'Europe.¹⁴⁴⁶ Ainsi, le flou des principes directeurs s'opposerait à la précision des codes.¹⁴⁴⁷ Se trouve mis en avant le fait que « *le pluralisme renvoie à la dispersion, au libre mouvement, alors que l'idée de mise en ordre invite à penser en terme de*

¹⁴⁴⁰ CHEVALLIER C., « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », RDP 1998, n°3, page 665.

¹⁴⁴¹ DE BECHILLON D., « L'imaginaire du code », Droits 1998, n°27, page 174.

¹⁴⁴² DELMAS-MARTY M., *Pour un droit commun*, Seuil, 1994, page 52.

¹⁴⁴³ DE BECHILLON D., « L'imaginaire du code », Droits 1998, n°27, page 174.

¹⁴⁴⁴ CHEVALLIER C., « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », RDP 1998, n°3, page 669.

¹⁴⁴⁵ CHEVALLIER C., « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », RDP 1998, n°3, page 672.

¹⁴⁴⁶ DELMAS-MARTY M., *Le pluralisme ordonné – Les forces imaginantes du droit (Tome II)*, Seuil, 2006, page 71.

¹⁴⁴⁷ DELMAS-MARTY M., *Le pluralisme ordonné, op.cit.*, pages 92-93.

structuration, voire de contrainte ». ¹⁴⁴⁸ Ne peut-on pas penser au contraire qu'il serait possible de mettre en place une codification harmonisatrice, soit une codification enserrée dans un cadre rigide, structuré qu'est le code, mais avec un contenu souple, flexible, propre à favoriser l'harmonisation des droits et non leur unification ? Cette nouvelle conception de la codification passera sans nul doute par un travail sur la substance des règles qu'elle contiendra.

¹⁴⁴⁸ DELMAS-MARTY M., *Le pluralisme ordonné, op.cit.*, page 93.

Conclusion du Chapitre I :

435. Comme le souligne Monsieur Rémy Cabrillac, « *la multiplication des codes dans de nombreux pays du monde traduit ainsi l'épanouissement pérenne des codifications, infirmant un hypothétique déclin parfois pronostiqué par des esprits chagrins* »¹⁴⁴⁹. A l'aune d'un contexte européen original, la codification subit un renouvellement idéal. D'un côté, elle doit se débarrasser des conceptions internes, telles que celle de codification à droit constant, qui sépare à tort l'exercice de réforme de celui de codification proprement dit. De l'autre, elle doit s'affranchir du manque d'ambition à l'échelle communautaire des techniques de codification proprement dites, qu'il s'agisse de la codification officielle ou officieuse, qui se révèlent inadaptées au but poursuivi. Elle doit au contraire s'inspirer de la technique pionnière de la refonte, objet nouveau, s'avérant par conséquent délicat à manier pour le moment,¹⁴⁵⁰ mais qui laisse augurer d'une possible rationalisation des règles communautaires régissant un domaine particulier, regroupées au sein de ce qui s'apparente à un code.

436. En raison de la spécificité du contexte européen, cette codification inédite devra en plus prendre en compte le rôle important et croissant laissé au juge dans l'adaptation et la création de la règle de droit. En effet, selon Monsieur Jean-Pierre Gridel, « *la re-contextualisation du droit, génératrice de pluralisme* » conduit à « *considérer la règle moins comme une logique linéaire et unificatrice que comme un instrument de coordination de solutions à largement abandonner au pouvoir adaptateur des juges* »¹⁴⁵¹. Outre un renouvellement conceptuel, les notions de code et de codification devront donc subir un renouvellement formel.

¹⁴⁴⁹ CABRILLAC R., « Les principes et les méthodes de la codification – Introduction », in Journées d'étude à l'occasion du bicentenaire du Code civil, *Le rayonnement du droit codifié*, vol. I, éd. des JO, 2004, page 17.

¹⁴⁵⁰ PETITE M., « La codification et le droit communautaire – L'approche de la refonte », in Journées d'étude à l'occasion du bicentenaire du Code civil, *Le rayonnement du droit codifié*, vol. I, éd. des JO, 2004, page 57.

¹⁴⁵¹ GRIDEL J.-P., « Le Code civil et l'Europe : influences et modernité (Compte rendu) », *RLDC* 2004, n°11, page 56.

Chapitre II – L’action de codifier soumise à un renouvellement formel

437. Si les diverses acceptions de l’œuvre codificatrice se révèlent inadaptées d’un point de vue idéal, elles le sont corrélativement d’un point de vue formel. Structuré, cohérent, le code doit avoir pour vertu essentielle de permettre le « *recollage* » d’un « *droit en morceaux* »¹⁴⁵². A l’échelle européenne, la codification est par conséquent perçue comme un remède au désordre normatif et un palliatif à l’absence de vue générale en matière civile. Le contexte européen affecte toutefois la forme et la texture du code. Dans cette optique, l’élaboration d’un code civil européen ne pourra avoir lieu sans que la technique législative à l’échelle européenne ne soit bouleversée et sans qu’une certaine effectivité aux règles ainsi codifiées ne soit assurée.

438. Une nouvelle approche de la règle de droit s’impose. Nous sommes face aujourd’hui à un droit post-moderne complexe. Sous l’influence de la diversification des sources, la loi se veut davantage précise et spécialisée, soucieuse de répondre à tous les besoins sociaux. Ainsi, au niveau interne, on légifère trop, sur tout, puis, on range cet amas confus de textes dans des codes. L’échec de la codification à droit constant témoigne d’une législation française de plus en plus bavarde, détaillée à l’excès, que l’on a de plus en plus de mal à endiguer et à remettre en ordre.¹⁴⁵³ Au sein de l’Union européenne, un même sentiment de complexité et de prolixité de la norme européenne domine.¹⁴⁵⁴ Aux yeux du citoyen

¹⁴⁵² CHAMBOREDON A., « La texture ouverte d’un code européen du droit des contrats », JDI 2001, n°1, pages 25-26.

¹⁴⁵³ MALAURIE PH., « La révolution des sources », LPA du 25-07-2006, n°147, page 10.

¹⁴⁵⁴ AZOULAY L., « Autonomie et antinomie du droit communautaire : la norme communautaire à l’épreuve des intérêts et des droits nationaux », LPA du 5-10-2004, n°199, pages 4-5 ; PONZANO P., « Le défi des lois européennes », RDUE 2005, n°3, page 427 ; THUNIS X., « Résistances aux codes, résistance des codes », in BEAUTHIER R. et RORIVE I. (sous la dir.), *Le code Napoléon, un ancêtre vénéré ?*, Mélanges offerts à J. VANDERLINDEN, 2004, page 403.

lambda, l'Europe véhicule l'image, pas toujours fausse, d'une machine à tout réglementer, y compris « *la composition du chocolat* » ou « *la courbure des concombres* »¹⁴⁵⁵.

439. Ainsi, bien que s'étant engagé sans grand résultat dans un processus d'amélioration de la qualité des textes communautaires, le législateur européen doit d'une part repenser sa manière d'écrire les lois. La codification du droit civil européen lui en donnerait l'occasion (Section I). D'autre part, le législateur européen devra assurer l'« effectivité » des règles codifiées, en proposant au code civil européen un support matériel adéquat et en le dotant d'une force juridique plus ou moins contraignante (Section II).

Section I - La formulation des règles codifiées

440. L'approche post-moderne du droit a conduit à la précision et à la spécialisation de la norme, ce qui semble aller à contre-courant d'une codification systématique et générale du droit civil européen. Tant la législation interne qu'européenne exprimeraient, selon Bruno Oppetit, un positivisme à outrance¹⁴⁵⁶. Une nouvelle approche de la règle de droit, et plus particulièrement de sa texture, doit donc être menée par le législateur européen, tout comme le firent les rédacteurs de notre Code civil en leur temps. Ces derniers ont en 1804 adopté une approche « *pragmatique* » de la règle de droit, « *en tant que conception raisonnée* » de la loi.¹⁴⁵⁷ Les rédacteurs se sont ainsi préservés de la dangereuse ambition « *de créer un système de droit fini en lui-même dans lequel les praticiens* » et les jurisconsultes « *n'auraient aucune marge de manœuvre* ».¹⁴⁵⁸ La force indéniable de la codification napoléonienne résidait donc dans « *la facture abstraite et générale des règles posées* »¹⁴⁵⁹, qualités que ne possèderaient plus aujourd'hui les normes créées par le législateur national.

441. Cependant, si l'on peut tirer ces enseignements précieux de l'exemple français de codification, ils ne peuvent à eux seuls résoudre le problème européen, la question ne se posant pas en des termes strictement identiques. Comme le fait remarquer à juste titre

¹⁴⁵⁵ PONZANO P., « Le défi des lois européennes », RDUE 2005, n°3, page 428.

¹⁴⁵⁶ OPPETIT B., « Droit commun et droit européen », in *L'internationalisation du droit : Mélanges en l'honneur de Y. Loussouarn*, Paris, 1994, page 311 et s.

¹⁴⁵⁷ TRAVELY B., « Quel code deux cents ans après ? » (1^{ère} partie), Defrénois 2006, article n°38343, page 390.

¹⁴⁵⁸ TRAVELY B., « Quel code deux cents ans après ? » (1^{ère} partie), Defrénois 2006, article n°38343, page 394.

¹⁴⁵⁹ KESSEDJIAN C., « La mondialisation du droit : un défi pour la codification », in *1804-2004 Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, Université Panthéon-Assas (Paris II), Dalloz, 2004, page 920.

Madame Sylvaine Poillot-Peruzzetto, « *l'ordre communautaire est en quête de règles structurantes, après s'être développé de manière empirique sur le fondement de l'effet utile. Mais ces règles doivent permettre en outre le maintien et l'utilisation des diversités nationales* »¹⁴⁶⁰. Ainsi, le code civil européen devra réunir en son sein un ensemble de principes, qu'auront en commun les Etats membres en matière civile. Un code général sera mieux à même de diminuer la complexité et d'apaiser la prolixité de la norme européenne (paragraphe I). Il faudra en outre privilégier des principes ductiles : une part importante des règles codifiées devra comporter une texture « ouverte », particulièrement adaptée au contexte plurijuridique européen, afin de prendre en compte et de respecter la diversité nationale (paragraphe II).

Paragraphe I - Un code de principes, réducteur de la complexité

442. « *Une norme générale et abstraite, c'est à une telle condition sine qua non qu'une codification peut encore avoir un sens au XXI^{ème} siècle* »¹⁴⁶¹. Il semble en effet que la construction européenne commande un code général ou de principes, « *qui soit le texte de référence pour la cohérence normative, pour la reconstruction d'une législation civile éparpillée qui ne peut être enfermée dans un texte unique et qui en même temps a besoin que son système soit lisible à travers des indications générales* »¹⁴⁶². En outre, il est bien évident que le code civil a une fonction « *d'architecte de l'ordre civil. Il est donc le réceptacle des règles de portée générale* »¹⁴⁶³. Ainsi, nous allons démontrer que l'idée d'un code synthétique doit l'emporter sur la proposition faite par certains auteurs d'un code européen pléthorique.

¹⁴⁶⁰ POILLOT-PERUZZETTO S., « La diversification des méthodes de coordination des normes nationales », LPA du 5-10-2004, n°199, page 19.

¹⁴⁶¹ KESSEDJIAN C., « Le temps du droit au XXI^{ème} siècle. Compatibilité avec la codification ? », Revue « Les Cahiers de droit », vol.46, n°1-2, mars/juin 2005, n°spécial Colloque de Laval (Québec) des 19, 20 et 21 sept. 2004, page 559.

¹⁴⁶² RODOTA S., « Sur l'avenir de la codification », in Journées d'étude à l'occasion du bicentenaire du Code civil, *Le rayonnement du droit codifié*, vol. I, page 212.

¹⁴⁶³ A.C.N.F., « Code civil : les défis d'un nouveau siècle », 100^{ème} Congrès des notaires de France, 2004, page 339.

A) Le rejet d'un code pléthorique

443. La doctrine semble unanime pour rejeter l'hypothèse d'un code civil européen casuistique, celle-ci ne répondant pas aux canons de notre tradition juridique. Avant d'arriver à une telle conclusion, il faut cependant mettre en balance les arguments en faveur et en défaveur d'un code civil européen qui serait pléthorique.

1) Les arguments en faveur d'un code détaillé

444. Peu d'auteurs se sont prononcés sur le degré de généralité ou de précision que devraient revêtir les règles du futur code civil européen. Un auteur néerlandais propose d'élaborer un code civil européen extrêmement détaillé, qui servirait de cadre de référence à tous les systèmes juridiques européens.¹⁴⁶⁴ Pour Monsieur De Geest, ce « *standard code* » contiendrait en théorie un ensemble de règles détaillées qui auraient vocation à couvrir la totalité de la matière contractuelle, le code civil européen devant selon lui se limiter à ce domaine. Cependant, pour des raisons pratiques, ce code ne consisterait pas en un code unique mais regrouperait une multitude de codes, environ une centaine, portant sur des domaines spécifiques.¹⁴⁶⁵ Ainsi, par exemple, un code sur la responsabilité du fait des produits ou un code sur les servitudes prendrait place en son sein. Cet auteur justifie le caractère pointilliste du code, et plus exactement des codes, par le fait qu'une législation pléthorique réponde parfaitement à un droit moderne lui aussi détaillé et élaboré.¹⁴⁶⁶ Il considère de plus qu'un code est censé procurer à son destinataire le maximum d'informations à propos des règles existantes.¹⁴⁶⁷ C'est pourquoi l'auteur préconise que chacun des codes contienne environ cent mille articles, afin d'apporter une solution pratique à plus de cent mille cas concrets.¹⁴⁶⁸ Monsieur De Geest ne voit d'ailleurs aucun obstacle à ce que soit détaillé à l'excès le droit

¹⁴⁶⁴ DE GEEST G., « Towards an (extremely detailed) international standard code », in S.E.C.O.L.A., *Communication from the Commission on european contract law (harmonisation, code, optional code)*, Conférence de Louvain les 30 novembre et 1^{er} décembre 2001, ronéo.

¹⁴⁶⁵ DE GEEST G., « Towards an (extremely detailed) international standard code », précit., § 2.

¹⁴⁶⁶ DE GEEST G., « Towards an (extremely detailed) international standard code », précit., § 5 : « *The main reason is straightforward : codes should be extremely detailed because modern law is extremely detailed and elaborated (millions of detailed legal questions have been solved over the centuries) ».*

¹⁴⁶⁷ DE GEEST G., « Towards an (extremely detailed) international standard code », précit., § 5 : « *It is just a requirement of good information management : a code is meant to provide the user (citizen) with information about the existing legal rules, give full information ».*

¹⁴⁶⁸ DE GEEST G., « Towards an (extremely detailed) international standard code », précit., § 5.

européen, ce travail étant déjà fait selon lui dans de multiples « publications », et rejette même la possibilité de recourir à des articles vagues ou tautologiques.¹⁴⁶⁹ Ce code serait donc une succession de règles précises et prévoyant tous les cas concrets auxquels ces règles s'appliquent. L'auteur en tire deux conséquences. D'une part, la clarté et la précision des règles codifiées seraient telles que serait exclue toute équivoque quant à leur interprétation : le code européen ne nécessiterait donc pas de Cour suprême garantissant une interprétation uniforme des règles.¹⁴⁷⁰ D'autre part, cette législation extrêmement détaillée permettrait de réduire à néant tout risque de divergence entre les Etats membres puisque le droit européen des contrats deviendrait, par la seule adoption de cette législation, parfaitement uniforme.¹⁴⁷¹

445. L'auteur affirme que cette proposition de code extrêmement détaillé serait « *more or less a novelty* »¹⁴⁷², soit plus ou moins une nouveauté. S'il est vrai que notre législation s'est profondément modifiée, écartant l'expression « loi générale » du rang des pléonasmes, il reste que notre code civil repose encore sur un mode général d'énoncé de la règle de droit, comme la plupart des codes du XIX^{ème} siècle. Seul l'ALR, le code civil prussien adopté en 1794, fut le premier et le dernier code casuistique.¹⁴⁷³ « *Extraordinairement détaillé et se perdant dans une casuistique pléthorique, ce code avait comme prétention de préciser les devoirs de l'homme jusqu'au moindre détail de sa vie privée dans l'espoir de régler tous les cas possibles. On y trouvait par exemple des dispositions qui réglementaient le devoir de la mère d'allaiter selon un horaire fixé par le père* ». ¹⁴⁷⁴ A l'origine supplétif, il finit cependant par s'imposer comme la source de droit civil quasi-exclusive, tendant à évincer les sources jurisprudentielle et doctrinale. Les rédacteurs avaient ainsi prévu, qu'en cas de doute, le juge devait demander les éclaircissements nécessaires auprès d'une commission législative spéciale.¹⁴⁷⁵ En pratique, de nombreuses normes du code civil prussien ne furent jamais appliquées en raison de leur trop grande rigidité.¹⁴⁷⁶ Doté de près de vingt mille paragraphes,

¹⁴⁶⁹ DE GEEST G., « Towards an (extremely detailed) international standard code », précit., § 5.

¹⁴⁷⁰ DE GEEST G., « Towards an (extremely detailed) international standard code », précit., § 13.

¹⁴⁷¹ CABRILLAC R., *Les codifications*, PUF, Coll. Droit, éthique, société, 2002, page 268.

¹⁴⁷² DE GEEST G., « Towards an (extremely detailed) international standard code », précit., § 2.

¹⁴⁷³ LASSERRE-KIESOW V., *La technique législative. Etude sur les codes civils français et allemand*, Thèse sous la dir. de M. PEDAMON, Bibliothèque de droit privé, Tome 371, LGDJ, 2002, pages 65-66.

¹⁴⁷⁴ DUNAND PH., « Le code : une quête d'éternité ? Analyse historique du concept de code », Leçon inaugurale donnée le 9 janvier 2004 à l'Université de Neuchâtel, ronéo, pages 10-11.

¹⁴⁷⁵ DUNAND PH., « Le code : une quête d'éternité ? Analyse historique du concept de code », précité, pages 10-11.

¹⁴⁷⁶ Telle la règle qui prescrit à la mère combien de temps elle doit allaiter son enfant : CABRILLAC R., *Les codifications*, op.cit., page 267.

l'ALR servit de contre-modèle aux codes qui lui ont succédé et qui, quant à eux, contiennent en moyenne deux mille articles.¹⁴⁷⁷

446. Cette idée d'un code intégral et qui se voudrait exhaustif ne remporte pas notre adhésion et semble même, à l'image du code civil prussien, vouée à l'échec.

2) Les arguments contre un code détaillé

447. Les inconvénients d'un code civil européen pléthorique sont en effet multiples.

448. Comme l'affirmait Portalis, « *on ne simplifie pas en prévoyant tout* »¹⁴⁷⁸. A vouloir tout prévoir, tout préciser, le risque est grand d'aboutir à une législation tentaculaire, dans laquelle il sera difficile pour le citoyen européen de s'y retrouver.¹⁴⁷⁹ Regrouper une centaine de codes pour former une législation civile européenne détaillée ne résoudra en rien les maux de prolixité et de complexité reprochés à la norme européenne. La proposition faite par Monsieur De Geest est à rapprocher de la volonté de rassembler la législation française dans une centaine de codes. Or, nous avons déjà constaté que loin d'être simplificatrice, cette codification à droit constant a engendré une complexité accrue, créant un dédale de codes dont le fil échappe même au citoyen le plus aguerri. Un travail de forme n'est pas suffisant : un travail de fond sur les règles de droit s'impose. Dès lors, nous ne sommes pas convaincus qu'un code extrêmement détaillé remplira sa fonction heuristique à l'égard de ses destinataires.

449. En outre, il est bien évident que « mal étreint qui trop embrasse ». Il semble peu réaliste de croire que le législateur européen, tel un devin, pourra augurer de l'ensemble des cas à résoudre. En effet, « *les hommes qui légifèrent ne peuvent posséder une telle connaissance de toutes les combinaisons possibles de circonstances que l'avenir est*

¹⁴⁷⁷ LASSERRE-KIESOW V., *La technique législative. Etude sur les codes civils français et allemand*, Thèse sous la dir. de M. PEDAMON, Bibliothèque de droit privé, Tome 371, LGDJ, 2002, pages 65-66.

¹⁴⁷⁸ PORTALIS est cité par : REMILLARD G., « Codification et mondialisation », Revue « Les Cahiers de droit », vol.46, n°1-2, mars/juin 2005, n°spécial Colloque de Laval (Québec) des 19, 20 et 21 sept. 2004, page 603.

¹⁴⁷⁹ Comme le fait remarquer le Conseil d'Etat dans son rapport public de 1991, « *quand le droit bavarde, le citoyen ne lui porte qu'une oreille discrète* » : MALAURIE PH., « La révolution des sources », LPA du 25-07-2006, n°147, page 11.

susceptible de faire apparaître »¹⁴⁸⁰. Dès lors, on ne peut raisonnablement envisager, selon Hart, « *l'idée d'une règle à ce point détaillée que la question de savoir si elle s'applique ou non à un cas particulier serait toujours résolue d'avance, et n'impliquerait jamais, à l'occasion d'une application effective, un choix nouveau entre différentes solutions possibles* »¹⁴⁸¹. Tout n'est jamais prévisible. Les avancées scientifiques et technologiques notamment engendreront sans cesse des questions de droit nouvelles, insoupçonnées par le législateur. C'est aussi ce qui fait le charme du droit. Si *a priori* le législateur n'a pas vocation à régler toutes les difficultés et doit également « *résister aux incessantes demandes du droit* »¹⁴⁸², *a fortiori* le législateur européen ne doit pas chercher à régir la matière civile dans les moindres détails, ce qui serait mal perçu par les citoyens européens.

450. Enfin, il apparaît clairement que « *cette précision extrêmement détaillée serait aussi d'une rigidité contraire à la nécessaire flexibilité du droit* »¹⁴⁸³. Un code extrêmement détaillé est écrit pour le présent et non pour le futur. Sauf à être sans cesse complété, il deviendra donc vite obsolète et ne pourra pas s'adapter aux nouveaux besoins sociaux.¹⁴⁸⁴ On devine que l'exhaustivité ainsi envisagée de ce code n'a pour seul dessein que de museler le juge, notamment européen, en lui conférant une marge de manœuvre quasi-inexistante. En effet, « *le juge a d'autant moins de pouvoir d'appréciation que la législation est casuistique* »¹⁴⁸⁵. Plus les règles de droit sont précises, moins elles sont sujettes à interprétation. Cependant, comme le souligne Monsieur Philippe Malaurie, « *l'interprétation est congénitale à la pensée humaine, surtout lorsqu'elle est normative. Le code extrêmement détaillé susciterait ainsi, et fatalement, des interprétations divergentes* »¹⁴⁸⁶. Il semble dès lors difficile d'évincer le juge. Une part d'incertitude subsistera donc toujours puisqu'elle est inhérente au langage en général et par voie de conséquence au langage juridique en particulier.

¹⁴⁸⁰ HART H.L.A., *Le concept de droit*, trad. de l'anglais par M. van de Kerchove *et alii*, Bruxelles, 1994, page 160.

¹⁴⁸¹ HART H.L.A., *Le concept de droit*, *ibid.*, page 159.

¹⁴⁸² MALAURIE PH., « La révolution des sources », LPA du 25-07-2006, n°147, page 10.

¹⁴⁸³ MALAURIE PH., « Le code civil européen des obligations et des contrats. Une question toujours ouverte », JCP 2002, Doctr. I, n°110, page 282.

¹⁴⁸⁴ KESSEDJIAN C., « Le temps du droit au XXIème siècle. Compatibilité avec la codification ? », Revue « Les Cahiers de droit », vol.46, n°1-2, mars/juin 2005, n°spécial Colloque de Laval (Québec) des 19, 20 et 21 sept. 2004, page 555 : « *A trop légiférer et trop vite, le code ne tarde pas à être obsolète ou pire peut-être le législateur peut renoncer purment et simplement à codifier* ».

¹⁴⁸⁵ LASSERRE-KIESOW V., *La technique législative. Etude sur les codes civils français et allemand*, Thèse sous la dir. de M. PEDAMON, Bibliothèque de droit privé, Tome 371, LGDJ, 2002, page 68.

¹⁴⁸⁶ MALAURIE PH., « Le code civil européen des obligations et des contrats. Une question toujours ouverte », JCP 2002, Doctr. I, n°110, page 282.

451. Comme en témoigne l'expérience du code civil prussien, un code civil européen qui se voudrait exhaustif, intégral serait condamné en pratique à une certaine ineffectivité. Un code synthétique, rassemblant les principes du droit civil européen, semble plus adéquat et plus réaliste.

B) La nécessité d'un code synthétique

452. Suivant les préceptes de Portalis, le législateur européen devrait ainsi « *fixer par de grandes vues les maximes générales du droit* », « *établir des principes féconds en conséquences* » et « *non descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière* ». ¹⁴⁸⁷ Néanmoins, si l'idée d'un code casuistique se révèle totalement inefficace et illusoire, l'idée d'un code de principes est-elle pour autant la solution idéale pour le futur code civil européen ou n'est-elle pas également un leurre, comme le dénonce certains auteurs ? Tout dépendra, en définitive, de ce que nous entendrons par « principes ».

1) Les arguments contre un code de principes

453. Certains auteurs s'opposent à l'idée d'un code de principes, s'interrogeant sur la pertinence d'user de règles formulées sous la forme d'énonciations directrices manquant de finesse et de nuances. Monsieur Giuseppe Gandolfi affirme de façon péremptoire que « *l'élaboration des principes est du ressort de la doctrine mais également de l'enseignement puisque ceux-ci constituent une synthèse rationnelle, la quintessence d'un système dont ils reflètent les caractères généraux et qui est évidemment supposé soit se trouver en vigueur, soit vérifié par sa propre application* » ¹⁴⁸⁸. C'est pourquoi, selon cet auteur, « *tenter donc de formuler les principes d'un hypothétique système futur apparaît incongru, et constitue d'abord une contradiction logique avant que d'être une opération impossible à réaliser* ». ¹⁴⁸⁹ Ce qui est discutable est que cet auteur cantonne le terme de « principes » aux seuls « principes généraux du droit », qui de façon traditionnelle sont dégagés par le juge au terme

¹⁴⁸⁷ Voir le Discours préliminaire au premier projet de code civil : PORTALIS J.-E.-M., *Ecrits et discours juridiques et politiques*, PUAM, 1988, page 26.

¹⁴⁸⁸ GANDOLFI G., Introduction, in *Avant-projet*, page LIII.

¹⁴⁸⁹ *Ibidem*.

d'un travail d'extraction qui consiste à déduire de la législation existante les principes qui l'inspirent.¹⁴⁹⁰ Il faut en outre souligner que ce raisonnement vise avant tout pour l'auteur à justifier du choix fait par l'Académie des privatistes européens d'user de règles précises et détaillées dans son avant-projet de code européen des contrats et a critiqué corrélativement le choix d'autres groupes de travail de recourir à des règles plus générales, dénommées principes.

454. A un degré moindre, Monsieur Rémy Cabrillac se questionne sur la réalisation pour le moins délicate d'un code de principes. Selon cet auteur, « *ne risque-t-on pas d'aboutir à des recueils de préceptes tellement vagues et abstraits qu'ils resteront dépourvus d'application concrète ? Un code de principes généraux ne risque-t-il pas d'être une simple collection de bonnes intentions dépourvues de force juridique et d'application concrète ?* »¹⁴⁹¹ En un mot, un code de principes généraux ne serait-il pas, au même titre qu'un code pléthorique, un vœu pieu ou une utopie ? A nos yeux, le code civil européen ne doit pas consister en une simple déclaration d'intention ou un catalogue de principes généraux. Il doit au contraire se trouver à mi-chemin entre la généralité de la déclaration de droits subjectifs et la précision des codes civils nationaux, qu'il n'a pas vocation à remplacer.

455. Enfin, Monsieur Philippe Malaurie considère pour sa part que « *si réfléchi et raisonnable que soit la méthode, les objections sont multiples : quelle différence entre un principe et une règle ? A supposer qu'il y en ait une, peut-on retirer à la règle de droit ce qui en fait la chair vivante et la réduire à l'état de squelette ? Ce serait se couper complètement des réalités humaines que d'énoncer des dispositions purement conceptuelles et nourries d'abstraction* »¹⁴⁹². Un code de principes constituerait pour lui un code détaché des réalités humaines d'aujourd'hui. Sa critique rejoint d'ailleurs plus généralement celle que font les *common lawyers* à propos de la généralisation abstraite des codes, illustrée par cette phrase célèbre du Juge Holmes « *general propositions do not decide concrete cases* »¹⁴⁹³, soit « les solutions générales ne résolvent pas les cas particuliers ».

¹⁴⁹⁰ DELMAS-MARTY M., *Pour un droit commun*, 1994, Seuil, page 119 et s. spéc.

¹⁴⁹¹ CABRILLAC R., *Les codifications*, op.cit., page 270.

¹⁴⁹² MALAURIE PH., « Le code civil européen des obligations et des contrats. Une question toujours ouverte », JCP 2002, Doctr. I, n°110, page 282.

¹⁴⁹³ Opinion dissidente du Juge HOLMES sous l'arrêt de la Cour suprême des EU du 17 avril 1905, *Lochner c/ Etat de New York* : 198 US 45 (1905).

456. On ne peut souscrire à une telle analyse. Dans sa thèse, Madame Valérie Lasserre-Kiesow démontre d'une part que la généralisation, puisqu'elle cherche à tout englober, rejoint la casuistique, sans pour autant en avoir les inconvénients. Raisonnant à partir du code civil français et du BGB allemand, l'auteur démontre que si ces deux codes ont accordé une place importante aux énoncés généraux, « *c'est uniquement afin qu'ils puissent embrasser toutes les relations juridiques qu'ils sont censés recouvrir et donc qu'ils puissent aussi réciproquement les délimiter si clairement que leur portée soit facilement reconnaissable et que toutes les relations juridiques qu'ils ne visent pas en soient exclues* »¹⁴⁹⁴. Elle en conclut que « *le général n'est général que pour les situations qu'il place sous son signe. Il s'ensuit que le général est toujours dans une certaine mesure particulier* »¹⁴⁹⁵. D'autre part, elle constate que seule une législation générale peut se donner les moyens de réconcilier le « *hiatus* » existant entre « *accélération du temps et codification* »¹⁴⁹⁶.

457. Ces auteurs envisagent donc le code de principes comme un code de principes généraux, donc minimaliste, et non comme un code synthétique. D'où la nécessité de préciser ce que recouvre pour notre part l'expression « code de principes ».

2) Le sens d'un code de principes

458. Conscients que la notion de « principes » est l'une des plus confuses qu'il soit dans la littérature juridique,¹⁴⁹⁷ nous trouvons opportun de s'attarder sur le sens que nous entendons lui donner. En théorie, les principes revêtent en droit le plus souvent deux caractères. D'une part, ils sont habités d'une finalité idéologique, philosophique ou morale, parfois universelle. D'autre part, en raison de leur degré d'abstraction ou de généralité, ils sont censés renvoyer « *à une série a priori illimitée d'applications concrètes* »¹⁴⁹⁸.

¹⁴⁹⁴ LASSERRE-KIESOW V., *La technique législative*, op. cit., page 70.

¹⁴⁹⁵ LASSERRE-KIESOW V., *La technique législative*, op. cit., page 70.

¹⁴⁹⁶ KESSEDJIAN C., « Le temps du droit au XXI^{ème} siècle. Compatibilité avec la codification ? », Revue « Les Cahiers de droit », vol.46, n°1-2, mars/juin 2005, n°spécial Colloque de Laval (Québec) des 19, 20 et 21 sept. 2004, page 559.

¹⁴⁹⁷ BRISSON J.-F., « Règles ou principes ? Le code civil à l'épreuve du droit public : transversalité et transcendance », in SAINTOURENS B. (sous dir.), *Le code civil, une leçon de légistique ?*, coll. Etudes Juridiques, Tome n°24, Economica, 2006, page 85.

¹⁴⁹⁸ BRISSON J.-F., « Règles ou principes ? Le code civil à l'épreuve du droit public : transversalité et transcendance », précit., page 88.

Cependant, en pratique, la frontière entre « principe » et « règle » est plutôt ténue.¹⁴⁹⁹ Ainsi, si les auteurs des Principes Lando ont choisi la dénomination de « principes », ils conviennent eux-mêmes que, en leur donnant parfois une substance si précise, le terme de « règles » serait plus adéquat.¹⁵⁰⁰ Or, nous pensons que la distinction entre règle et principe ne doit pas être faite en termes de généralité ou de précision, mais plutôt en termes d'identité ou de proximité. Ainsi, concernant la règle, « *soit elle s'identifie parfaitement à une situation simple et donne une solution juridique nette en terme de conformité ou de non-conformité, soit elle ne s'identifie pas et devient inopérante* »¹⁵⁰¹. A l'opposé, les principes restent applicables dans les hypothèses les plus complexes, qui sont jugées en terme de compatibilité.¹⁵⁰² C'est pourquoi, loin de vouloir escamoter le débat, nous entendrons le terme de principes au sens de normes tant générales que précises, recherchant non pas un rapport d'identité mais de proximité. Ces « *normes primaires* » constitueront la « *matrice commune* »¹⁵⁰³ du droit civil européen.

459. En effet, comme le souligne Madame Catherine Kessedjian, « *un code devrait être un ensemble de normes primaires au sens de Hart ou de Bobbio, c'est-à-dire un ensemble de normes qui règlent la conduite entre les sujets de droit alors que les normes secondaires sont des normes d'application. Ainsi, quand la société évolue, les normes primaires restent stables car elles expriment des valeurs profondes, loin des effets de mode, autour desquelles s'est développé le contrat social. Les normes secondaires peuvent changer. Elles ne servent qu'à adapter temporairement les normes primaires* »¹⁵⁰⁴. Le code civil

¹⁴⁹⁹ Sur la notion de « principe », voir la thèse de Monsieur Patrick MORVAN : *Le principe de droit privé*, éd. Panthéon-Assas, coll. droit privé, 1999. Du même auteur, « Principes », in *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la dir. de D. ALLAND et S. RIALS, Lamy/PUF, éd.2003, page 1201 et s. De même, BRISSON J.-F., « Règles ou principes ? Le code civil à l'épreuve du droit public : transversalité et transcendance », in SAINTOURENS B. (sous dir.), *Le code civil, une leçon de légistique ?*, coll. Etudes Juridiques, Tome n°24, Economica, 2006, page 89 : selon cet auteur, un principe n'est pas forcément général ; parfois technique et au champ d'application étroit, il se rapproche de l'idée de règle de droit.

¹⁵⁰⁰ PRIETO C., « Une culture contractuelle commune en Europe », in *Regards croisés sur les principes du droit européen du contrat et sur le droit français*, PUAM, 2003, page 41 : l'auteur s'appuie sur l'article de TALLON D., « Les principes pour le droit européen du contrat : quelle perspective pour la pratique ? », Defrénois 2000, art. n°37182.

¹⁵⁰¹ DELMAS-MARTY M., *Pour un droit commun*, Seuil, 1994, page 139.

¹⁵⁰² DELMAS-MARTY M., *Pour un droit commun*, op.cit., page 139.

¹⁵⁰³ Cette expression est empruntée au Professeur POILLOT-PERUZZETTO. Selon cet auteur, l'Europe doit rechercher « des matrices communes, comme des directives ou décisions-cadres renvoyant à une sorte de métalangage commun, postulant l'existence de catégories universelles au delà des solutions nationales divergentes » : POILLOT-PERUZZETTO S., « Trajectoire du droit et construction européenne », RJCom 2006, page 219.

¹⁵⁰⁴ KESSEDIAN C., « Le temps du droit au XXIème siècle. Compatibilité avec la codification ? », Revue « Les Cahiers de droit », vol.46, n°1-2, mars/juin 2005, n°spécial Colloque de Laval (Québec) des 19, 20 et 21 sept. 2004, pages 556-557.

européen ne devrait donc refléter que ces normes primaires. Seules ces règles devraient être accessibles à tous et par conséquent formulées dans un langage compréhensible par tous.¹⁵⁰⁵ Or, certains auteurs¹⁵⁰⁶ doutent que l'on sache encore écrire le droit sous une forme générale et abstraite, même si les divers projets doctrinaux européens témoignent du contraire. La tâche ne sera toutefois pas aisée.

460. Si « *une des grandes difficultés de toute codification, et plus particulièrement pour un code civil, est le choix des règles, des principes ou des normes qui doivent y être insérées pour former un tout à la fois cohérent, précis et significatif sans être exhaustif* »¹⁵⁰⁷, il revient au législateur européen de « *trouver les règles les plus fondamentales et significatives et les exprimer de façon à laisser à des lois particulières le soin de les compléter* »¹⁵⁰⁸. Cependant, à côté des formulations générales, des règles plus précises prendront fatalement place au sein du code civil européen. Loin d'être casuistique, le code ne doit pas renoncer à formuler les conséquences pratiques fondamentales qui découlent des normes générales.¹⁵⁰⁹ Pendant de nombreuses années, force est de constater que l'ordre communautaire s'est développé autour de deux tendances : d'une part, de façon empirique par le biais d'objectifs, à l'instar du principe de libre circulation, et d'autre part, sur l'énumération de règles à fort degré de technicité comme celles figurant dans les règlements ou directives communautaires.¹⁵¹⁰

461. Or, comme le fait remarquer Madame Sylvaine Poillot-Peruzzetto, la méthode empirique, certes efficace, a aujourd'hui atteint ses limites.¹⁵¹¹ On pourrait en dire de même de la législation tatillonne découlant des actes de droit dérivé. Par conséquent, le législateur européen doit renouveler la technique législative, recourir à « *des règles structurantes* »¹⁵¹². Il devra trouver un point d'équilibre entre la part du général ou de l'abstraction et la part du particulier ou du concret au sein du code civil européen. Comme le remarque à juste titre

¹⁵⁰⁵ LASSERRE-KIESOW V., *La technique législative*, op. cit., page 89.

¹⁵⁰⁶ KESSEDJIAN C., « Le temps du droit au XXI^e siècle. Compatibilité avec la codification ? », Revue « Les Cahiers de droit », vol.46, n°1-2, mars/juin 2005, n°spécial Colloque de Laval (Québec) des 19, 20 et 21 sept. 2004, page 559.

¹⁵⁰⁷ REMILLARD G., « Codification et mondialisation », Revue « Les Cahiers de droit », vol.46, n°1-2, mars/juin 2005, n°spécial Colloque de Laval (Québec) des 19, 20 et 21 sept. 2004, page 603.

¹⁵⁰⁸ REMILLARD G., « Codification et mondialisation », *ibid.*, page 604.

¹⁵⁰⁹ BAUDOIN J.-L., « Réflexions sur la codification comme mode d'expression de la règle de droit », Mélanges J.-C. SAUVEPLANNE, Kluwer, page 23.

¹⁵¹⁰ DELMAS-MARTY M., *Pour un droit commun*, Seuil, 1994, page 136.

¹⁵¹¹ POILLOT-PERUZZETTO S., « Trajectoire du droit et construction européenne », RJCom 2006, page 208.

¹⁵¹² POILLOT-PERUZZETTO S., « La diversification des méthodes de coordination des normes nationales », LPA du 5-10-2004, n°199, page 19.

Monsieur Alain Sériaux, on ne saurait régler le droit des successions comme le droit des contrats ou de la propriété : le premier requiert en effet des dispositions très techniques alors que les seconds méritent un appareil législatif nettement moins pointilleux.¹⁵¹³ En somme, le code civil européen réunira en pratique des normes plus ou moins générales, englobées sous le terme générique de « principes ». Ce code constituera le corps du droit civil européen dans lequel les actes communautaires de droit dérivé pourront s'inscrire, en découler ou s'y rattacher.¹⁵¹⁴ Il faudra donc que préalablement le législateur veille à ce que ces actes ne viennent pas contredire les normes primaires.¹⁵¹⁵

462. Concevoir le code civil européen plutôt comme un code général ou de principes « *que comme une législation détaillée* » laissera « *l'espace nécessaire à une certaine diversité régionale en Europe* »¹⁵¹⁶. A cette fin, le code civil européen doit être résolument ouvert dans sa texture, offrir au juge un rôle central, car « *c'est grâce à lui que la norme codifiée prendra tout son sens* »¹⁵¹⁷.

Paragraphe II - Un code « à texture ouverte », respectueux de la diversité

463. Nous avons traditionnellement une vision assez figée de la norme, pour certains auteurs « *une conception statique, voire sacralisée et particulièrement dans les systèmes où la norme a été codifiée* »¹⁵¹⁸. Or, nous avons vu que le contexte européen conduit à « *reconsidérer notre conception de la règle de droit* »¹⁵¹⁹, à « *relativiser la norme* »¹⁵²⁰.

¹⁵¹³ SERIAUX A., « Le frêle pouvoir de durer : la permanence du code civil des français de 1804 à nos jours », RRJ 2006, n°1, page 19.

¹⁵¹⁴ MALINVAUD PH., « Réponse -hors délai- à la Commission européenne : à propos d'un code européen des contrats », D.2002, chron. page 2547 : « *Si unification il doit y avoir, celle-ci ne peut raisonnablement s'opérer qu'au niveau des grands principes en laissant des règles d'application soit à la disposition de chacun des Etats, soit à la dépendance de directives* ».

¹⁵¹⁵ TRAVELY B., « Quel code deux cents ans après ? » (2^{ème} partie), Defrénois 2006, page 497 : pour cet auteur, il faut « *distinguer les lois de circonstances des principes généraux qui sont déjà plus que de simples règles de droit, et faire en sorte que les seconds ne soient pas mis à mal par les premières* ».

¹⁵¹⁶ VAN HOECKE M., « L'idéologie d'un code civil européen », in BEAUTHIER R. et RORIVE I. (sous la dir.), *Le code Napoléon, un ancêtre vénéré ?*, Mélanges offerts à J. VANDERLINDEN, 2004, page 478.

¹⁵¹⁷ KESSEDIAN C., « Le temps du droit au XXI^{ème} siècle. Compatibilité avec la codification ? », *ibid.*, page 559.

¹⁵¹⁸ POILLOT-PERUZZETTO S., « Trajectoire du droit et construction européenne », RJCom 2006, page 219.

¹⁵¹⁹ CHAMBOREDON A., « La texture ouverte d'un code européen du droit des contrats », JDI 2001, n°1, page 26.

¹⁵²⁰ POILLOT-PERUZZETTO S., « Trajectoire du droit et construction européenne », RJCom 2006, page 219.

Pensée en termes de proximité et non d'identité, la norme s'ouvre à des formulations autres que précises.

464. La construction européenne, au sens large,¹⁵²¹ a permis l'essor ces dernières années du flou du droit.¹⁵²² Face à un contexte plurijuridique, le législateur européen doit donc adapter le style de la codification,¹⁵²³ opter pour des normes faiblement déterminées dans les textes, mais toujours déterminables selon certains critères permettant d'éviter l'effet réducteur de la règle de droit. Ces normes ne sont pas totalement novatrices. Elles existent déjà dans certains codes nationaux où elles revêtent des aspects multiples et sont au cœur de certains projets doctrinaux (A). Toutefois, si à l'échelle interne le recours à des normes flexibles ou souples permet avant tout d'adapter les règles codifiées aux mutations sociologiques sans qu'il soit nécessaire de les retoucher, à l'échelle européenne une telle solution favorisera essentiellement le respect de la diversité nationale, en laissant aux Etats membres une certaine marge de manœuvre dans la mise en compatibilité de leur droit avec le code civil européen (B).

A) La multiplicité des normes « à texture ouverte »

465. L'idée d'un code européen « à texture ouverte », défendue par Monsieur Anthony Chamboredon¹⁵²⁴, rendrait plus plausible, selon cet auteur, l'ambitieux projet de code civil européen. S'appuyant sur les développements de Hart, il explique que « *la texture ouverte de la règle de droit signifie qu'on laisse aux tribunaux ou à l'administration le soin de développer de nombreux points, en établissant un équilibre, à la lumière des circonstances, entre des intérêts concurrents dont le poids varie d'une espèce à l'autre* »¹⁵²⁵. L'auteur prône donc une imprécision des termes, concepts, énoncés laissant au juge récepteur de la norme une marge d'interprétation, soit un « *flou conceptuel* », que certains auteurs distinguent du

¹⁵²¹ C'est surtout à l'Europe des droits de l'Homme que nous faisons référence.

¹⁵²² DELMAS-MARTY M., *Le flou du droit*, Quadriga, éd. 2004, page 13.

¹⁵²³ REMILLARD G., « Codification et mondialisation », Revue « Les Cahiers de droit », vol.46, n°1-2, mars/juin 2005, n°spécial Colloque de Laval (Québec) des 19, 20 et 21 sept. 2004, page 603.

¹⁵²⁴ Voir l'article de CHAMBOREDON A., « La texture ouverte d'un code européen du droit des contrats », JDI 2001, n°1, page 5 et s.

¹⁵²⁵ HART H., *Le concept de droit*, trad. M. VAN DE KERCHOVE, page 168 ; cité par CHAMBOREDON A., précit., page 35.

« *flou opérationnel* », permettant la reconnaissance explicite d'une marge nationale d'appréciation, à l'instar de ce que pratique la Cour de Strasbourg.¹⁵²⁶

466. Architecturalement parlant,¹⁵²⁷ un code est telle une maison qui, outre des murs et une charpente solides, nécessite des portes, des fenêtres et une certaine lumière à l'intérieur : le législateur européen doit donc opérer un travail important sur les matériaux de l'élaboration législative, adopter un style délibérément ouvert, pour laisser au juge le soin d'éclairer et de vivifier l'œuvre codificatrice. A cette fin, le législateur pourra s'inspirer des normes flexibles opérant au sein des codes anciens tel le Code civil français ou le BGB allemand, mais aussi des codes récents comme le code civil québécois ou néerlandais.

1) Les normes à texture ouverte au sein des codes civils nationaux

467. C'est dans une large mesure grâce à la jurisprudence que le code civil de 1804 continue aujourd'hui de s'appliquer à une société de deux cents ans sa cadette.¹⁵²⁸ Comme l'expliquait si bien Gény, « *la jurisprudence n'a pu fonder ses créations les plus saillantes, et édifier ses constructions les plus originales, que sur la base d'une législation écrite, à mailles un peu lâches, à cadres élastiques, à éléments souples, qui, du moins, ne fût pas comme figée et stéréotypée dans l'armature inflexible d'une technique serrée, raide, étroite* »¹⁵²⁹. Si Portalis révélait déjà dans son discours préliminaire une ouverture du code à l'interprétation jurisprudentielle, l'interdiction¹⁵³⁰ faite aux juges de se prononcer par voie de dispositions générales et réglementaires sur les causes qui leur sont soumises ne laissait pas entrevoir un développement tel du pouvoir créateur du juge.

468. Madame Valérie Lasserre-Kiesow met en lumière, dans son étude consacrée à la technique législative des codes civils français et allemand, un relatif échec des techniques de

¹⁵²⁶ La distinction entre « flou conceptuel » et « flou opérationnel » est faite par le Professeur DELMAS-MARTY dans *Le flou du droit*, op.cit., page 15.

¹⁵²⁷ CABRILLAC R., « Introduction », in *Le rayonnement du droit codifié*, vol. I, page 22 : « *Le contenant transcende ainsi le contenu : l'architecture d'un code contribue à mettre en valeur les qualités de ses dispositions techniques* ».

¹⁵²⁸ RORIVE I., « L'image du code dans le contexte de la Common law », in BEAUTHIER R. et RORIVE I. (sous la dir.), *Le code Napoléon, un ancêtre vénéré ?*, Mélanges offerts à J. VANDERLINDEN, 2004, page 203.

¹⁵²⁹ GENY F., « La technique législative dans la codification civile moderne », in *Livre du centenaire*, 1904, Tome 2, page 1020.

¹⁵³⁰ Cette interdiction est celle figurant à l'article 5 du Code civil.

précision, telles que l'utilisation des définitions légales ou des énumérations.¹⁵³¹ Exception faite du flou naturel inhérent au langage juridique en général, elle démontre corrélativement la performance des techniques législatives souples, plus particulièrement du recours à l'énoncé général, des clauses générales ou de l'utilisation de standards. Il est important de préciser ce que recouvrent ces trois techniques.

469. Notre code civil est tout d'abord truffé d'énoncés généraux, à l'image de l'article 1134 du code civil affirmant l'intangibilité des conventions légalement formées ou de l'article 1382 du code civil posant le principe de la responsabilité du fait personnel. Ces énoncés renferment eux-mêmes traditionnellement des concepts juridiques indéterminés, tels les notions de faute ou de dommage figurant à l'article 1382 du code civil, « *dont le juge a su au fil du temps préciser la teneur* »¹⁵³². Ce type d'énoncé donne donc au juge une grande liberté dans la formulation de la solution, lui permettant de prendre en considération les circonstances de chaque espèce, donc de gérer une multitude de situations juridiques non envisagées au départ.¹⁵³³ L'énoncé général se retrouve dans de nombreux codes européens, sous des formes plus ou moins différentes.¹⁵³⁴ Parmi les codes non européens, le nouveau code civil du Québec a adopté un style très ouvert, dans lequel les dispositions générales abondent.¹⁵³⁵

470. Notion voisine des énoncés généraux, les clauses générales du BGB sont des normes légales auxquelles le législateur allemand a donné une portée générale, en leur conférant un contenu volontairement flou, indéterminé. Elles accordent elles aussi un rôle de premier plan au juge allemand, qui s'en est servi pour adapter le droit aux mutations économiques et sociales.¹⁵³⁶ D'un esprit plus généralisateur et plus dogmatique que son homologue français, le BGB comprend, en plus d'une partie générale commune, une partie

¹⁵³¹ LASSERRE-KIESOW V., *La technique législative. Etude sur les codes civils français et allemand*, Thèse sous la dir. de M. PEDAMON, Bibliothèque de droit privé, Tome 371, LGDJ, 2002, page 209. Concernant plus particulièrement les définitions : DEVINAT M., « Les définitions dans les codes civils », Revue « Les Cahiers de droit », vol.46, n°1-2, mars/juin 2005, n°spécial Colloque de Laval (Québec) des 19, 20 et 21 sept. 2004, page 519 et s.

¹⁵³² THIBIERGE C., « Le droit souple. Réflexions sur les textures du droit », RTDC 2003, page 611.

¹⁵³³ LASSERRE-KIESOW V., *op. cit.*, page 206.

¹⁵³⁴ RODOTA S., « Sur l'avenir de la codification », in Journées d'étude à l'occasion du bicentenaire du Code civil, *Le rayonnement du droit codifié*, vol. I, page 212 : l'auteur cite aussi par exemple les koenigles paragraphen du BGB allemand.

¹⁵³⁵ THUNIS X., « Résistances aux codes, résistances des codes », in BEAUTHIER R. et RORIVE I. (sous la dir.), *Le code Napoléon, un ancêtre vénéré ?*, Mélanges offerts à J. VANDERLINDEN, 2004, page 398.

¹⁵³⁶ JAUFFRET-SPINOSI C., La clause générale dans le droit européen du contrat, Conférence SECOLA, Paris 27 et 28 juin 2003.

générale dans chacun de ses livres. En application du principe selon lequel « *le général doit être extrait du particulier et venir se placer devant lui* »¹⁵³⁷, les clauses générales sont par conséquent considérées comme hiérarchiquement supérieures aux autres normes légales et innervent toutes les branches du droit civil allemand.¹⁵³⁸

471. Enfin, les codes civils nationaux ont vu s'épanouir en leur sein des standards, qui sont selon Monsieur Stéphane Rials une technique de formulation de la règle de droit ayant pour effet une certaine indétermination de celle-ci.¹⁵³⁹ Ils occupaient une place importante déjà en 1804 mais ne portaient pas encore une telle appellation. Le terme de « standard », apparu en France seulement au cours des années vingt,¹⁵⁴⁰ est aujourd'hui devenu un incontournable quelle que soit la matière concernée. D'origine anglo-saxonne, cette notion « *recouvre les instruments de mesures des comportements et des situations mis en œuvre par de véritables règles de droit et permettant d'intégrer dans l'ordre juridique des réalités et des valeurs sociales du moment et de moduler ainsi aussi la valeur de la règle de droit* »¹⁵⁴¹. Notre code civil regorge de standards juridiques,¹⁵⁴² qu'ils soient classiques tels que la bonne foi, l'ordre public, l'équité ou les bonnes mœurs, ou plus modernes tel que l'intérêt de l'enfant.¹⁵⁴³

472. Ils confèrent une marge d'appréciation substantielle à celui qui l'applique. En effet, tantôt « *directive générale destinée à guider le juge dans l'administration du droit et à lui donner une idée de son but et de sa finalité* »¹⁵⁴⁴, tantôt « *étalon de la réalité factuelle* »¹⁵⁴⁵ mesurant la conduite moyenne d'une personne dans une situation déterminée, le moins que l'on puisse dire est que le standard n'est pas une norme juridique immédiatement

¹⁵³⁷ LASSERRE-KIESOW V., *op. cit.*, page 73.

¹⁵³⁸ JAUFFRET-SPINOSI C., La clause générale dans le droit européen du contrat, Conférence SECOLA, Paris 27 et 28 juin 2003.

¹⁵³⁹ RIALS S., *Le juge administratif français et la technique du standard (Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, Thèse Paris II, Bibliothèque de droit public, LGDJ, 1980 : l'auteur dépasse dans sa thèse la controverse qui consistait à opposer règle et standard.

¹⁵⁴⁰ Sur l'introduction du standard en droit français et ses développements : BLOUD-REY C., « Standard », in *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la dir. de D. ALLAND et S. RIALS, Lamy/PUF, éd. 2003, page 1439.

¹⁵⁴¹ LASSERRE-KIESOW V., *La technique législative. Etude sur les codes civils français et allemand*, Thèse sous la dir. de M. PEDAMON, Bibliothèque de droit privé, Tome 371, LGDJ, 2002, page 358.

¹⁵⁴² Voir par exemple : MEYZEAUD-GARAUD M.-C., *De la minorité à la majorité : la progression vers la condition juridique de majeur*, thèse sous la direction de B. Vareille, Limoges, 1998, spéc. § 33 et s.

¹⁵⁴³ LASSERRE-KIESOW V., *op. cit.*, pages 371-380 spéc.

¹⁵⁴⁴ SANHOURY A.L., « Le standard juridique », in Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. GENY, Tome II, Paris, 1934, page 145.

¹⁵⁴⁵ MORVAN PH. ET MALAURIE PH., *Introduction générale*, Defrénois, 2^{ème} éd., 2005, page 185.

opérationnelle.¹⁵⁴⁶ Dans une démarche résolument pragmatique, le juge doit en effet prendre connaissance de divers éléments techniques ou sociaux, de droit ou de fait, pour dégager une solution d'espèce. Finalement, à force d'applications, le juge contribue corrélativement à préciser le contenu de la norme chaque fois davantage.¹⁵⁴⁷ Au sein des codes civils nationaux, le standard a principalement pour utilité d'adapter la norme qui le contient aux évolutions sociales, participant à la transformation progressive du droit.¹⁵⁴⁸ C'est pourquoi on remarque que le standard véhiculé par le *bonus pater familias*, issu du droit romain et contenu dans une dizaine d'articles de notre Code civil, a constamment été remis au goût du jour, actualisé par le juge en fonction de l'évolution de la société.¹⁵⁴⁹

473. Le législateur européen pourrait donc s'inspirer de ces normes à formulation floue, à texture ouverte. Les recodifications civiles les plus récentes, telles que celles opérées aux Pays-Bas ou au Québec, s'inscrivent dans cette logique. Ainsi, ces législateurs ont pris délibérément le parti de ne pas tout dire dans ces nouveaux codes. Comme le souligne la doctrine à propos du code civil québécois, « *s'il maintient quant à certaines normes ou notions un flou relatif, c'est qu'il traduit ainsi jusqu'à un certain point les ambivalences et les intérêts diversifiés qui cohabitent dans la société* »¹⁵⁵⁰. Elle en conclut qu'« *il faut voir ces règles comme les pores par lesquels le code peut respirer se vivifier et s'adapter par l'interprétation qui lui sera donnée suivant l'évolution de notre société* ».¹⁵⁵¹ L'intrusion croissante de normes souples témoigne de l'introduction dans les droits nationaux d'un certain réalisme et pragmatisme et surtout de la volonté du législateur d'accorder au juge sa confiance et un rôle important dans la création de la règle de droit. On retrouve *a fortiori* ces mêmes objectifs dans certains projets doctrinaux ambitionnant de constituer les prémisses d'un code civil européen.

¹⁵⁴⁶ JESTAZ PH., « Rapport de synthèse : les standards dans les différents systèmes juridiques », RRJ 1998 n°4, Cahiers de méthodologie juridique, page 1181.

¹⁵⁴⁷ STATI M.-O., Le standard juridique, Thèse Paris, LGDJ, 1927, page 146.

¹⁵⁴⁸ BLOUD-REY C., « Standard », in *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la dir. de D. ALLAND et S. RIALS, Lamy/PUF, éd.2003, page 1441.

¹⁵⁴⁹ MORETEAU O., « Le standard et la diversité », in BUSSANI M. et GRADZIADEI M. (éd.), *Human diversity and the Law – La diversité humaine et le droit*, Stämpfli publishers Ltd., Berne, 2005, page 87.

¹⁵⁵⁰ REMILLARD G., « Codification et mondialisation », Revue « Les Cahiers de droit », vol.46, n°1-2, mars/juin 2005, n°spécial Colloque de Laval (Québec) des 19, 20 et 21 sept. 2004, page 606

¹⁵⁵¹ REMILLARD G., *ibid.*, pages 606-607.

2) Les normes à texture ouverte au sein des projets européens

474. Au niveau européen, l'utilisation des notions indéterminées, des standards est davantage l'apanage du Conseil de l'Europe que celui de l'Union européenne. De par leur caractère vague et imprécis, les droits fondamentaux constituent le terrain d'élection du flou. De façon textuelle, ces droits recèlent non seulement des notions largement indéterminées, comme par exemple la notion de « vie privée » figurant à l'article 8 ConvEDH, mais aussi de multiples standards¹⁵⁵², tels que « ordre public », « société démocratique », « mesure nécessaire » ou « proportionnée ». Ces standards sont essentiellement textuels, certains juges de la Cour européenne des droits de l'Homme rappelant, au gré des opinions séparées, que le but ultime de la Convention est d'établir des standards européens.¹⁵⁵³ En sus de ce flou conceptuel, le système de la ConvEDH connaît un flou opérationnel puisque, en dehors des textes, les juges européens ont très tôt accordé une « marge nationale d'appréciation » au profit des Etats dans la mise en œuvre de la Convention.

475. A l'opposé, l'Union européenne fait une application beaucoup plus modérée des notions souples. Sur le plan conceptuel, les textes communautaires font bien évidemment référence à des notions juridiques que la Cour de justice apprécie parfois de façon autonome, telle que par exemple la notion de « dommage » dans l'affaire *Simone Leitner*.¹⁵⁵⁴ Néanmoins, exception faite de la Charte des droits fondamentaux qui reprend les standards figurant dans la ConvEDH,¹⁵⁵⁵ le législateur n'utilise pas de façon abondante les notions floues. Au sein de l'Union européenne, le flou est même davantage opérationnel que conceptuel, à l'image du mécanisme des directives, laissant une marge de manœuvre aux Etats qui doivent les transposer dans leurs législations internes tout en ayant le choix des moyens pour y parvenir. Toutefois, si ce flou opérationnel conduit dans le système de la ConvEDH à ménager une sorte de « droit à la différence », tel n'est pas identiquement le cas

¹⁵⁵² Il est à noter que nombre de ces standards se situent dans la possibilité offerte aux Etats de déroger à certains droits de la convention sous certaines conditions. Sur la notion de standards dans le droit de la CEDH : LETURCQ S., *Standards et droits fondamentaux devant le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'Homme*, Bibliothèque constitutionnelle et de sciences politiques, LGDJ, 2005.

¹⁵⁵³ Opinion dissidente de M. le juge GÖCÜKLÜ, sous l'arrêt CEDH 22 février 1989, *Barfod c/ Danemark*, § 6 ; voir aussi CEDH (Gde chbre) 4 juillet 2006, *Ramirez Sanchez c/ France*, Requête n°59450/00.

¹⁵⁵⁴ CJCE 12 mars 2002, *Simone Leitner*, aff. C-168/00 : dans cette affaire, la Cour a décidé que le touriste qui a été victime de la mauvaise exécution d'un contrat de voyage à forfait peut demander une indemnisation pour le préjudice moral qui résulte de la perte d'agrément de ses vacances.

¹⁵⁵⁵ Comme le font remarquer les juges ROZAKIS, TULKENS, TRAJA, BOTOCHAROVA, ZAGREBELSKI et GARLICKI dans leur opinion concordante sous l'arrêt CEDH (gde chbre) 30 juin 2005, *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Sirketi c/ Irlande*.

au sein de l'Union. Les directives communautaires de plus en plus détaillées ne laissent *de facto* que peu de marge d'initiative aux législateurs nationaux¹⁵⁵⁶. Ce qui explique peut-être la volonté de certains groupes travaillant à jeter les bases d'un futur code civil européen de mettre davantage l'accent sur le flou conceptuel. Nous prendrons pour exemple les Principes élaborés par la Commission Lando, l'avant-projet Gandolfi de code européen des contrats et les principes de droit européen de la responsabilité civile.

476. Les Principes du droit européen du contrat tout d'abord font une application considérable des notions indéterminées, floues, et plus particulièrement des notions-cadres ou standards. Ils s'inscrivent dans la droite ligne des codes modernes tel le NBW hollandais qui se réfère intensément aux « *open normen* »¹⁵⁵⁷, l'équivalent des standards. Ainsi, à titre d'exemple, la terminologie de la raison et de d'équité, ou expressions voisines, revient dans une centaine d'articles du NBW.¹⁵⁵⁸ Deux standards sont mis plus particulièrement à l'honneur au sein des Principes Lando, la bonne foi et le raisonnable. Ainsi, l'article 1.201 formule un véritable devoir général de bonne foi aussi bien dans la formation que dans l'exécution du contrat, cette règle étant d'ordre public.¹⁵⁵⁹ De même, l'article 1.302 « *trace les contours du standard du raisonnable* », terme que l'on retrouve tout de même dans « *cinquante quatre dispositions des PEDC* ».¹⁵⁶⁰ Les rédacteurs des Principes Lando usent des standards de façon récurrente. Comme le souligne Monsieur Bertrand Fages, « *sans doute peut-on voir dans ce véritable engouement (...) le signe d'un droit souple ; d'un droit fait de délais jamais précisés, de formalités ou de mesures dont le contenu n'est jamais impérativement fixé, d'obligations ou d'efforts à l'intensité variable, ou encore d'attentes ou d'espérances subjectives* »¹⁵⁶¹. Une telle utilisation des standards est critiquée car jugée excessive. Il nous semble au contraire que ce choix est avant tout lié à la matière même du droit des obligations, matière qui se prête particulièrement au style ouvert. Il faut de plus ajouter que les techniques législatives souples sont tempérées par l'utilisation de techniques

¹⁵⁵⁶ BERNARDEAU L., « Droit communautaire et droit des contrats : perspectives d'évolution », CCC décembre 2001, chron. 19, page 6.

¹⁵⁵⁷ THUNIS X., « Résistances aux codes, résistances des codes », in BEAUTHIER R. et RORIVE I. (sous la dir.), *Le code Napoléon, un ancêtre vénéré ?*, Mélanges offerts à J. VANDERLINDEN, 2004, page 398.

¹⁵⁵⁸ INGEN-HOUSZ A., « Du Code civil français aux BW et NBW hollandais. A propos de la règle prédominante de la raison et de l'équité », ronéo, 25 février 2004, page 6.

¹⁵⁵⁹ Cet article dispose que « *Chaque partie est tenue d'agir conformément aux exigences de la bonne foi. Les parties ne peuvent exclure ce devoir ni le limiter* » : voir MESTRE J., « Bonne foi », in RIBEYRE M.-A., « Principes du droit européen du contrat. Regards croisés avec le droit français », Droit et patrimoine avril 2003, n°114, page 42.

¹⁵⁶⁰ FAGES B., « Caractère raisonnable », in RIBEYRE M.-A., « Principes du droit européen du contrat. Regards croisés avec le droit français », Droit et patrimoine avril 2003, n°114, page 44.

¹⁵⁶¹ FAGES B., « Caractère raisonnable », in *op.cit.*, page 44.

de précision, comme l'emploi de définitions, et notamment celles de standards, consistant à indiquer aux interprètes selon quels critères il convient de les déterminer.¹⁵⁶²

477. Bien qu'ils s'en défendent farouchement,¹⁵⁶³ les rédacteurs de l'avant-projet Gandolfi, notamment dans le livre premier consacré aux contrats en général, font eux aussi une utilisation fréquente des standards. Pourtant soucieux de « proposer des règles porteuses d'issues pratiques » non tributaires des mentalités et des traditions nationales, les codificateurs font référence, à titre d'exemple, quarante quatre fois au standard de la « bonne foi » et trente six fois au caractère « raisonnable », sur un total de cent soixante treize articles composant ce livre premier. Enfin, les principes de droit européen de la responsabilité civile, dégagés par le European Group on Tort Law, comportent un article 4.102, d'une extrême précision quant à la définition d'un standard de comportement qui sous-tend l'ensemble des principes. Ce « standard de conduite requis » est entendu comme « celui qu'aurait adopté une personne raisonnable, placée dans les mêmes circonstances, et dépend notamment, de la nature et de la valeur de l'intérêt protégé en question, de la dangerosité de l'activité, du savoir-faire qui pouvait être attendu de la personne engagée de cette activité, de la prévisibilité du dommage, de la relation de proximité ou de confiance particulière entre les personnes impliquées, ainsi que de la disponibilité et du coût des mesures de protection alternatives ».¹⁵⁶⁴ Selon Monsieur Olivier Moréteau, cet article vise ainsi « à harmoniser la manière de juger, notamment dans les systèmes qui, tels le droit français, s'en remettent sur de tels points au pouvoir modérateur du juge »¹⁵⁶⁵, tout en octroyant au juge une marge de manœuvre considérable.

478. Il est bien évident que les notions indéterminées sont incontournables si l'on veut éviter d'aboutir à des règles trop rigides. Comme le souligne Monsieur Anthony Chamboredon, un code européen qui ne serait pas composé de ce type de règles « risque de se

¹⁵⁶² Ibidem.

¹⁵⁶³ Ainsi J.-P. GRIDEL remarque que l'Académie de Pavie « a renoncé à l'énoncé de principes dont la portée parfois aussi vaste qu'indéterminée, est en réalité un obstacle à l'unification effective, tant les déductions et les mises en œuvre se révèlent ultérieurement tributaires des mentalités et des traditions nationales, si tant est que les formulations elles-mêmes n'aient pas été rendues ab ovo impossible par des présupposés conceptuels différents » : in « Sur l'hypothèse d'un code européen des contrats : les propositions de l'Académie des privatistes européens (Pavie), GP 21 et 22 février 2003, page 3.

¹⁵⁶⁴ EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, Principles of european tort law, text and commentary, Wien, Springer, 2005. La traduction française de ces principes est disponible sur le site web du groupe : <http://civil.udg.es/tort>.

¹⁵⁶⁵ MORETEAU O., « Le standard et la diversité », in BUSSANI M. et GRADZIADAI M. (éd.), *Human diversity and the Law – La diversité humaine et le droit*, Stämpfli publishers Ltd., Berne, 2005, page 81.

figer dans une inefficacité permanente »¹⁵⁶⁶. Les normes à texture ouverte présentent l'avantage principal de renfermer un droit à contenu variable, dont le sens peut varier dans le temps et dans l'espace.¹⁵⁶⁷ Ce qui préfigure de l'adaptabilité de ces normes à la diversité des ordres juridiques nationaux.

B) L'adaptabilité des normes « à texture ouverte »

479. Cette approche floue de la norme au sein de l'Union européenne génère *a fortiori* des aspects tant positifs que négatifs. Elle doit donc conduire à une sorte de bilan coûts/avantages, afin d'être certain que les inconvénients ne viennent pas neutraliser les bienfaits escomptés.

480. Si l'on considère positivement le choix d'introduire un maximum de normes ouvertes au sein du code civil européen, il en ressort deux avantages principaux. De manière semblable à l'échelle interne, le style ouvert évite d'une part que le code ne se fige dès son adoption, puisque le droit flou conduit à un droit évolutif. D'autre part, dans le contexte plurijuridique européen, la prévalence des normes indéterminées recouvre une signification particulière. Elles sont donc la solution pour « *élaborer un droit vivant capable d'évoluer et de représenter les valeurs et les pratiques diverses et changeantes présentes dans l'Europe* »¹⁵⁶⁸.

481. A l'opposé, si l'on envisage ce même choix négativement, deux risques inhérents à ce droit flou sont dénoncés. D'un côté, les normes à texture ouverte mèneraient à un droit vague, imprécis, laissant se profiler un droit civil européen incohérent et en rien uniforme. De l'autre, ce droit flou, laissant au juge un pouvoir d'interprétation démesurément important, se révélerait largement imprévisible. Par conséquent, c'est un certain arbitraire du juge dans l'application du droit civil européen qui serait avant tout craint.

¹⁵⁶⁶ CHAMBOREDON A., « La texture ouverte d'un code européen du droit des contrats », JDI 2001, n°1, page 46.

¹⁵⁶⁷ THIBIERGE C., « Le droit souple. Réflexions sur les textures du droit », RTDC 2003, page 612.

¹⁵⁶⁸ GROUPE D'ETUDE SUR LA JUSTICE SOCIALE EN DROIT PRIVE EUROPEEN, « Manifeste pour une justice sociale en droit européen des contrats », RTDC 2005, page 729.

1) Les aspects positifs de l'adaptabilité

482. L'emploi de normes à texture ouverte présente deux avantages majeurs, à savoir une adaptabilité du code à la fois au temps et à la diversité des individus et des traditions nationales.

483. D'une part, cette nouvelle approche résout le hiatus constaté entre l'accélération du temps et la codification.¹⁵⁶⁹ Le flou des notions permet en effet une conception évolutive du droit. Les rédacteurs des Principes Lando précisent ainsi que les PEDC « *ont été élaborés de façon à offrir une souplesse maximale et à pouvoir s'adapter à l'évolution des idées juridiques dans les domaines qu'ils couvrent. La Commission a donc résisté à la tentation de vouloir couvrir toutes les situations envisageables, ce qui (...) aurait pu paralyser les progrès futurs du droit* »¹⁵⁷⁰. L'avantage d'utiliser des clauses générales ou des standards demeure que les normes ainsi adoptées sont malléables à l'infini. Au fil du temps, le juge pourra ainsi procéder à des ajustements et des réajustements en fonction de l'évolution des droits nationaux et de leur rapprochement.

484. Le système de la ConvEDH nous en fournit l'illustration. Ses nombreux standards textuels ont conduit la Cour européenne des droits de l'Homme à les interpréter de façon évolutive, dynamique, et par conséquent à adapter la Convention aux évolutions techniques et sociales. Ainsi, à titre d'exemple, le droit au respect de la vie privée a pu faire face tant aux nouvelles technologies qu'aux évolutions des mœurs, notamment avec la prise en compte progressive par la Cour de Strasbourg du transsexualisme. Cette évolutivité assurera la pérennité du code et évitera ainsi d'avoir à le retoucher ou l'amender postérieurement à son adoption. Le code civil européen devra en effet être modifié le moins possible « *pour conserver sa valeur fondamentale de référence stable* »¹⁵⁷¹.

485. D'autre part, le recours fréquent aux notions cadres ou standards permet d'aboutir à un droit autant que possible respectueux de la diversité des droits et des traditions

¹⁵⁶⁹ KESSEDIAN C., « Le temps du droit au XXI^{ème} siècle. Compatibilité avec la codification ? », Revue « Les Cahiers de droit », vol.46, n°1-2, mars/juin 2005, n°spécial Colloque de Laval (Québec) des 19, 20 et 21 sept. 2004, page 559.

¹⁵⁷⁰ ROUHETTE G., DE LAMBERTERIE I., TALLON D. et WITZ C., *Principes du droit européen du contrat*, 2003, page 26.

¹⁵⁷¹ REMILLARD G., « Codification et mondialisation », Revue « Les Cahiers de droit », vol.46, n°1-2, mars/juin 2005, n°spécial Colloque de Laval (Québec) des 19, 20 et 21 sept. 2004, page 608.

nationales. Comme le souligne à juste titre Monsieur Denis Mazeaud, « *le propre (de ces notions) est précisément de renvoyer à la culture spécifique de celui qui les met en œuvre* »¹⁵⁷². Le juge de droit commun du droit communautaire est en effet le juge national, même si la Cour de Justice a bien évidemment pour tâche d'uniformiser l'interprétation.¹⁵⁷³ Aux prises avec les réalités sociales et les spécificités locales, le juge interne est le mieux à même d'appliquer le droit civil européen.¹⁵⁷⁴ Ainsi, ces normes ouvertes seraient « *l'expression de la marge nationale d'appréciation indispensable pour assurer le maintien d'un certain pluralisme* »¹⁵⁷⁵. Plus précisément, elles sont le reflet d'une marge d'interprétation laissée au juge, qui conduit implicitement à reconnaître une marge nationale d'appréciation, sur le modèle du système de la ConvEDH.¹⁵⁷⁶ Au sein du Conseil de l'Europe, ce mécanisme d'origine jurisprudentiel confère aux Etats membres une marge de manœuvre dans la mise en œuvre des obligations conventionnelles, fondée sur deux arguments, la subsidiarité du système et la préservation du pluralisme.¹⁵⁷⁷ Enfin, comme le met en lumière Monsieur Olivier Moréteau, « *le standard n'est pas en soi un vecteur d'uniformisation, un rouleau compresseur qui nivellerait tout sur son passage. Il est un instrument de dialogue et de médiation, permettant de prendre en compte la diversité, en assurant une égalité de traitement dans l'acte de juger* »¹⁵⁷⁸. Outre le fait qu'il assure le respect de la diversité des traditions nationales, il permet la prise en considération par le juge de la diversité de l'individu lui-même, enserrée dans certaines limites. Sans pour autant considérer que le juge puisse se livrer à une analyse totalement *in abstracto*, le standard l'amène « *à objectiver son appréciation, ce qui se fait de manière abstraite mais à partir du*

¹⁵⁷² MAZEAUD D., « La Commission LANDO : le point de vue d'un juriste français, in L'harmonisation du droit des contrats en Europe », page 145.

¹⁵⁷³ Voir nos développements précédents dans Première Partie, Titre II, Chapitre I.

¹⁵⁷⁴ Dans le même ordre d'idée, la Cour européenne des droits de l'Homme n'hésite pas à affirmer que « *il est inévitable de reconnaître une certaine marge d'appréciation aux autorités nationales qui, grâce à leurs contacts directs et constants avec les forces vives de leur pays, se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur la situation et les besoins locaux* » : CEDH 27 mai 2004, Connors c/ Royaume-Uni, requête n°66746/01, § 82.

¹⁵⁷⁵ MAZEAUD D., « La Commission LANDO : le point de vue d'un juriste français, in L'harmonisation du droit des contrats en Europe », page 146.

¹⁵⁷⁶ Pour plus de précisions sur la marge nationale d'appréciation : TULKENS F. et DONNAY L., « L'usage de la marge d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'Homme. Paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature ? », RSC 2006, n°1, page 3 et s.

¹⁵⁷⁷ IZORCHE M.-L., « La marge nationale d'appréciation, enjeu de savoir et de pouvoir, ou jeu de construction ? », RSC 2006, n°1, pages 29-30.

¹⁵⁷⁸ MORETEAU O., « Le standard et la diversité », in BUSSANI M. et GRADZIADEI M. (éd.), *Human diversity and the Law – La diversité humaine et le droit*, Stämpfli publishers Ltd., Berne, 2005, page 79. Pour cet auteur, « *le standard fait partie des outils de base du juge et du juriste dans tous les systèmes, comme le marteau et le tournevis que l'on trouve dans toute boîte à outils. Il est gage de cohérence, voire même de cohésion sociale. Il garantit l'égalité de traitement des justiciables* » (*ibid.*, page 83).

concret »¹⁵⁷⁹. Par conséquent, cet instrument irait jusqu'à permettre « *de satisfaire le plus grand nombre tout en protégeant les minorités* », puisqu'en « *conduisant à la solution raisonnable, le standard favorise l'épanouissement de chacun* »¹⁵⁸⁰.

486. Toutefois, s'il présente des aspects positifs indéniables, le discours délibérément ouvert du législateur européen aurait aussi, selon ses détracteurs, des incidences dites négatives.

2) Les aspects négatifs de l'adaptabilité

487. Selon certains auteurs, « *cette prolifération de concepts flexibles, fluides, flous* » au sein des projets doctrinaux de code civil européen « *serait source d'insécurité et d'incohérence* »¹⁵⁸¹.

488. D'un côté, un risque d'incohérence menacerait le droit civil européen bâti sur des normes à texture ouverte. L'abondance des normes indéterminées « *condamnerait les principes du droit européen du contrat à une harmonisation artificielle, à une unité de façade* »¹⁵⁸². Pour Monsieur Christophe Jamin, « *fixer des principes identiques ne suffit plus pour assurer la communauté du droit privé des contrats, ni a fortiori pour envisager une codification de la matière qui constitue l'expression ultime de cette méthode. Nous n'aurons qu'en apparence un droit commun, mais la myriade de solutions qui en découlera risque de ne disposer d'aucune cohérence* »¹⁵⁸³. Par conséquent, c'est la fonction unificatrice des standards qui est tout simplement niée.¹⁵⁸⁴ La critique est plutôt convenue. Nous souscrivons à la position de Monsieur Denis Mazeaud, qui remarque que ce risque d'incohérence « *n'a pas été dénoncé, à juste titre d'ailleurs puisqu'il ne s'est pas réalisé, à propos de l'utilisation*

¹⁵⁷⁹ *Ibidem*, page 80.

¹⁵⁸⁰ *Ibidem*, page 89.

¹⁵⁸¹ MAZEAUD D., « La Commission LANDO : le point de vue d'un juriste français, in L'harmonisation du droit des contrats en Europe », page 145.

¹⁵⁸² MAZEAUD D., *ibid.*, page 145.

¹⁵⁸³ JAMIN C., « Un droit européen des contrats ? », in *Le droit privé européen*, DE VAREILLES-SOMMIERES P. (sous dir.), page 55. Du même auteur, « Vers un droit européen des contrats ? (Réflexion sur une double stratégie) », RJCom 2006, n°2, page 97 : selon l'auteur, la diversité culturelle rendrait vain tout effort d'harmonisation car un même texte pourrait ne pas avoir le même sens pour ses interprètes.

¹⁵⁸⁴ BLOUD-REY C., « Standard », in *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la dir. de D. ALLAND et S. RIALS, Lamy/PUF, éd.2003, page 1441.

de standards dans d'autres textes à vocation internationale »¹⁵⁸⁵, telle la Convention de 1980 sur la vente internationale de marchandises. Dès lors, selon lui, « *pourquoi appréhender ici ce que l'on ne redoute point ailleurs ?* »¹⁵⁸⁶. Il est bien évident que tout système laissant une marge de manœuvre peut générer en contrepartie un risque plus ou moins grand de divergences dans l'interprétation et l'application des règles indéterminées. Le code civil européen n'a de toute façon pas vocation à unifier mais à harmoniser. Ceux qui vont jusqu'à penser que la technique du standard serait « *une technique incertaine d'harmonisation des droits* »¹⁵⁸⁷, devraient au contraire de se réjouir de la prise en compte de la diversité des traditions nationales. En effet, « *il n'y a pas lieu de s'inquiéter sur l'aptitude du juge à (...) tirer la quintessence (des standards empruntés à d'autres systèmes juridiques), ni de s'alarmer d'une possible dissidence avec ses collègues européens* »¹⁵⁸⁸.

489. De l'autre, un risque d'insécurité juridique est également dénoncé. Or, les normes indéterminées ne sont pas pour autant indéterminables puisque « *bien qu'imprécis, le droit flou peut parfaitement être déterminé et précisé par le juge* »¹⁵⁸⁹. Les juges nationaux sont eux aussi confrontés aux standards dans la mise en œuvre de leur propre droit et la doctrine n'a jamais souligné à ce niveau une atteinte grave à l'impératif de sécurité juridique. La Cour européenne des droits de l'Homme considère d'ailleurs, qu'à l'échelle interne, il est tout à fait légitime pour le législateur de recourir à des formules plus ou moins vagues,¹⁵⁹⁰ et ne voit là aucune incompatibilité avec la prévisibilité, si différents moyens, tels une interprétation jurisprudentielle nette ou le recours aux travaux préparatoires de la loi, s'offrent aux destinataires pour réduire la marge d'incertitude.¹⁵⁹¹ En réalité, ce n'est pas tant l'insécurité

¹⁵⁸⁵ MAZEAUD D., *ibid.*, page 145. Il faut cependant souligner que certains auteurs observent pourtant la même critique à l'égard du système de la CEDH. Ainsi, le Professeur LEQUETTE affirme que « *les axiomes passe-partout* » de la CEDH conduisent à un dilution de la règle de droit, et à un droit « *fragmenté, éclaté, une poussière de nombreux droits subjectifs sans véritable règle générale* » : « D'une célébration à l'autre : 1904-2004 », in *Le code civil : un passé, un présent, un avenir*, page 24.

¹⁵⁸⁶ *Idem.*

¹⁵⁸⁷ Par exemple, voir LETURCQ S., *Standards et droits fondamentaux devant le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'Homme*, Bibliothèque constitutionnelle et de sciences politiques, LGDJ, 2005, page 229 et s. spéc. Dans le sens même sens : LEQUETTE Y., « Quelques remarques à propos du code civil de M. VON BAR », D.2002, page 2205 : pour cet auteur, le très large emploi des standards dans les PEDC se prêtera forcément à des interprétations centrifuges.

¹⁵⁸⁸ MAZEAUD D., *ibid.*, page 146.

¹⁵⁸⁹ THIBIERGE C., « Le droit souple. Réflexions sur les textures du droit », RTDC 2003, page 612.

¹⁵⁹⁰ CEDH 2 février 2001, Tammer c/ Estonie : requête n°41205/98.

¹⁵⁹¹ CEDH 22 mars 2001, K.-H.W. c/ Allemagne, requête n°37201/97, § 45, reprenant les arrêts CEDH 22 novembre 1995, SW et CR c/ Royaume Uni, requêtes n°20166/92 et 20190/92 : « *Aussi clair que le libellé d'une disposition légale puisse être, dans quelque système que ce soit, y compris le droit pénal, il existe inmanquablement un élément d'interprétation judiciaire. Il faudra toujours élucider les points douteux et s'adapter aux changements de situation* ».

juridique qui est crainte. C'est plutôt le rôle inhabituel conféré au juge qui suscite la suspicion. Or, placer « *le juge en tant que figure de proue de la codification* »¹⁵⁹² ne va pas forcément à l'encontre du système que nous connaissons, puisque le souhait de Napoléon de soumettre les juges au silence et à l'obéissance ne s'est jamais exaucé. Si cela peut poser une question de la légitimité démocratique, il est bien évident que « *tout pouvoir discrétionnaire s'exerce à l'intérieur d'un système de contraintes* »¹⁵⁹³, et que loin de rendre une décision arbitraire, le juge s'appuie toujours sur certains critères et rend une décision nécessairement motivée. Les divers dangers ainsi mis en exergue ne nous semblent pas par conséquent décisifs.

490. Le législateur européen devra donc intégrer davantage de normes à texture ouverte pour que soit élaboré un code civil européen à la fois réducteur de la complexité et respectueux de la diversité des traditions juridiques nationales. Le renouvellement de la technique législative est selon nous au cœur de la codification du droit civil européen. De façon moins novatrice, le législateur devra aussi s'attacher à assurer l'effectivité des règles ainsi codifiées.

Section II - L'effectivité des règles codifiées

491. Si l'effectivité peut être définie comme « *le degré de réalisation, dans les pratiques sociales, des règles énoncées par le droit* »¹⁵⁹⁴, c'est plutôt dans le sens d'efficacité que nous l'entendrons ici, puisque l'effectivité peut aussi bien prise au sens large comme incluant « *tout effet de toute nature qu'une loi peut avoir* »¹⁵⁹⁵. Nous ne nous pencherons donc pas sur le problème trop abscons et lointain de l'adéquation du futur code aux mœurs

¹⁵⁹² KESSEDIAN C., « Le temps du droit au XXIème siècle. Compatibilité avec la codification ? », Revue « Les Cahiers de droit », vol.46, n°1-2, mars/juin 2005, n°spécial Colloque de Laval (Québec) des 19, 20 et 21 sept. 2004, page 560.

¹⁵⁹³ CHAMBOREDON A., « La texture ouverte d'un code européen du droit des contrats », JDI 2001, n°1, pages 42-43.

¹⁵⁹⁴ LASCOUMES P., « Effectivité », in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 1993, cité par COMMAILLE J., in « Effectivité », *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la dir. de ALLAND D. et RIALS S., 2003, page 583.

¹⁵⁹⁵ COMMAILLE J., in « Effectivité », *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la dir. de ALLAND D. et RIALS S., 2003, page 583.

sociales de la population ou sur son accueil par les individus et par les juristes.¹⁵⁹⁶ Il faut plutôt s'attacher d'une part, à la nécessité que le code civil européen se révèle efficace socialement, s'adressant aux citoyens européens en tout premier lieu, et d'autre part, efficace juridiquement, selon la force plus ou moins contraignante qu'il lui sera en définitive accordée. D'un côté, la question du support matériel sur lequel le code civil européen reposera sera abordée (paragraphe I) et de l'autre, le choix d'un code juridiquement plus ou moins contraignant et obligatoire sera débattu (paragraphe II).

Paragraphe I - Le support matériel : code papier ou cybercode

492. Traditionnellement, le code se présente sous forme écrite, celle d'un livre. Il est évident que par ce biais, la diffusion des règles codifiées est facilitée auprès des populations concernées, des juristes, mais aussi du public étranger. Le rayonnement du code Napoléon s'explique en partie de cette façon. A l'échelle interne, le code est en effet un « *livre de référence* » selon l'expression de Jean Carbonnier.¹⁵⁹⁷ Comme le fait remarquer Madame Dominique Bourcier, la codification a un statut particulier lié au rôle institutionnel de la règle de droit, puisqu'elle « *a toujours assuré à la règle une mémoire, une continuité* »¹⁵⁹⁸. Sous forme de livre, le code permet de laisser une trace matérielle, visible, officielle.¹⁵⁹⁹ La codification contribue certes à la conservation du droit mais surtout à la transmission de celui-ci auprès des individus. Cependant, cette matérialité présente des limites. Le code papier fige l'information à un moment donné, même si les éditeurs le mettent à jour, seulement annuellement. C'est pourquoi cet auteur se demande si « *le code, tel qu'il est hérité de l'âge de l'imprimerie sous sa forme de livre, est (...) encore adapté à nos formes de lecture et de raisonnement* »¹⁶⁰⁰.

493. Si les différents projets doctrinaux font pour la plupart l'objet d'une publication sur papier, soit à part entière, soit par extraits dans les revues spécialisées, il est à noter qu'une

¹⁵⁹⁶ CABRILLAC R., *Les codifications*, page 288 et s. spéc. : l'auteur souligne les dangers de l'ineffectivité d'un code civil européen imposé, qui viendrait contredire les spécificités culturelles, et rappelle la nécessité d'une longue maturation et de nombreux compromis pour que ce projet aboutisse.

¹⁵⁹⁷ LEQUETTE Y., « Quelques remarques à propos du code civil de M. VON BAR », D.2002, page 2206.

¹⁵⁹⁸ BOURCIER D., « L'écriture de la loi : de la codification à l'informatisation », in MORAND C.-A., *Légistique formelle, légistique matérielle*, op. cit., page 264.

¹⁵⁹⁹ BOURCIER D., *ibidem*, page 268.

¹⁶⁰⁰ BOURCIER D., *ibidem*, page 266.

minorité d'entre eux fait l'objet d'aucune publication écrite, seulement d'une mise au point sur l'avancement de leurs travaux par le biais d'un site internet. En raison de la nécessité de réduire les coûts engendrés par l'entreprise de codification, on peut dès lors s'interroger sur l'hypothèse que ce futur code civil européen se présente sous la forme moderne d'un « cybercode » plutôt que d'un code papier classique.

494. On assiste en effet ces derniers temps à deux épiphénomènes. Sous l'influence de l'informatique et des nouvelles technologies, d'un côté le droit se dématérialise, voire se virtualise. La codification n'y échappe en rien puisque ces techniques sont largement utilisées pour la rédaction des codes, dont elles réduisent le temps de confection.¹⁶⁰¹ De l'autre, grâce aux multiplications de banques de données disponibles sur CD-Rom¹⁶⁰² ou sur Internet, l'information juridique peut être plus rapidement mise à disposition, donc accessible à tous.¹⁶⁰³ En témoigne la décision des autorités françaises de mettre en ligne sur le portail Légifrance tous les codes existants. A l'échelle européenne, l'outil informatique est considéré comme un auxiliaire indispensable, à l'image notamment de la mise au point d'un logiciel spécifique en matière de refonte.¹⁶⁰⁴ L'Union s'est d'ailleurs engagée dans la voie d'une plus grande communication de l'information juridique en son sein, à l'image de la multiplication de ses sites et portails d'accès au droit de l'Union européenne.¹⁶⁰⁵ Il en résulte qu'un code consultable en ligne par liens transversaux pourrait constituer une alternative plausible à un code classique sur support papier.

495. Il présenterait indubitablement certains avantages. Un cybercode permettrait en effet un accès interactif au code et constituerait une base documentaire importante remise fréquemment à jour. Concevant la codification comme un système d'information dynamique et ouvert, voire mouvant, la cybercodification dépasserait ainsi les limites inhérentes au code

¹⁶⁰¹ BAR M., « Apports des systèmes d'information à la légistique », n MORAND C.-A., *Légistique formelle, légistique matérielle*, op. cit., pp 277-296.

¹⁶⁰² Il est à noter en effet ces dernières années que les collections de codes des éditeurs privés se sont dotées de nombreux titres sous cette forme : CABRILLAC R., « Les principes et les méthodes de la codification – Introduction », in Journées d'étude à l'occasion du bicentenaire du Code civil, *Le rayonnement du droit codifié*, vol. I, éd. des JO, 2004, page 19.

¹⁶⁰³ GARDE A. et HARAVON M., « La circulation de l'information juridique en Europe : plus de moyens pour appréhender les différences », D. 2006, chron., page 405 et s.

¹⁶⁰⁴ DUTHEIL DE LA ROCHERE J., « Codification et droit de l'Union européenne », in Journées d'étude à l'occasion du bicentenaire du Code civil, *Le rayonnement du droit codifié*, vol. I, éd. des JO, 2004, page 77.

¹⁶⁰⁵ Sur ce point, voir GARDE A. et HARAVON M., « La circulation de l'information juridique en Europe : plus de moyens pour appréhender les différences », D. 2006, chron., page 408 spéc.

livre.¹⁶⁰⁶ Certains considèrent à l'inverse que cette nouvelle forme de codification bouleverserait la diffusion et l'élaboration des codes, peut-être jusqu'au concept de codification lui-même.¹⁶⁰⁷ Quoiqu'il en soit, le futur code civil européen ne pourra selon nous faire fi d'être publié sous une forme papier, bien que ne revêtant pas forcément au final le format d'un livre, comme tel est habituellement le cas au plan national. L'hypothèse d'un cybercode européen doit donc s'analyser moins comme un substitut du code papier que comme un complément nécessaire à ce dernier.

Paragraphe II - La force contraignante du code : code optionnel ou code imposé

496. Un code civil européen dépourvu de force contraignante serait fatalement voué en pratique à une ineffectivité juridique.¹⁶⁰⁸ Il apparaît clairement que si l'on veut harmoniser le droit civil européen, cet instrument doit revêtir une force obligatoire. Si le code civil européen ne lie personne, il n'y aura aucun intérêt à l'adopter. C'est pourquoi nous avons vu précédemment qu'en fonction de la base juridique, le code civil européen pourrait prendre la forme soit d'une convention, soit d'un règlement. Reste à déterminer le degré de contrainte qui sera attaché à l'instrument ainsi mis en place.

497. Prenant en compte les réticences suscitées par un code civil européen, nous avons constaté que la Commission n'envisagerait en effet plus la voie de la codification imposée mais s'engagerait plutôt en faveur de l'adoption d'un instrument dit optionnel. Cette notion d'instrument optionnel est ainsi analysée par la doctrine comme le moyen de « *désamorcer la critique* ». ¹⁶⁰⁹ Cet instrument législatif, ou règlement optionnel, viendrait constituer, en droit européen des contrats, ce que la Commission appelle le « 28^{ème} régime », qui prendrait place au côté des vingt-sept législations internes. Or, en principe, un règlement s'impose à l'ensemble des Etats membres. Que signifierait donc ce terme de « règlement optionnel » ?

¹⁶⁰⁶ Voir notamment, BOURCIER D., « Approche légistique et systémique de la codification », Etude CNRS-UPRESA, Groupe IDL, juin 1998, ronéo, 167 pages.

¹⁶⁰⁷ CABRILLAC R., *Les codifications*, page 306 spéc.

¹⁶⁰⁸ Comme toutes les codifications privées nationales qui sont vouées à l'ineffectivité si elles ne sont pas relayées par des codifications officielles : CABRILLAC R., « Les principes et les méthodes de la codification – Introduction », in Journées d'étude à l'occasion du bicentenaire du Code civil, *Le rayonnement du droit codifié*, vol. I, éd. des JO, 2004, page 17.

¹⁶⁰⁹ JAMIN C., « Vers un droit européen des contrats ? (Réflexion sur une double stratégie) », *RJCom* 2006, n°2, page 99.

Cela ne sous-entend pas que son application pourra être subordonnée au bon vouloir des Etats membres, mais au contraire que ces règles s'imposeront obligatoirement aux Etats tout en pouvant être optionnelles à l'égard des parties au contrat, soit des individus.¹⁶¹⁰

498. Cet instrument pourra en pratique revêtir deux formes distinctes.¹⁶¹¹ D'une part, dans un système dit de l'opting-in ou option d'acceptation, ce 28^{ème} régime spécifique au droit européen du contrat sera appelé à intervenir lorsqu'il aura été expressément désigné comme tel par les parties. Dans ce cas, il faut donc « *un acte volontaire pour adopter le système normatif communautaire* »¹⁶¹², ce modèle purement facultatif étant choisi par les parties contractantes par le biais d'une clause de droit applicable. Ce système a pour principale vertu de respecter la volonté des parties, donc le principe de liberté contractuelle,¹⁶¹³ et de ménager subséquemment les souverainetés étatiques.¹⁶¹⁴ Néanmoins, il vient priver le règlement de l'efficacité désirée, réduisant les chances d'harmonisation.¹⁶¹⁵ Il engendre en outre de nombreuses difficultés pratiques. En effet, cet instrument contiendra tant des règles impératives, découlant notamment de l'acquis communautaire, que des règles supplétives. Dans un système de l'opting-in, les règles supplétives ne pourront avoir une réelle effectivité, car pour certains auteurs, il serait surprenant que les parties les choisissent.¹⁶¹⁶ De même, ce système risque de soulever de nombreux conflits d'impérativité, les dispositions impératives de l'instrument optionnel devant s'articuler avec celles découlant des ordres juridiques internes.¹⁶¹⁷

499. D'autre part, dans un système dit de l'opting-out ou option de refus, l'instrument est applicable automatiquement sauf si les parties entendent l'exclure expressément dans le contrat en cause. Ainsi, en cas de silence des parties, c'est l'instrument communautaire qui

¹⁶¹⁰ FENOUILLET D., REMY-CORLAY P. et REMY Ph., Réponse au plan d'action de la Commission de 2003, ronéo.

¹⁶¹¹ STAUDENMAYER D., « Un instrument optionnel en droit européen des contrats », RTDC 2001, page 629.

¹⁶¹² JAMIN C., « Vers un droit européen des contrats ? (Réflexion sur une double stratégie) », RJCom 2006, n°2, page 99.

¹⁶¹³ Communication de la Commission aux PE et CE du 11 octobre 2004, Annexe II- Paramètres relatifs à l'instrument optionnel « Pour la poursuite d'un débat sur l'utilité d'un tel instrument », COM (2004) 651 final : voir le point n° 2 de l'annexe II, dans lequel la Commission souligne que l'option d'acceptation accorderait aux parties une liberté contractuelle maximale.

¹⁶¹⁴ CANIVET G. ET ALLII, Réponse au plan d'action de la Commission de 2003, Groupe de travail sur le « Plan d'action pour un droit européen des contrats plus cohérent », Cour de cassation, 2003, ronéo, page 4.

¹⁶¹⁵ REMY-CORLAY P., « L'avenir du Code civil... européen ? », RLDA octobre 2004, chron. n°4685, page 12.

¹⁶¹⁶ FENOUILLET D., REMY-CORLAY P. et REMY Ph., Réponse au plan d'action de la Commission de 2003, ronéo.

¹⁶¹⁷ CANIVET G. ET ALLII, Réponse au plan d'action de la Commission de 2003, Groupe de travail sur le « Plan d'action pour un droit européen des contrats plus cohérent », Cour de cassation, 2003, ronéo, page 8.

s'appliquera. Il faudra donc un acte volontaire pour s'affranchir de ce 28^{ème} régime.¹⁶¹⁸ Il est bien évident que cette option est mieux à même d'aboutir au résultat d'harmonisation escompté. L'application automatique du règlement permet de plus « *d'éviter le contentieux susceptible de se nouer autour de la question des modalités d'expression du choix par les parties de l'instrument optionnel* »¹⁶¹⁹. Mais la Cour de cassation souligne toutefois, qu'à l'instar de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises, qui repose elle aussi sur une option de refus,¹⁶²⁰ des difficultés peuvent naître quant aux conditions et au formalisme selon lesquels les parties pourraient exclure l'instrument optionnel, et quant à la définition des règles relatives à la charge de la preuve de l'exclusion conventionnelle de l'instrument optionnel.¹⁶²¹

500. Ces problèmes peuvent toutefois résolus si l'instrument optionnel prévoit explicitement leurs solutions, afin de réduire les divergences d'interprétation pouvant en résulter. Si l'option d'acceptation semble avoir la faveur des praticiens, l'option de refus présente une plus grande efficacité. Ce qui porterait à croire que « *l'adoption d'un règlement laissant aux parties la possibilité d'éviction (...) serait équivalente à l'adoption d'un code* »¹⁶²² non optionnel. On ne sait pas vraiment si la Commission entend privilégier l'opt-in ou l'opt-out, mais si elle choisissait finalement l'option de refus, ce serait peut-être dans l'optique d'éprouver dans un premier temps la législation européenne du contrat, pour dans un second temps adopter un code européen des obligations, voire un code civil européen. C'est pourquoi, « *si un règlement était adopté, il serait donc préférable qu'il ne soit pas optionnel* »¹⁶²³.

¹⁶¹⁸ JAMIN C., « Vers un droit européen des contrats ? (Réflexion sur une double stratégie) », RJCom 2006, n°2, page 99.

¹⁶¹⁹ CANIVET G. ET ALLII, Réponse au plan d'action de la Commission de 2003, Groupe de travail sur le « Plan d'action pour un droit européen des contrats plus cohérent », Cour de cassation, 2003, ronéo, page 4.

¹⁶²⁰ L'article 6 de la CVIM du 11 avril 1980 dispose que « *les parties peuvent exclure l'application de la Convention ou (...) déroger à l'une quelconque de ses dispositions ou en modifier les effets* ».

¹⁶²¹ Voir les développements éclairants de la Cour qui s'appuie sur sa jurisprudence rendue à propos de la CVIM : CANIVET G. ET ALLII, Réponse au plan d'action de la Commission de 2003, Groupe de travail sur le « Plan d'action pour un droit européen des contrats plus cohérent », Cour de cassation, 2003, ronéo, pages 12-14 spéc.

¹⁶²² REMY-CORLAY P., « L'avenir du Code civil... européen ? », RLDA octobre 2004, chron. n°4685, page 12.

¹⁶²³ Ibid., page 13.

Conclusion du Chapitre II :

501. D'un point de vue formel, le législateur européen est appelé à repenser la création de la norme au sein de l'Union européenne. D'un côté, la texture du Code civil européen devra nécessairement être conçue de façon ouverte pour remédier au manque d'homogénéisation, de structure et de cohérence du droit civil européen en particulier. Le Code civil européen sera un code de principes et n'aura pas vocation à aller dans le détail. De l'autre, cette nouvelle approche de la norme permettra de résoudre le paradoxe de l'unité dans la diversité. L'affirmation de principes directeurs ou généraux gouvernant le droit civil européen permettra « également de résoudre la contradiction apparente entre la recherche d'une convergence et le maintien de la divergence »¹⁶²⁴.

502. Une fois que le législateur se sera donc engagé dans cette voie et que le processus de codification européenne souple ou harmonisatrice sera enfin achevée, l'adoption du futur code civil européen devra être assortie d'une certaine effectivité, sous peine de ne rester que lettre morte. D'une part, quel que soit le support choisi, papier et/ou électronique, le code devra être accessible à tous, tant aux autorités nationales qu'aux praticiens, universitaires ou juges, mais avant tout aux citoyens européens, principaux intéressés. De façon vitale, le code civil européen devra en effet remplir une fonction « heuristique », « cognitive »¹⁶²⁵. D'autre part, ce code commun ne sera effectif que s'il revêt un caractère obligatoire, contraignant. Il faut donc dépasser les divers projets doctrinaux existants, n'ayant qu'une valeur purement doctrinale et documentaire.

¹⁶²⁴ FIN-LANGER L., « L'intégration du droit des contrat en Europe », in DELMAS-MARTY M., *Critique de l'intégration normative - L'apport du droit comparé à l'harmonisation des droits*, PUF, 2004, page 67.

¹⁶²⁵ ZENATTI : « Les notions de code et de codification – Contribution à la définition du droit écrit », Mélanges C. MOULY, Tome I, 1998, spécialement pages 246-247 : pour cet auteur, le rôle du code n'est pas de créer un information mais de la communiquer.

Conclusion du Titre Premier :

503. La réflexion entourant la nécessité de maîtriser l'objet même d'un processus de codification européenne inédit apporte un souffle nouveau à la codification de manière plus générale. On constate que l'action de codifier sera transfigurée par le contexte européen à double titre.

504. D'un côté, la vision nationale de l'action codificatrice, trop étriquée, explique le refus de l'idée même d'un code civil européen. Il est ainsi perçu comme un « supra-code », expression d'un pouvoir européen fédéral, dont l'objectif serait d'annihiler les codes civils internes. Les acceptions internationale et communautaire actuelles du processus de codification sont, elles-aussi, loin d'être satisfaisantes. Le processus de codification européenne devra revêtir certains caractères. La codification sera ici entendue comme une opération de remise en ordre, de rationalisation et de systématisation. N'étant plus limitée à un secteur particulier du droit et aux seuls actes de droit dérivé, elle pourra conduire à modifier non seulement la forme des multiples sources du droit civil européen mais aussi le fond, afin de veiller à une certaine unité conceptuelle. Par conséquent, le texte découlant de ce processus sera considéré comme un code à part entière, même s'il ne revêt pas la forme symbolique d'un livre.

505. De l'autre, le code civil européen sera un code de principes, à texture ouverte car offrant une place importante aux notions floues et plus particulièrement aux standards. Par conséquent, le juge, en tant que codéterminateur des règles issues du code civil européen, jouera un rôle prépondérant dans l'interprétation et l'application des principes européens. Comme le souligne Madame Laurence Fin-Langer, « *en réalité, cette codétermination est inévitable, car la norme produite (...) [à savoir le code civil européen] doit être incorporée par les Etats membres dans leur système juridique : l'Etat joue le rôle d'un destinataire intermédiaire* »¹⁶²⁶. Il faut donc privilégier la voie d'un code non optionnel, s'imposant aux Etats membres. En effet, la possibilité d'un code optionnel avec option de refus ne pourrait s'envisager que dans l'hypothèse où la codification serait limitée au droit des contrats, et ne peut en aucun cas s'étendre à l'hypothèse d'un code commun portant sur l'ensemble de la matière civile.

¹⁶²⁶ FIN-LANGER L., « L'intégration du droit des contrat en Europe », in DELMAS-MARTY M., *Critique de l'intégration normative - L'apport du droit comparé à l'harmonisation des droits*, PUF, 2004, page 96.

Titre second - La maîtrise des effets : la fonction subversive du code civil européen

506. A l'échelle nationale, la codification produit des effets notables, que nous avons précédemment étudiés, à savoir des effets tant endogènes (effet de contenu, effet de complétude) que des effets exogènes (effet de rupture, effet de cristallisation).¹⁶²⁷ Or, leur survenue serait limitée par une adaptation des concepts de code et de codification au contexte européen tend à limiter singulièrement ces écueils. Une œuvre harmonisatrice, introduisant souplesse et élasticité, neutralisera les effets de cristallisation et de complétude. En outre, la probabilité que les effets de contenu et de rupture se produisent se révèle plutôt faible. Si l'effet de contenu est peu pertinent en raison de l'absence d'un symbolisme fort attaché au code civil européen, incomparable avec celui attaché au code civil français, l'effet de rupture est quant à lui neutralisé par le fait que l'adoption d'un code civil européen n'entraînera pas l'abrogation des codes civils nationaux. C'est pourquoi nous choisissons dans le présent chapitre de nous focaliser sur les effets qui peuvent se révéler comme spécifiques au processus de codification européenne.

507. En tant que construction inédite, le code civil européen produit déjà, et risque de produire dans l'avenir, des effets que l'on qualifiera de « subversifs ». ¹⁶²⁸ En effet, dans son article intitulé « La fonction subversive du droit comparé »¹⁶²⁹, Madame Horatia Muir-Watt utilise l'adjectif « subversif » non dans son acception négative commune, les termes « *pernicieux* », « *malfaisant* » ou « *nuisible* » en étant des synonymes, mais plutôt dans le sens davantage positif de « tendant à renverser des concepts ou idées établies ». Ainsi, s'appuyant sur les théories de comparatistes tels que Messieurs Rodolfo Sacco ou René David,

¹⁶²⁷ Cf Première partie, Titre II, Chapitre II.

¹⁶²⁸ On ne doit pas voir la subversion comme un acte de résistance contre la codification du droit privé européen : il ne s'agit donc pas de « *la thèse "subversive"* », « *s'opposant au dessein intégrationniste* », « *pour laquelle la pensée de l'universel mise en avant au moyen de l'intégration juridique européenne, une pensée non du pluriel mais de l'unique dissimulée sous les alibis de l'universel* » : MUIR-WATT H., « La fonction subversive du droit comparé », RIDC 2000, page 504.

¹⁶²⁹ MUIR-WATT H., « La fonction subversive du droit comparé », RIDC 2000, page 503 et s.

elle explique que, plus qu'une simple source d'inspiration basée sur la connaissance des droits étrangers,¹⁶³⁰ le droit comparé « *permet de dévoiler la part d'hyperbole, de préjugé et de fiction que comporte notre théorie classique du droit* », s'engageant ainsi « *contre le dogmatisme, contre les stéréotypes, contre l'ethnocentrisme, c'est-à-dire contre la conviction répandue selon laquelle les catégories et concepts nationaux sont les seuls envisageables* »¹⁶³¹. A l'identique, le code civil européen recèle en son sein un message subversif. On peut dire qu'au delà des questions de l'opportunité ou de la faisabilité d'un code civil européen, une telle perspective donne l'occasion aux juristes d'une prise de recul critique et salutaire sur notre propre droit et sur le droit européen, puisqu'il élargit la perspective traditionnelle du processus de codification,¹⁶³² enrichit le discours juridique, et lutte en quelque sorte « *contre les habitudes de pensée sclérosante* »¹⁶³³.

508. Ces effets subversifs se manifestent de façon multiple. Ainsi, les conséquences constatées ou attendues du code civil européen, tant sur le plan national qu'international, ne seront pas différenciées entre effets présumés positifs et négatifs. Bien que cette césure puisse paraître quelque peu artificielle, nous préférons distinguer de façon chronologique entre d'une part, les effets qui ont été occasionnés dès l'enclenchement du processus de codification européenne par les institutions communautaires (Chapitre I), et d'autre part, dans l'hypothèse où un code civil européen serait définitivement adopté, les effets qui se feront ressentir à l'avenir, plus particulièrement à l'égard du droit international privé (Chapitre II).

¹⁶³⁰ ROBERT V. et USUNIER L., « Du bon usage du droit comparé », in DELMAS-MARTY M., *Critique de l'intégration normative – L'apport du droit comparé à l'harmonisation des droits*, page 245.

¹⁶³¹ MUIR-WATT H., « La fonction subversive du droit comparé », RIDC 2000, page 506.

¹⁶³² Comme nous l'avons vu avec le Titre I de cette deuxième partie, consacré à l'action codificatrice à l'épreuve du droit européen.

¹⁶³³ MUIR-WATT H., « La fonction subversive du droit comparé », RIDC 2000, page 506.

Chapitre I- Les effets suscités par la perspective d'un Code civil européen

509. Le simple amorçage du processus de codification européenne a produit des effets subversifs qui se font ressentir d'une part, sur les codes civils des Etats membres, et d'autre part, plus singulièrement sur le rôle de la doctrine européenne.

510. Ces dernières années un vaste mouvement dit de « recodification civile » a été constaté au sein des différents Etats membres de l'Union européenne. Ce terme de « recodification civile » n'est pourtant pas toujours adéquat. Si l'on peut parler de « recodification civile » concernant l'adoption par les Pays-Bas d'un nouveau code civil en 1992, il faudrait en revanche parler de « recodification du droit civil », lorsqu'un Etat s'attache à réformer de façon partielle ou globale certains pans de son code civil.¹⁶³⁴ En France, la recodification civile n'a jamais eu lieu, puisque nous n'avons pas adopté de « nouveau code civil », mais les livres du code de 1804 ont régulièrement fait l'objet de réformes, ponctuelles ou d'envergure. Il s'agit donc exclusivement « *de procéder à une réactualisation du droit civil afin que l'instrument qui le rassemblait rationnellement renoue, autant que possible, avec cette fonction que le temps a fini par entamer très sensiblement. Recodifier le droit civil, ce serait donc le réviser* »¹⁶³⁵. Ce mouvement s'est d'ailleurs accéléré depuis la commémoration du bicentenaire du Code civil, à l'occasion de laquelle la communauté des juristes a pris conscience du vieillissement et de la perte d'influence de notre constitution civile, donc de la nécessité de procéder à sa recodification pour répondre à la perspective, ressentie comme menaçante, d'un code civil européen (Section I).

¹⁶³⁴ AUBERT J.-L., « La recodification et l'éclatement du droit civil hors le code civil », in Ouvrage collectif, *Le Code civil – 1804-2004 – Livre du bicentenaire*, page 134.

¹⁶³⁵ REVET Th., « La recodification, entre tentation et illusions », in *1804-2004, Le livre du bicentenaire*, op. cit., page 455.

511. La volonté affichée par les institutions communautaires d'élaborer un code civil européen, ou du moins un code européen des contrats, a entraîné de façon croissante une mobilisation internationale des juristes de l'ensemble des Etats membres. De nombreux groupes de travail se sont formés et ambitionnent soit de livrer à la Commission un code civil européen « clef en main », soit plus modestement de formuler des propositions que les instances européennes pourraient reprendre à leur compte.¹⁶³⁶ En France, nous verrons que cette mobilisation, intervenue plus tardivement que chez nos homologues européens, se veut avant tout militante. Quoiqu'il en soit, c'est la perspective d'un code civil européen qui est à l'origine de ce phénomène subversif de rassemblement de la doctrine européenne autour d'un projet commun (Section II).

Section I – L'influence normative : le mouvement français de « recodification » du droit civil

512. Le débat récent ouvert par l'entreprise de codification européenne a réactivé le besoin d'une « *cure de jouvence du code civil français* »¹⁶³⁷, cette nécessité de le recodifier par pans entiers. Selon Monsieur Philippe Rémy, ce réveil de la recodification peut s'expliquer tant politiquement que scientifiquement.¹⁶³⁸

513. D'un côté, la volonté politique affichée par les institutions communautaires d'élaborer un code civil européen, ou du moins un code européen des contrats, a été un motif essentiel pour recodifier notre droit des obligations. L'initiative universitaire tendrait à défendre davantage « *le code comme symbole politique* » que « *le code comme corps de lois civiles* »¹⁶³⁹. Au delà des orientations privilégiées par la doctrine dans cette matière, il importera donc de savoir si cette recodification du droit des obligations s'est faite *contra* ou dans le sens de la codification européenne (Paragraphe I).

¹⁶³⁶ Voir nos développements consacrés aux différents groupes de travail dans Première partie, Titre II.

¹⁶³⁷ PRIETO C., « Un code civil européen : de l'utopie à la prospective juridique », LPA 7 mai 2004, page 20.

¹⁶³⁸ REMY Ph., « Réviser le titre III du livre III du Code civil ? », RDC 2004/4, page 1170.

¹⁶³⁹ REMY Ph., « Réviser le titre III du livre III du Code civil ? », RDC 2004/4, page 1171.

514. D'un autre côté, la perspective du code civil européen ne s'avère en réalité que la cause indirecte des réformes entreprises tant en droit des sûretés ou des biens qu'en droit des personnes et de la famille, tant dans ses aspects patrimoniaux qu'extrapatrimoniaux. C'est avant tout le constat de la vieillesse et la « *perte d'attractivité de notre code civil* », fait à l'occasion de son bicentenaire, qui a provoqué la recodification de ces matières. La recodification civile est ici entreprise avant tout pour ses vertus premières.¹⁶⁴⁰ Cependant, on ne peut nier que, sous l'influence d'un droit civil européen émergent, des modifications importantes sont intervenues en ces domaines, si bien que la recodification est en quelque sorte aujourd'hui indispensable. Ainsi, c'est l'occasion pour le législateur français de se mettre en conformité avec les engagements européens ou « *de rendre plus lisible notre droit tant au niveau interne qu'international* »¹⁶⁴¹ (Paragraphe II).

Paragraphe I - Le code civil européen, cause directe de la recodification

515. La volonté de réformer le droit des obligations est née d'une initiative spontanée, lors d'un colloque organisé en 2003 par la Faculté de Sceaux, consacré à la mise en parallèle du droit français avec les principes Lando.¹⁶⁴² A cette occasion, il est apparu à Monsieur Pierre Catala que « *si, sur certains points, notre droit était ou pouvait entrer en convergence avec la trame proposée pour l'Europe, sur d'autres points, cette dernière contrevenait davantage à notre tradition nationale. Dans la conjoncture, ceci méritait à l'évidence d'être approfondi* »¹⁶⁴³.

516. Trente quatre universitaires, répartis en trois groupes de travail sur les contrats, la responsabilité et la prescription, ont rédigés en seulement trente mois un avant-projet de réforme, remis au garde des sceaux le 22 septembre 2005.¹⁶⁴⁴ La particularité de cet avant-projet réside dans le relais apporté à l'initiative universitaire par le Ministère de la Justice. L'appui officiel manifesté en outre par le Président de la République lors du bicentenaire du

¹⁶⁴⁰ REMY Ph., « Réviser le titre III du livre III du Code civil ? », RDC 2004/4, page 1171.

¹⁶⁴¹ SIMLER Ph., « Avant-propos », JCP G. 17 mai 2006, supplément au n°20, page 3.

¹⁶⁴² FENOUILLET D. et REMY-CORLAY P. (éd.), *Les concepts contractuels à l'heure des principes du droit européen des contrats*, Actes du colloque organisé les 30 et 31 janvier 2003, Institut Charles Moulin de la Faculté Jean Monnet (Paris XI), Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2003.

¹⁶⁴³ CATALA P., « Présentation générale de l'avant-projet », in *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, La documentation française, 2006, page 2.

¹⁶⁴⁴ CATALA P., « La genèse et le dessein du projet », RDC 2006, n°1 spéc. Colloque *La réforme du droit des contrats : projet et perspectives*, pages 13-14.

Code civil laisse présager de la forte probabilité de l'adoption de ce texte et de son insertion future dans le Code civil. Selon le principal instigateur de ce projet, cette recodification s'avère de toute façon « *urgente car il est inconcevable que la France soit muette dans un concert européen qui pianote les premières gammes d'un droit commun idéal des contrats* »¹⁶⁴⁵.

A) La genèse du projet Catala

517. Si le Livre I du code civil, relatif aux personnes, avait été profondément remanié sous l'égide de Jean Carbonnier « *que l'on a pu, à juste titre, qualifier de cinquième codificateur* »¹⁶⁴⁶, le reste du code civil demandait lui aussi à être modernisé, des pans entiers tels le droit des biens, le droit des contrats, le droit de la responsabilité et le droit des sûretés, ayant été peu ou pas revus. C'est ce à quoi s'est en partie employé le groupe de travail présidé par Monsieur Pierre Catala, procédant à une révision du Livre III du Code civil concernant son titre III (Des contrats ou des obligations conventionnelles en général), son titre IV (Des engagements qui se forment sans convention) et son titre XX (De la prescription et de la possession).¹⁶⁴⁷ Cette réforme, maintes fois annoncée par le passé, a finalement abouti à un projet, qui n'aurait peut-être pas vu si rapidement le jour sans la perspective proche d'un code européen.¹⁶⁴⁸

1) Une réforme annoncée

518. Comme le souligne à juste titre Monsieur Denis Mazeaud, « *c'est très probablement l'éventualité, si ce n'est l'imminence d'une harmonisation voire d'une unification ou d'une codification des droits du contrat des pays membres de l'Union*

¹⁶⁴⁵ CATALA P., « La genèse et le dessein du projet », RDC 2006, n°1 spéc. Colloque *La réforme du droit des contrats : projet et perspectives*, page 12.

¹⁶⁴⁶ REVET Th., « La recodification, entre tentation et illusions », in *1804-2004, Le livre du bicentenaire*, précité, page 464.

¹⁶⁴⁷ CATALA P., « Bref aperçu sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations », D. 2006, page 535.

¹⁶⁴⁸ JAMIN C., « Vers un droit européen des contrats ? (Réflexion sur une double stratégie) », RTDCom 2006, page 95 : l'auteur parle d'un « *déluge de feu, à cet instant précis où certains civilistes français ont commencé à prendre conscience qu'un code européen du droit des contrats, voire des obligations, était à nos portes et pouvait demain ou après-demain se substituer au vénérable titre III du Livre III de notre Code civil* ».

européenne qui a donné une impulsion décisive à la réalisation de l'avant-projet Catala »¹⁶⁴⁹. En effet, cette réforme était annoncée de longue date, sans que jamais elle ne se réalise concrètement. Dans les faits, le droit des obligations est un des pans de notre code civil qui a subi le moins de modifications législatives.¹⁶⁵⁰ Textuellement parlant, il a été conservé dans son jus initial. Cela ne veut pas dire pour autant que le droit des obligations est resté figé depuis 1804. Au contraire, il s'est profondément transformé sous l'action du juge, du fait de la multiplication des lois particulières et de l'intervention croissante du droit international et européen,¹⁶⁵¹ sans qu'aucune réforme législative d'ensemble ne soit pourtant menée à terme.

519. Le souhait de refondre cette partie du code civil n'est donc pas nouveau. Déjà la célébration du centenaire du code civil fut l'occasion de débattre sur la révision de ce monstre sacré. Elle donna lieu à la mise en place d'une commission de révision du Code civil, qui n'a jamais fonctionné en raison d'une composition beaucoup trop élargie.¹⁶⁵² Au lendemain de la seconde guerre mondiale, une seconde commission de réforme, plus restreinte, fut instituée afin d'envisager de nouveau une refonte d'ensemble du code Napoléon.¹⁶⁵³ La réforme du droit des obligations fut ainsi relancée, l'adoption du Traité de Rome n'y étant pas étrangère. Entre 1962 et 1964, la Commission de réforme du Code civil s'interrogea ainsi sur l'opportunité de procéder à une telle réforme. A cette occasion, son Président, Léon Julliot de la Morandière, se demandait si « *la France au lieu de songer à refaire seule la partie de son code relative aux obligations et aux contrats, ne devrait-elle pas prendre l'initiative de proposer, au moins aux pays signataires du Traité de Rome, une conférence internationale en vue de l'élaboration de règles uniques ?* »¹⁶⁵⁴. Les travaux de la Commission n'ont cependant jamais abouti. Cette proposition d'un code commun des obligations sera ultérieurement reprise et défendue avec vigueur par Roger Houin qui, dans la lignée des plus fervents défenseurs actuels du code civil européen, s'appuie de façon avant-gardiste sur l'alibi

¹⁶⁴⁹ MAZEAUD D., « Observations conclusives », RDC 2006, n°1 spéc. Colloque *La réforme du droit des contrats : projet et perspectives*, page 179.

¹⁶⁵⁰ GHESTIN J., « Le futur : exemples étrangers. Le code civil en France aujourd'hui », in *Faut-il réformer le titre III du livre II du code civil ?*, RDC 2004, n°4, page 1153.

¹⁶⁵¹ GHESTIN J., « Le futur : exemples étrangers. Le code civil en France aujourd'hui », in *Faut-il réformer le titre III du livre II du code civil ?*, RDC 2004, n°4, page 1153.

¹⁶⁵² SEFTON-GREEN R., « Les codes manqués », RTDC 2005, page 547.

¹⁶⁵³ JULLIOT DE LA MORANDIERE L., « La réforme du code civil », D. 1948, chron., page 117.

¹⁶⁵⁴ Comme le rappelle Roger HOUIN dans « Pour une codification européenne du droit des contrats et des obligations », in *Etudes juridiques offertes à L. JULLIOT DE LA MORANDIERE*, Dalloz, 1964, page 225.

économique du marché commun pour justifier l'unification du droit en Europe et l'inutilité de procéder d'ici là à une réforme de notre code civil.¹⁶⁵⁵

520. Pendant de nombreuses années, la réforme va ainsi être « *laissée délibérément en jachère* »¹⁶⁵⁶, pour reprendre l'expression de Jean Carbonnier, cette carence législative s'expliquant d'une part, par une unification européenne du droit des contrats escomptée¹⁶⁵⁷ et d'autre part, par l'urgence de réformer le droit de la famille.¹⁶⁵⁸ Vingt ans plus tard, à l'occasion de deux colloques organisés en 1985 et 1986, respectivement sur *L'évolution contemporaine des contrats* et sur *Le droit contemporain des contrats*,¹⁶⁵⁹ ressurgit la nécessité pour le législateur de revoir sa copie en droit des contrats. Jean Carbonnier se demande « *pourquoi ne se mettrait-on pas, pourquoi ne s'est-on pas mis, déjà, à réécrire le titre III du livre III du Code civil ?* »¹⁶⁶⁰. De même, Monsieur Loïc Cadiet soutient que « *toutes les conditions sont réunies pour que la question de la réforme du droit des contrats soit enfin posée en termes législatifs. Il n'est pas même excessif de penser que si cette question n'est pas posée maintenant, elle ne le sera jamais* »¹⁶⁶¹. Il faudra pourtant attendre encore vingt années supplémentaires pour que la volonté doctrinale soit relayée par le pouvoir politique, pour qu'un tel projet de réforme voit enfin le jour.

2) Une réforme provoquée

521. Même les recodifications récemment intervenues tant en Europe qu'ailleurs n'avaient pas suffi à déclencher une prise de conscience de la situation préoccupante dans laquelle se trouve notre Code civil. Les Pays-Bas, « *longtemps soumis au code napoléon, puis*

¹⁶⁵⁵ A titre d'exemple, Roger HOUIN affirme « *l'unité économique du Marché commun impliquera, un jour ou l'autre, son unité juridique* » : HOUIN R., « Pour une codification européenne du droit des contrats et des obligations », in *Etudes juridiques offertes à Julliot de la Morandière*, 1964, page 227.

¹⁶⁵⁶ CARBONNIER J., *Droit civil, Tome I : Introduction, les personnes*, PUF, 15^e éd., spéc. page 77, n°14.

¹⁶⁵⁷ MALAURIE Ph., « Présentation de l'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription », RDC 2006, n°1 spéc. Colloque *La réforme du droit des contrats : projet et perspectives*, page 7.

¹⁶⁵⁸ CADIET L., « Interrogations sur le droit contemporain des contrats », in *Le droit contemporain des contrats*, Economica, 1987, page 10.

¹⁶⁵⁹ Ouvrage collectif, *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées RENE SAVATIER (Poitiers, 24 et 25 octobre 1985), PUF, 1986 ; CADIET L. (dir.), *Le droit contemporain des contrats – Bilan et perspectives*, Actes du séminaire de l'année universitaire 1985-1986 de la Faculté de Rennes, Economica, 1987.

¹⁶⁶⁰ CARBONNIER J., « Introduction », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées RENE SAVATIER (Poitiers, 24 et 25 octobre 1985), PUF, 1986, page 30.

¹⁶⁶¹ CADIET L., « Interrogations sur le droit contemporain des contrats », in *Le droit contemporain des contrats*, Economica, 1987, page 12. Cette contribution a été utilement rappelée par le Professeur MAZEAUD dans ses observations conclusives lors du Colloque *La réforme du droit des contrats : projet et perspectives*, RDC 2006, page 177.

à un code édicté en 1838 et qui est resté très proche »¹⁶⁶² se sont dotés d'un code nouveau en 1992, opérant un brassage de divers systèmes juridiques, si bien qu'il apparaît difficile de le rattacher à une tradition plutôt qu'à une autre.¹⁶⁶³ Le Québec a fait de même en 1994. Ce nouveau code civil a surtout été l'occasion « de bien affirmer la spécificité du droit privé québécois », tout en faisant appel à une multitude de sources.¹⁶⁶⁴ Ces pays, longtemps sous influence du droit français, fournissaient pourtant un bon exemple de recodifications réussies, qui tendent chaque jour davantage à servir de modèle à d'autres Etats désireux de moderniser leurs codes civils. Enfin, le législateur allemand a procédé en 2002 à la révision d'environ cent cinquante normes à l'occasion de sa réforme du droit des obligations, renouvelant de façon substantielle le droit des contrats, le droit de la vente, le droit de la prescription, et en a profité pour intégrer dans le BGB des lois de protection des consommateurs.¹⁶⁶⁵ A cette occasion, le législateur allemand affichait clairement son ambition de créer un code pouvant servir de modèle dans l'eupéanisation du droit des obligations.¹⁶⁶⁶

522. Ces exemples étrangers de recodification n'ont eu en pratique guère de prise, « le passé glorieux de nation codificatrice ou plus modestement, la force de la tradition juridique française [étant] trop puissante pour que les exemples étrangers puissent jouer un rôle moteur »¹⁶⁶⁷. C'est uniquement parce que l'échéance européenne s'est davantage précisée que « l'ouvrage a été spontanément remis sur le métier dans le but de contrarier »¹⁶⁶⁸ la funeste perspective d'un code européen commun. Ainsi, le code civil européen a servi d'« aiguillon »¹⁶⁶⁹ et a précipité une recodification longtemps éclipsée du droit des obligations. Le chantier en cours d'un code européen en matière civile, ou limité au droit des contrats, n'a pas rendu une refonte civile inutile ou caduque. Le législateur français n'a pas voulu se contenter d'un droit civil « mi-codifié mi-jurisprudentiel »¹⁶⁷⁰ en attendant l'adoption

¹⁶⁶² BLANC-JOUVAN X., « L'influence du code civil sur les codifications étrangères récentes », in *1804-2004, Le livre du bicentenaire*, op. cit., page 485.

¹⁶⁶³ DANKERS-HAGENAARS D., « Le nouveau code civil néerlandais, un cousin lointain dans la famille du droit français », in *Le code civil français dans le droit européen*, Bruylant, 2005, page 179 et s.

¹⁶⁶⁴ BLANC-JOUVAN X., « L'influence du code civil sur les codifications étrangères récentes », op. cit., page 486.

¹⁶⁶⁵ WITZ C., « L'influence des codifications nouvelles sur le code civil de demain », in *1804-2004, Le livre du bicentenaire*, op. cit., page 702. Sur cette réforme : WITZ C. et RANIERI F., *La réforme du droit allemand des obligations, Société de législation comparée*, vol. 3, 2004.

¹⁶⁶⁶ DAUNER-LIEB B., « Vers un droit européen des obligations ? Enseignements tirés de la réforme allemande du droit des obligations », RIDC 2004, page 560 spéc.

¹⁶⁶⁷ WITZ C., « L'influence des codifications nouvelles sur le code civil de demain », in op. cit., page 698.

¹⁶⁶⁸ MAZEAUD D. et REVET T., « Editorial », RDC 2006, n°1 spéc. Colloque *La réforme du droit des contrats : projet et perspectives*, page 4.

¹⁶⁶⁹ PRIETO C., « Un code civil européen : de l'utopie à la prospective juridique », LPA 7 mai 2004, page 20.

¹⁶⁷⁰ JAMIN C., « Vers un droit européen des contrats ? (Réflexion sur une double stratégie) », RTDCom 2006, page 100.

d'un code civil européen. En effet, on ne doit pas voir la recodification du droit civil français et la codification européenne comme deux alternatives. Il ne serait pas judicieux de croire que la doctrine française ne doit travailler que pour le seul code civil français ou, qu'à l'opposé, la seule voie à étudier soit nécessairement supranationale, « *l'approche hexagonale [étant] irrémédiablement dépassée* »¹⁶⁷¹. Pour certains auteurs¹⁶⁷², la rédaction d'un code européen des contrats ne rend pas inutile la réécriture de notre droit des obligations ; il n'y a donc pas lieu à faire un choix entre les deux entreprises, qui ne sont en rien incompatibles. On ne peut que partager ce sentiment. D'une part, le code civil français et le code civil européen n'ont pas vocation à régir les mêmes types de situations. Ils ont en effet des champs d'application bien distincts. Certes, on ne nie pas que la codification européenne aura des répercussions ou des influences sur notre propre code mais ce dernier n'a aucunement vocation à disparaître. Il n'y a pas lieu par conséquent d'abandonner l'entreprise codificatrice au niveau national. D'autre part, le code civil français doit être modernisé s'il veut servir de modèle ou de source privilégiée lors de l'élaboration d'un code civil européen. Un code apparaissant comme vieilli n'aurait que peu de poids sur le débat européen.¹⁶⁷³ La doctrine française a donc tout à gagner à participer tant à la rénovation du droit français qu'au processus de codification européenne.

523. Cependant, comme le font remarquer Messieurs Denis Mazeaud et Thierry Revet, « *l'affaire n'a-t-elle pas des allures un peu précipitées ? Codifier, recodifier mais sur quelles bases, dans quel but, selon quelle vision ?* »¹⁶⁷⁴. La provocation européenne n'a-t-elle pas eu pour effet négatif de brusquer une réforme du code civil qui aurait dû au contraire se réaliser en toute sérénité et sur un laps de temps suffisant ? En effet, la doctrine française semble s'être focalisée sur la perspective d'un code européen des contrats, donc sur la nécessité de réviser de façon générale le droit des obligations. On peut déplorer que certains pans civils, en particulier le droit des biens, aient été complètement occultés, « *alors que l'immobilisme du*

¹⁶⁷¹ MESTRE J., « Faut-il réviser le Titre II du Livre III du Code civil ? », RDC 2004, page 1167.

¹⁶⁷² Pour M. GRIMALDI, il est nécessaire de poursuivre la révision de notre code et de participer aux travaux engagés au niveau européen : GRIMALDI M., « Codes et codification : pour souligner le 10^{ème} anniversaire de l'entrée en vigueur du code civil du Québec et le bicentenaire du Code Napoléon », Revue « Les Cahiers de droit », vol.46, n°1-2, mars/juin 2005, n°spécial Colloque de Laval (Québec) des 19, 20 et 21 sept. 2004, page 11. Voir aussi, GHESTIN J., « Le futur : exemples étrangers. Le code civil en France aujourd'hui », in *Faut-il réformer le titre III du livre II du code civil ?*, RDC 2004, n°4, page 1159 ; JAMIN C., « Vers un droit européen des contrats ? (Réflexion sur une double stratégie) », RTDCom 2006, spéc. page 100 et s.

¹⁶⁷³ JAMIN C., « Vers un droit européen des contrats ? (Réflexion sur une double stratégie) », RTDCom 2006, pp. 100-101 : pour cet auteur, ne pas recodifier le droit français conduirait à nous priver « *sans doute de la possibilité de participer au débat sur ce fameux instrument optionnel. Si le droit français est aujourd'hui hors-jeu, c'est en partie parce qu'il apparaît vieilli aux yeux de nos partenaires européens...* ».

¹⁶⁷⁴ MAZEAUD D. et REVET T., « Editorial », RDC 2006, n°1 spéc. Colloque *La réforme du droit des contrats : projet et perspectives*, page 4.

livre II, plus profond encore que celui du Titre III du Livre III, est beaucoup plus inquiétant »¹⁶⁷⁵. Si on a pu constater à l'échelle interne que le manque d'intérêt politique en faveur d'une réforme du droit des obligations était une des raisons de l'échec des tentatives successives de révision du code sur ce point, c'est au contraire le surcroît d'intérêt des institutions communautaires à mettre en place un code civil européen qui a conduit à ce que se concrétise le projet Catala. Ce qui fait craindre que « l'urgence politique [a] fait fi des priorités scientifiques »¹⁶⁷⁶. Le bilan du projet de réforme du droit des obligations s'annonce donc mitigé.

B) Le bilan du projet Catala

524. L'avant-projet Catala propose trois cents vingt-quatre nouvelles dispositions, tout en conservant peu ou prou en l'état plus de deux cents articles. Ce texte est pourtant salué autant qu'il est critiqué. Pour le Professeur Deumier, « il est voué tour à tour à être contesté, et en permanence écartelé entre le "trop" et le "pas assez" »¹⁶⁷⁷. D'un côté, il s'inscrit dans notre tradition codificatrice puisque « l'inspiration majeure reste le code Napoléon »¹⁶⁷⁸. S'il contient quelques innovations, il ne conduit pas à un bouleversement de la matière. En cela, ce n'est pas un code de rupture mais un « code d'ajustement »¹⁶⁷⁹. De l'autre, on peut lui reprocher de ne pas tenir suffisamment compte des propositions étrangères et européennes ; il reste en effet « fermement attaché à des règles très critiquées dans l'ordre interne et largement abandonnées dans les législations modernes »¹⁶⁸⁰ et/ou dans les projets de codification européenne.

¹⁶⁷⁵ REMY Ph., « Réviser le Titre III du Livre troisième du Code civil ? », RDC 2004, n°4, page 1172.

¹⁶⁷⁶ REMY Ph., *Ibidem*, page 1172.

¹⁶⁷⁷ DEUMIER P., « La doctrine collective législatrice : une nouvelle source du droit ? », RTDC 2006, n°1, chronique « Sources du droit en droit interne », page 64 spéc. Dans le même sens, JAMIN C., « Vers un droit européen des contrats ? (Réflexion sur une double stratégie) », RTDCom 2006, spéc. page 101 : si les intentions du groupe CATALA demeurent selon lui ambiguës, « chacun peut trouver dans l'avant-projet les intentions stratégiques qu'il veut. (...) les plus nationalistes y verront le moyen de préserver ou de glorifier notre droit civil, (...) les plus européens, l'instrument de notre éventuel retour dans le débat communautaire ».

¹⁶⁷⁸ MALAURIE Ph., « Présentation de l'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription », RDC 2006, n°1, Colloque « La réforme du droit des contrats : projet et perspectives », page 8.

¹⁶⁷⁹ CABRILLAC R., « Réforme du droit des contrats : révision-modification ou révision compilation ? », RDC 2006, n°1 spéc. Colloque « La réforme du droit des contrats : projet et perspectives », page 26.

¹⁶⁸⁰ TALLON D., « teneur et valeur du projet appréhendé dans une perspective comparative », RDC 2006, n°1 spéc. Colloque « La réforme du droit des contrats : projet et perspectives », page 132.

1) Les avancées

525. Les avancées présentes dans la réforme du droit des obligations sont nombreuses. Ces avancées résultent pour une grande part des évolutions jurisprudentielles et doctrinales françaises. Ainsi, les jurisprudences relatives à l'erreur inexcusable ou l'erreur sur la valeur ou les motifs,¹⁶⁸¹ à la cause,¹⁶⁸² à la réparation de la chose restituée dégradée ou détériorée,¹⁶⁸³ à l'exécution forcée en nature des obligations de faire,¹⁶⁸⁴ ou encore aux présomptions du fait de l'homme¹⁶⁸⁵ ont été entérinées par le projet de réforme.¹⁶⁸⁶ Ensuite, le projet a voulu aussi combler certaines lacunes des codificateurs de 1804. Ainsi, il a précisé et encadré la formation du lien contractuel, autour du triptyque « Liberté, loyauté et sécurité », prévoyant une section intitulée « De la formation du contrat ».¹⁶⁸⁷ Enfin, le codificateur a trouvé opportun que certaines constructions doctrinales fondamentales, telle la distinction entre obligation de moyen et de résultat, soient intégrées dans notre code civil.¹⁶⁸⁸

526. Les rédacteurs du projet ne se sont cependant pas appuyés sur la seule jurisprudence française ; ils se sont aussi inspirés des codifications en vigueur dans les pays, européens ou non, ainsi que des projets de codification européenne. Dans sa présentation de l'avant-projet, Monsieur Pierre Catala énumère les différents points de recoupement existants entre ce texte et les Principes Lando. Ainsi, fait-il remarquer qu'« *il est des convergences appréciables dans la formation du contrat, les vices du consentement et la représentation (...). Egalement dans les phases d'exécution, on trouve une faveur commune faite à l'exécution en nature du contrat, la trilogie des moyens disponibles face à la défaillance du débiteur (...) ainsi que la faculté de résolution unilatérale. On se réjouira plus encore d'une identité de vue en matière de prescription* »¹⁶⁸⁹. Or, certaines convergences résultent moins d'une volonté de s'aligner sur les PEDC que de la prise en compte d'une jurisprudence

¹⁶⁸¹ LEQUETTE Y., LOISEAU G. et SERINET Y.-M., « Validité du contrat – Consentement (article 1108 à 1115-1) », in *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, page 21.

¹⁶⁸² GHESTIN J., « Validité-Cause », in *op. précit.*, page 27.

¹⁶⁸³ SERINET Y.-M., « Restitutions après anéantissement du contrat (articles 1161 à 1164-7) », *op. précit.*, page 49.

¹⁶⁸⁴ LEVENEUR L. et LECUYER H., « Exécution des obligations (article 1152 à 1156-2) », *op. précit.*, page 39.

¹⁶⁸⁵ STOFFEL-MUNCK Ph., « Preuve des obligations (articles 1283 à 1326-2) », *op. précit.*, page 62.

¹⁶⁸⁶ Pour une liste quasi exhaustive des consécutions jurisprudentielles incorporées dans l'avant-projet de réforme : MAZEAUD D., « Observations conclusives », in *La réforme du droit des contrats : projet et perspectives*, RDC 2006, n°1, page 189.

¹⁶⁸⁷ DELEBECQUE Ph. et MAZEAUD D., « Formation du contrat (article 1104 à 1107) », in *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, pages 16-17.

¹⁶⁸⁸ CATALA P., « Présentation générale de l'avant-projet », in *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, La documentation française, 2006, page 4.

¹⁶⁸⁹ CATALA P., « Présentation générale de l'avant-projet », in *op. précité*, page 6.

française déjà largement en phase avec ses principes. Si l'on prend l'exemple de la résolution unilatérale, l'avant-projet ne fait qu'entériner une évolution jurisprudentielle récente « *inspirée par la nécessité d'une solution rapide et économique, ce qui permet dans une certaine mesure la déjuridiciarisation des relations contractuelles* »¹⁶⁹⁰.

527. Dès lors, quelles dispositions ont été directement influencées par les divers projets doctrinaux européens ? Par mimétisme, l'avant-projet de réforme français insère dans le code civil une nouvelle section relative à la forme du contrat, sur le modèle du code Gandolfi.¹⁶⁹¹ De la même manière, la définition plus large retenue de la cession de créance permet d'accueillir en son sein la cession de garantie, comblant ainsi le retard français pris en la matière par rapport à la majorité des pays européens,¹⁶⁹² et mettant notre code en accord avec le chapitre 11 des PEDC, consacré à la cession de créance. En effet, son article 11.101 dispose en son alinéa 4 que « *Dans le présent chapitre, le terme de "cessions" s'applique au transfert de créances à titre de garantie* ». ¹⁶⁹³ En outre, en matière de responsabilité,¹⁶⁹⁴ l'avant-projet introduit la possibilité pour le juge de réduire l'indemnisation lorsque la victime, par une négligence caractérisée, a laissé un dommage s'aggraver sans réagir ou n'a rien fait pour le réduire.¹⁶⁹⁵ Cette innovation, largement admise par nos voisins européens, est calquée sur l'article 9.505 des PEDC.¹⁶⁹⁶

528. C'est aussi en matière de prescription que l'alignement sur les Principes Lando est des plus significatifs. L'avant-projet propose un délai unique de trois ans en matière de

¹⁶⁹⁰ FAUVARQUE-COSSON B., « La réforme du droit des contrats : perspective comparative », in *La réforme du droit des contrats : projet et perspectives*, RDC 2006, n°1, page 156.

¹⁶⁹¹ Le code GANDOLFI consacre en effet un titre IV aux formes du contrat : CATALA P., « Validité – Forme (articles 1127 à 1128-2) », in *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, pages 30-31.

¹⁶⁹² SYNVEY H., « Opérations sur créances (articles 1251 à 1282) », in *op. précit.*, page 58

¹⁶⁹³ Sur ce chapitre 11 des PEDC : ROUHETTE G. et autres, *Principes du droit européen du contrat*, Société de Législation comparée, 2003, page 449 et s.

¹⁶⁹⁴ Sur les apports du projet CATALA en matière de responsabilité : VINEY G., « Projet de réforme du droit des obligations : les éléments clés en matière de droit de la responsabilité », RLDC 2005, n°22, page 13 et s.

¹⁶⁹⁵ VINEY G., « Sous-Titre III- De la responsabilité civile (articles 1340 à 1386) - Exposé des motifs », in *op. cit.*, page 149.

¹⁶⁹⁶ Article 9.505 PEDC : « Le débiteur n'est point tenu du préjudice souffert par le créancier pour autant que ce dernier aurait pu réduire son préjudice en prenant des mesures raisonnables. Le créancier a droit au remboursement de tout frais qu'il a raisonnablement engagés en tentant de réduire le préjudice ». Pour un commentaire : ROUHETTE G. et autres, *Principes du droit européen du contrat*, Société de Législation comparée, 2003, page 409 et s. ; PERRUCHOT-TRIBOULET V., « Article 9.505 : réduction du préjudice », in in PRIETO C. (sous dir.), *Regards croisés sur les principes du droit européen du contrat et sur le droit français*, PUAM, 2003, pp. 529-540.

prescription extinctive, à l'image de l'article 14.201 des PEDC,¹⁶⁹⁷ ce qui opère un bouleversement important en la matière. En effet, on passe ainsi d'un délai de 30 ans à un délai de 3 ans.¹⁶⁹⁸ Pour Monsieur Philippe Malaurie, ce changement présente ainsi trois avantages. Il permet tout d'abord de mettre le droit français en adéquation avec « *le nouvel esprit du droit civil des pays faisant partie de l'Union européenne et du droit communautaire contemporain (et dont la réforme du Code civil s'impose chaque fois qu'elle est utile)* »¹⁶⁹⁹. De plus, il prend en compte le souci croissant du monde des affaires d'une certaine rapidité des opérations contractuelles et, enfin, opère une simplification de notre droit et rend plus facile sa connaissance pour les principaux intéressés.¹⁷⁰⁰ De façon plus réservée, le projet Catala accorde aussi un plus grand rayonnement au principe de bonne foi. Celle-ci n'est en effet plus limitée à gouverner l'exécution des contrats¹⁷⁰¹ ; elle est étendue à la période précontractuelle.¹⁷⁰² La bonne foi doit ainsi guider les co-contractants de la négociation du contrat jusqu'à sa rupture.¹⁷⁰³ Pour autant, à la différence des PEDC notamment, la bonne foi n'est pas érigée en véritable devoir général et règle d'ordre public.¹⁷⁰⁴ Les solutions directement transposées des projets européens ne sont donc pas légion. A côté des avancées accomplies par le projet de réforme, perdurent certaines résistances.

2) Les résistances

529. Les rédacteurs de l'avant-projet ont jugé préférable de rejeter certaines solutions entrant en contradiction avec l'esprit insufflé au projet ou celles étant à leurs yeux

¹⁶⁹⁷ Article 14.201 PEDC : « Le délai de la prescription de droit commun est de trois ans » : pour un commentaire, ROUHETTE G. et autres, *Principes du droit européen du contrat, précité*, page 521.

¹⁶⁹⁸ On note toutefois, qu'à la différence des PEDC qui ne prévoit qu'un seul délai, le projet CATALA propose trois prescriptions : outre le délai de droit commun de 3 ans, un délai de 10 ans régit les prescriptions particulières et un délai variant entre 10 et 30 ans, à compter du fait générateur de l'obligation, pour la totalité des autres prescriptions.

¹⁶⁹⁹ MALAURIE Ph., « De la prescription et de la possession (articles 2234 à 2281) - Exposé des Motifs », in *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, page 173.

¹⁷⁰⁰ MALAURIE Ph., *ibidem*.

¹⁷⁰¹ A travers les termes de l'alinéa 3 de l'article 1134 du code civil.

¹⁷⁰² Ce que la jurisprudence avait d'ailleurs déjà admis. CORNU G., « Introduction », in *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, page 9.

¹⁷⁰³ Onze dispositions de l'avant-projet font expressément référence à la bonne foi. Les principaux sont les articles 1104 (pourparlers), 1106 (promesse unilatérale et pacte de préférence), 1134 (force obligatoire), 1222 (paiement) et 2264 (suspension prescription).

¹⁷⁰⁴ Article 1.201 PEDC : « Chaque partie est tenue d'agir conformément aux exigences de bonne foi. Les parties ne peuvent exclure ce devoir ni le limiter ». Voir pour un commentaire, MESTRE J., « Bonne foi », in PRIETO C. (sous dir.), *Regards croisés sur les principes du droit européen du contrat et sur le droit français*, PUAM, 2003, page 116 et s.

« *potentiellement dangereuses en matière civile* ». Ces règles sont pourtant contenues dans les projets de codification européenne et/ou adoptées par de nombreuses législations civiles des Etats membres de l'Union européenne.¹⁷⁰⁵ Parmi ces dispositions, deux exemples peuvent être pris, illustrant le refus de prendre en compte une solution s'imposant à l'échelle européenne, et d'autre part, la volonté de s'inscrire dans une perspective pour certains résolument « *franco-française* »¹⁷⁰⁶.

530. Concernant la théorie de l'imprévision,¹⁷⁰⁷ le projet Catala rejette la possibilité pour le juge de modifier le contenu contractuel lorsque des circonstances imprévisibles en ont bouleversé l'économie au point de rendre son inexécution particulièrement onéreuse. Il est vrai qu'à la différence du juge administratif, telle est la position de la Cour de cassation depuis son célèbre arrêt de 1876, Canal de Craponne, les principes « *pacta sunt servanda* » et d'intangibilité des contrats faisant obstacle à la réception de cette théorie.¹⁷⁰⁸ Pourtant, « *la majorité des systèmes étrangers consacrent (...) avec des variantes, le pouvoir des juges de réviser le contrat ou d'en prononcer la résiliation ou la résolution, en cas de changement de circonstances* »¹⁷⁰⁹. La France apparaît donc isolée sur ce point. De même, si l'article 6.111 des PEDC pose le principe du devoir des parties de remplir leurs obligations, il admet toutefois la théorie de l'imprévision, sous certaines conditions prévues en son alinéa 2.¹⁷¹⁰ Il

¹⁷⁰⁵ Par exemple, l'objet du contrat n'est ni évoqué par les PEDC, ni par le code GANDOLFI : HUET J. et CABRILLAC R., « Validité – Objet (articles 1121 à 1123) », in *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, page 24. De même, en matière de responsabilité du fait des choses, aucun autre pays ne connaît un régime semblable. Pourtant, le groupe VINEY s'est prononcé en faveur du maintien de ce régime de responsabilité, consacrant ainsi l'acquis jurisprudentiel intervenu en la matière.

¹⁷⁰⁶ TALLON D., « Teneur et valeur du projet appréhendé dans une perspective comparative », in *La réforme du droit des contrats : projet et perspectives*, RDC 2006, n°1, page 131 ; MAZEAUD D., « Observations conclusives », *ibidem*, page 193.

¹⁷⁰⁷ Sur la théorie de l'imprévision, voir notamment l'ouvrage de STOFFEL-MUNCK Ph., *Regards sur la théorie de l'imprévision – Vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain*, PUAM, 1994.

¹⁷⁰⁸ Cass. Civ. 6 mars 1876, DE GALLIFFET C. COMMUNE DE PELISSANNE, D.1876, I, page 193, note GIBOULOT. Les faits de l'affaire, bien que connus de tous, étaient les suivants : M. de Craponne s'était obligé à construire un canal destiné à arroser les terres cultivées de la Commune de Pélissanne ainsi que de l'entretenir et d'en assurer le bon fonctionnement. En contrepartie, les propriétaires terriens s'engageaient à verser une certaine somme. Les frais d'entretien augmentant au fil du temps et corrélativement la redevance perçue s'amenuisant, l'héritier de M. de Craponne, M. de Gallifet, demanda la réévaluation du montant de la somme perçue. Les juges du fond accueillirent sa demande. La Cour de cassation casse pourtant l'arrêt de la CA d'Aix-en Provence au visa de l'article 1134 du code civil : « *il n'appartient pas aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants* ».

¹⁷⁰⁹ FAUVARQUE-COSSON B., « La réforme du droit des contrats : perspective comparative », in *La réforme du droit des contrats : projet et perspectives*, RDC 2006, n°1, page 162.

¹⁷¹⁰ Article 6.111 PEDC alinéas 1 et 2 : « - Une partie est tenue de remplir ses obligations, quand bien même l'exécution en serait devenue plus onéreuse, soit que le coût de l'exécution ait augmenté, soit que la valeur de la contre-prestation ait diminué. - Cependant, les parties ont l'obligation d'engager des négociations en vue d'adapter leur contrat ou d'y mettre fin si cette exécution devient onéreuse à l'excès pour l'une d'elles en raison d'un changement de circonstances qui est survenu après la conclusion du contrat, qui ne pouvait être

en résulte que les parties doivent tout d'abord tenter de renégocier le contrat avant de saisir le juge, afin que ce dernier procède soit à l'anéantissement de l'engagement pris, soit à son adaptation dans le but de le rééquilibrer.¹⁷¹¹ Les juristes français, fidèles à la jurisprudence séculaire de la Cour de cassation, ont préféré s'en tenir à une « *forte incitation des parties à restaurer la justice du contrat* »¹⁷¹². Les articles 1135-1 à 1135-3 du projet prévoient en effet de prévenir les difficultés d'exécution du contrat à venir ou à défaut d'organiser une renégociation sous l'impulsion du juge.¹⁷¹³ Cependant était-il bien utile de rappeler le pouvoir dévolu aux parties de négocier une modification de leur convention ? Celui-ci en effet « *ne découle-t-il pas directement du principe de liberté contractuelle ?* »¹⁷¹⁴. Peut-on raisonnablement croire que l'incitation à la renégociation, même par le canal du juge, suffira à rééquilibrer certains contrats dont le maintien est devenu intolérable pour l'une des parties ? Certains auteurs regrettent par conséquent que le projet de réforme n'ait pas intégré cette avancée.¹⁷¹⁵ Loin d'entrer en contradiction avec notre droit en ce qu'elle est présentée par les PEDC comme l'exception et non le principe, elle semble s'inscrire dans la perspective croissante visant à accorder au juge un pouvoir modérateur chaque fois que des excès peuvent être craints.¹⁷¹⁶ Les PEDC l'ayant enserrée dans des conditions d'application, on ne peut guère dénoncer un risque d'arbitraire du juge.¹⁷¹⁷ Il est donc dommage que cette solution réintroduisant une certaine équité ou équilibre contractuel ait été évincée du projet de réforme des obligations.

raisonnablement pris en considération au moment de la conclusion du contrat, et dont la partie lésée n'a pas à supporter le risque en vertu du contrat ».

¹⁷¹¹ Article 6.111 PEDC alinéa 3 : « Faute d'accord des parties dans un délai raisonnable, le tribunal peut mettre fin au contrat à la date et aux conditions qu'il fixe, ou l'adapter de façon à distribuer équitablement entre les parties les pertes et les profits qui résultent du changement de circonstances. Dans l'un et l'autre cas, il peut ordonner la réparation du préjudice que cause à l'une des parties le refus par l'autre de négocier ou sa rupture de mauvaise foi des négociations ».

¹⁷¹² BOSCO D., « Article 6.111 : Changement de circonstances », in PRIETO C. (sous dir.), *Regards croisés sur les principes du droit européen du contrat et sur le droit français*, PUAM, 2003, page 350.

¹⁷¹³ Article 1135-1 : « Dans les contrats à exécution successive ou échelonnée, les parties peuvent s'engager à négocier une modification de leur convention pour le cas où il adviendrait que, par l'effet des circonstances, l'équilibre initial des prestations réciproques fût perturbé au point que le contrat perde tout intérêt pour l'une d'elles ». Article 1135-2 : « A défaut d'une telle clause, la partie qui perd son intérêt dans le contrat peut demander au président du TGI d'ordonner une nouvelle négociation ». Article 1135-3 : « Le cas échéant, il en irait de ces négociations comme il est dit au chapitre 1^{er} du présent titre. Leur échec, exempt de mauvaise foi, ouvrirait à chaque partie la faculté de résilier le contrat sans frais ni dommage ». Pour un commentaire général de ces articles : GHOZI A., « Effet des conventions, Interprétation, Qualification (article 1134 à 1143) », in *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, La documentation française, 2006, page 25.

¹⁷¹⁴ FAUVARQUE-COSSON B., « La réforme du droit des contrats : perspective comparative », in *La réforme du droit des contrats : projet et perspectives*, RDC 2006, n°1, page 164.

¹⁷¹⁵ Par ex., MAZEAUD D., « Observations conclusives », RDC 2006, n°1 spéc. Colloque *La réforme du droit des contrats : projet et perspectives*, page 194.

¹⁷¹⁶ TALLON D., « Hardship » (chapter 27), in HARTKAMP A. et autres (éd.), *Towards a European civil code*, Third fully revised and expanded edition, Kluwer law international, 2004, page 503.

¹⁷¹⁷ TALLON D., « Hardship » (chapter 27), in op. cit., page 504.

531. Concernant ensuite la cause, l'avant-projet conforte cette figure emblématique de notre droit, pourtant fortement décriée par certains auteurs français en raison de sa complexité. Ainsi, la cause réelle et licite reste une condition de validité du contrat, en dépit de l'isolement sur ce point de notre législation vis-à-vis des autres Etats membres et de l'absence de cette construction dans les divers projets européens. Monsieur Jacques Ghestin, qui a eu en charge la rédaction de la partie de l'avant-projet sur la cause, explique que quatre options s'offraient à lui.¹⁷¹⁸ De façon radicale, il aurait pu soit maintenir la théorie en l'état, soit à l'opposé céder aux sirènes européennes en la supprimant purement et simplement, mais aucune de ces deux propositions ne seront retenues par lui. Dans l'optique de conservation de la cause, il lui fallait éviter deux écueils, celui d'une définition trop restrictive, ôtant tout utilité pratique à la cause, et à l'inverse celui d'une définition trop extensive, pouvant conduire à une situation d'insécurité juridique.¹⁷¹⁹ Deux autres solutions furent donc envisagées. La première consistait en une mutation de la notion de cause, « *qui en ferait un instrument souple et polyvalent de justice contractuelle, support de l'équivalence ou tout au moins de la proportionnalité des prestations échangées et de leur intérêt* »¹⁷²⁰. La seconde, finalement retenue, réside en « *un effort de clarification qui rendrait compte du droit positif, c'est-à-dire de la jurisprudence, tout en ramenant la cause, à partir d'une notion commune, au plus petit nombre possible de définitions fonctionnelles, ayant chacune un domaine distinct* »¹⁷²¹. Ainsi, par exemple, le nouvel article 1125 confirme la jurisprudence *Chronopost* et ses applications.¹⁷²² Ce choix de maintenir la cause doit s'analyser selon le Professeur Ghestin comme la possibilité « *de progresser et de conserver ainsi une certaine influence sur les textes d'harmonisation, qui peuvent nous être plus ou moins imposés de l'extérieur* »¹⁷²³.

532. Tant le rejet de la théorie de l'imprévision que le maintien de la théorie de la cause témoignent de la volonté du groupe Catala d'enraciner le droit français des obligations dans certaines de ces spécificités, dans l'espoir que ces divergences retiennent l'attention des

¹⁷¹⁸ GHESTIN J., « Le futur : exemples étrangers. Le code civil en France aujourd'hui », in *Faut-il réformer le titre III du livre II du code civil ?*, RDC 2004, n°4, spéc. pages 1164-1165.

¹⁷¹⁹ GHESTIN J., « Validité-Cause », in *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, La documentation française, 2006, page 25.

¹⁷²⁰ GHESTIN J., « Le futur : exemples étrangers. Le code civil en France aujourd'hui », op.cit., page 1165.

¹⁷²¹ GHESTIN J., « Le futur : exemples étrangers. Le code civil en France aujourd'hui », ibid., page 1165.

¹⁷²² GHESTIN J., « Validité-Cause », in *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, La documentation française, 2006, page 27.

¹⁷²³ GHESTIN J., « Le futur : exemples étrangers. Le code civil en France aujourd'hui », *précité*, page 1165.

juristes européens, soient prises en compte dans les projets de codification européenne. Il est bien évident que si la France veut exercer une certaine influence, dans la perspective d'un code européen, elle se devait de moderniser son Code civil, et notamment son droit des obligations. Cependant, même si les auteurs s'en défendent, cet avant-projet de réforme fait plutôt figure de « *codification-résistance* »¹⁷²⁴, selon l'expression de Monsieur Rémy Cabrillac. Son principal enjeu consiste en effet en la défense de la tradition juridique française de la menace européenne, en la survie de notre code civil, « *non par chauvinisme passéiste mais par légitime fidélité à la culture juridique française et par sincère attachement à la progressive construction de l'Europe* »¹⁷²⁵. S'il est vrai que l'avant-projet ne s'ouvre pas suffisamment au droit européen et ne se place pas toujours à l'avant-garde, cette proposition a tout de même le mérite de ne plus isoler les juristes français du débat communautaire. Comme on l'a souligné à juste titre, « *le débat n'est d'ailleurs pas de savoir si le texte est parfait ; il ne le sera jamais. Ce qui importe, c'est que même en l'état, nul ne peut raisonnablement dire qu'il est indigne. Ses ambiguïtés et ses quelques incohérences ont même cet avantage paradoxal d'offrir aux juristes les ressources argumentatives propres à autoriser de nombreuses inflexions en ce sens. Et encore une fois, l'essentiel du débat ne porte pas sur le fond, il est d'ordre stratégique : voulons-nous ou non revenir dans le concert européen ?* »¹⁷²⁶.

533. C'est un même sentiment mêlé de protection et d'adaptation du droit français au droit européen qui a présidé à la réforme d'autres pans importants de notre code civil, même si dans ces domaines, le code civil européen ne paraît être que la cause indirecte de la recodification civile ainsi opérée.

Paragraphe II - Le Code civil européen, cause indirecte de la recodification

534. La perspective d'un code civil européen est aussi la cause indirecte du mouvement de recodification civile intervenu tant en droit des sûretés qu'en droit des personnes et de la famille.

¹⁷²⁴ CABRILLAC R., « Les enjeux de la codification en France », Revue « Les Cahiers de droit », vol.46, n°1-2, mars/juin 2005, n°spécial Colloque de Laval (Québec) des 19, 20 et 21 sept. 2004, pp 543-544 spéc.

¹⁷²⁵ CABRILLAC R., « Les enjeux de la codification en France », *précité*, page 545.

¹⁷²⁶ JAMIN C., « Vers un droit européen des contrats ? (Réflexion sur une double stratégie) », RTDCom 2006, page 103.

535. D'une part, il est apparu à l'occasion de la commémoration du bicentenaire du Code civil que des matières voisines au droit des obligations, tels le droit des sûretés et le droit des biens, devaient être elles aussi modernisées. Cette proximité avec un droit des obligations forcé de se remettre en question car concurrencé à l'échelle européenne explique en partie la volonté de certains spécialistes de réformer le droit des sûretés. Plus facile à mener, cette entreprise interviendra très rapidement, cette matière n'étant pas en effet sustentée par une idéologie aussi présente qu'en droit des obligations.¹⁷²⁷

536. D'autre part, des réformes ponctuelles, mais d'une certaine envergure, ont vu le jour en droit des personnes et de la famille, domaine pourtant largement remodelé grâce à la plume de Jean Carbonnier. De façon encore plus indirecte, c'est moins la perspective d'un code civil européen, pouvant potentiellement procéder à l'unification même dans ce domaine, que les multiples modifications intervenues en la matière sous l'influence du droit européen des droits de l'Homme qui ont poussé le législateur à modifier les règles principalement relatives au droit des successions ou au droit de la filiation.

A) En droit des sûretés et des biens

537. Le constat fait en 2004 du vieillissement du code civil et la perspective d'un code civil européen ont fortement incité la doctrine française à se pencher également sur le droit des sûretés et le droit des biens, afin de peser sur le débat européen. Certains auteurs considèrent ainsi que la Commission ne saurait envisager sérieusement un instrument harmonisant le droit des contrats en Europe, sans s'attacher à des matières qui sont en étroite interaction avec ce droit.¹⁷²⁸ Par exemple, on trouve au confluent du droit des contrats et du droit des sûretés, les contrats de crédit. De la même façon, le transfert des droits réels par convention est à la croisée des chemins du droit contractuel et du droit des biens. Il existe donc un intérêt certain à harmoniser le droit des sûretés, notamment les sûretés personnelles, celles-ci pouvant servir à garantir l'exécution des contrats¹⁷²⁹ et les sûretés mobilières¹⁷³⁰.

¹⁷²⁷ AYNES L., « Présentation générale de la réforme », in « La réforme du droit des sûretés », D. 2006 (Cahier Droit des affaires), page 1289.

¹⁷²⁸ Voir aussi l'étude comparative menée sous la direction de C. VON BAR et U. DROBNIG : *The interaction of contract law and tort and property law in Europe : a comparative study*, European Law Publishers, 2004.

¹⁷²⁹ MALINVAUD Ph., « Réponse -hors délai- à la Commission européenne : à propos d'un code européen des contrats », D. 2002, chron., page 2548.

S'agissant du droit des biens, l'harmonisation doit être aussi envisagée, même si pour certains elle serait davantage souhaitable concernant les biens meubles,¹⁷³¹ car cette matière est indéniablement influencée tant par le droit européen des droits de l'Homme que, de manière croissante, par le droit communautaire.

1) La réforme du droit des sûretés

538. Le droit des sûretés est, avec le droit des biens, la matière qui a subi le moins de modifications législatives. Or, le droit des sûretés a connu depuis 1804 des bouleversements importants.¹⁷³² Une réforme en profondeur s'avère primordiale, car « *le droit français des sûretés, constitué, sur le socle vieillissant des textes du code de 1804, d'une multitude d'additions, de régimes propres à tels biens, à telle situation, ou à telle catégorie de personnes, au surplus dispersés dans plusieurs codes et dans de nombreux textes spéciaux, [est] devenu un maquis inextricable, y compris par les initiés* »¹⁷³³. Cette matière souffre ainsi d'une certaine insécurité juridique, ce qui peut paraître paradoxal.

539. Dans la lignée de l'initiative Catala, l'association Henri Capitant décide par conséquent à partir de juillet 2003 de s'atteler à cette réforme. Un groupe de travail, sous la présidence du Professeur Michel Grimaldi, est formé. Il se compose de dix personnalités, universitaires et praticiens. En cours de chemin, cette initiative privée est fortement encouragée par le Président de la République, qui annonce officiellement lors de la cérémonie en l'honneur du bicentenaire du Code civil, que tant les travaux entrepris en droit des obligations que ceux en droit des sûretés devraient déboucher dans les cinq ans sur une recodification.¹⁷³⁴ Bien qu'ayant entrepris ses travaux quasiment au même moment que le groupe de travail sur le droit des obligations, la Commission Grimaldi, forte de cette caution institutionnelle, aboutit très rapidement à un avant-projet.¹⁷³⁵ Après dix-huit mois de travail,

¹⁷³⁰ Comme le préconise de façon prioritaire F. WERRO : « La dénationalisation du droit privé dans l'Union européenne », in *L'européanisation du droit privé : vers un code civil européen ?*, 1998, page 20.

¹⁷³¹ MALINVAUD Ph., « Réponse -hors délai- à la Commission européenne : à propos d'un code européen des contrats », précit., page 2548 : pour cet auteur, les biens meubles ont davantage de chances de relever du commerce transfrontalier que les biens immeubles.

¹⁷³² SIMLER Ph., « Codifier ou recodifier le droit des sûretés personnelles ? », in Ouvrage collectif, *1804-2004, Le livre du bicentenaire*, Litec, 2004, page 373 et s.

¹⁷³³ SIMLER PH., « Avant-propos », JCP G. 17 mai 2006, supplément au n°20, page 3.

¹⁷³⁴ JCP G 2004, act 166.

¹⁷³⁵ CROCQ P., « La future réforme du droit français des sûretés réelles », RLDC 2005, page 27.

les rédacteurs soumettent le texte au garde des sceaux le 31 mars 2005. Par le biais de la loi du n°2005-842 du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie,¹⁷³⁶ le Parlement autorise le Gouvernement à réformer certaines dispositions du droit des sûretés par voie d'ordonnance. L'ordonnance du 23 mars 2006,¹⁷³⁷ intégrée au Code civil, ne reprendra donc que certaines des propositions du groupe de travail et non l'avant-projet tout entier,¹⁷³⁸ en raison d'une habilitation législative partielle et restrictivement interprétée par le Conseil d'Etat. Les dispositions relatives au droit du cautionnement et à la théorie générale du droit des sûretés n'ont donc pas pu malheureusement être adoptées.¹⁷³⁹

540. Si « *le droit des sûretés est (...) une des branches du droit où les différences entre les législations nationales sont les plus accusées* », c'est aussi « *l'une de celles où l'impératif d'harmonisation est le plus important* ».¹⁷⁴⁰ Outre certains projets régionaux d'uniformisation,¹⁷⁴¹ des travaux européens ont vu le jour en la matière. Tout d'abord, la Commission s'intéresse depuis peu au droit européen des sûretés. Dans son livre vert sur le crédit hypothécaire,¹⁷⁴² publié le 19 juillet 2005, elle propose notamment de réfléchir à la « *création d'un instrument paneuropéen, qui pourrait être utilisé de manière souple, pour ce qui concerne la garantie des prêts immobiliers, c'est-à-dire les sûretés hypothécaires* »¹⁷⁴³. Cette suggestion pourrait peut-être déboucher un jour sur un instrument optionnel, sous la forme d'un 26^{ème} régime, sur le modèle du cadre commun de référence en droit des contrats.¹⁷⁴⁴ En outre, rien n'empêche la Commission, dans les années à venir, de généraliser le débat aux sûretés transfrontalières. De manière plus large, certains groupes doctrinaux se

¹⁷³⁶ JO du 27 juillet 2005, page 12160. Cette loi habilite le gouvernement à prendre par voie d'ordonnance certaines mesures en matière de nantissement, d'antichrèse, crédit hypothécaire, garantie autonome, lettre d'intention, droit de rétention. Par conséquent, elle ne donnait pas compétence au gouvernement pour réformer l'ensemble du droit des sûretés.

¹⁷³⁷ Ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés : JO du 24 mars 2006, page 4475 ; JCP G. 2006, I, page 121.

¹⁷³⁸ Sur cette ordonnance : FREMEAUX E. et DAUBLON G., « La réforme du droit des sûretés (ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006) », Defrénois 2006, page 1085 et s.

¹⁷³⁹ SIMLER PH., « Avant-propos », JCP G. 17 mai 2006, supplément au n°20, page 4 : outre le cautionnement, le gouvernement a écarté certains chapitres de l'avant-projet, tels ceux relatifs à la cession fiduciaire à titre de sûreté, le nantissement d'instruments financiers.

¹⁷⁴⁰ BUY F., « Recodifier le droit du cautionnement (à propos du rapport sur la réforme du droit des sûretés) », RLDC 2005, page 30.

¹⁷⁴¹ Voir, dans le cadre de l'organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) : GRIMALDI M., « L'acte uniforme portant organisation du droit des sûretés », LPA 13 octobre 2004, n°spéc., page 30 ; de même, l'Uniform commercial code américain traite en partie du droit des sûretés : WITZ C., « L'influence des codifications nouvelles sur le code civil de demain », in *Livre du bicentenaire*, précité, page 705 spéc.

¹⁷⁴² Livre vert de la Commission européenne du 19 juillet 2005 sur le crédit hypothécaire : COM (2005) 327 final.

¹⁷⁴³ NOURISSAT C., « Droit civil de l'Union européenne : panorama 2005 », D. 2006, page 1263.

¹⁷⁴⁴ C'est ce que laisse entendre la Commission : Livre vert de la Commission européenne du 19 juillet 2005 sur le crédit hypothécaire, précité, point 48.

consacrent en effet au droit européen des sûretés. D'une part, dans le cadre du projet du *common core of european private law*, une étude relative aux sûretés réelles a ainsi été publiée en 2004.¹⁷⁴⁵ D'autre part, au sein du groupe dirigé par Monsieur Christian von Bar, une équipe de chercheurs sous la direction de Monsieur Ulrich Drobnig, a élaboré un ensemble de principes concernant tant les sûretés réelles que les sûretés personnelles.¹⁷⁴⁶

541. Cette actualité européenne n'est donc pas sans rapport avec la réforme entreprise à l'échelle interne du droit des sûretés. A mots couverts, le projet de loi pour la confiance et la modernisation de l'économie laissait transparaître cette idée d'insuffler un nouveau souffle aux droit des sûretés et de développer le crédit hypothécaire afin d'assurer une compétitivité des règles françaises.¹⁷⁴⁷ La modernisation de ce pan du droit civil s'explique, tout comme en droit des obligations, par la nécessité de lui redonner une attractivité perdue, le contexte européen et international se voulant fortement concurrentiel.¹⁷⁴⁸ Cependant, la réforme du droit des sûretés ne semble pas suffisante pour rehausser l'attractivité du droit civil français. Le droit des biens doit lui aussi faire l'objet d'une cure de jouvence.

2) La réforme du droit des biens

542. Le constat de l'immobilisme du livre II du Code civil, consacré aux biens, est devenu banal.¹⁷⁴⁹ En deux siècles, peu d'articles ont été modifiés, ce pan du code civil ne reflétant plus dès lors les évolutions de la société.¹⁷⁵⁰ Pourtant, le droit des biens a profondément changé mais essentiellement en dehors du cadre du code. Il est en quelque sorte

¹⁷⁴⁵ KIENINGER E.-M. (éd.), *Security rights in movable property in European private law*, Cambridge, 2004.

¹⁷⁴⁶ Ces principes sont consultables, dans leur version de 2005, sur le site du Study group. Pour un commentaire d'une partie de ces principes : DROBNIG U., « Traits fondamentaux d'un régime européen des sûretés personnelles », in *Etudes offertes à Philippe Simler*, Litec/Dalloz, 2006.

¹⁷⁴⁷ Voir plus précisément l'article 6 de ce projet de loi.

¹⁷⁴⁸ BUY F., « Recodifier le droit du cautionnement (à propos du rapport sur la réforme du droit des sûretés) », RLDC 2005, page 27.

¹⁷⁴⁹ REMY Ph., « Regards sur le code », in *Livre du bicentenaire*, précité, page 105 : l'auteur fait remarquer que sur les 196 articles d'origine, 152 ont été conservés. Voir aussi, LIBCHABER R., « La recodification du droit des biens », in *Livre du bicentenaire*, précité, page 297 et s.

¹⁷⁵⁰ BLANC-JOUVAN X., « L'influence du code civil sur les codifications étrangères récentes », in *Livre du bicentenaire*, précité, page 505 : l'auteur rappelle que le droit des biens « n'a de valeur que relativement à une société donnée et à un moment déterminé. Dans le code de 1804, c'était le droit d'une société rurale à une époque où la richesse était essentiellement immobilière. Or la réalité est évidemment bien différente aujourd'hui... ».

devenu l'archétype d'un droit « décodifié ».¹⁷⁵¹ L'opportunité de réformer la matière se ressent chaque jour davantage. C'est pourquoi, récemment, l'association Henri Capitant a décidé de récidiver et de constituer un nouveau groupe de travail, sous la présidence du Professeur Périnet-Marquet, ayant en charge la réforme tant attendue du droit des biens.¹⁷⁵²

543. Cette initiative s'inscrit dans la droite ligne de celles parrainées par cette association en droit des contrats et en droit des sûretés. La perspective d'un code civil européen semble encore une fois à l'origine de ce travail doctrinal. D'un côté, le livre II ne reflétant pas le droit vivant, les juristes étrangers n'auront pas facilement accès aux innovations intervenues en la matière. De l'autre, le vieillissement et la désuétude de notre droit des biens ne nous permettront pas d'influer sur la mise en place d'un droit européen des biens. Car, tant le droit européen des droits de l'Homme que le droit communautaire ont fortement influencé ces dernières années les droits internes et ont contribué à amorcer de fait un certain rapprochement. D'une part, on constate en la matière un consensus européen autour de certaines notions, par exemple celle de droit de propriété. Cela s'explique en partie par le fait que la définition du droit de propriété posée par notre code civil a fidèlement été reprise par d'autres pays européens de même tradition.¹⁷⁵³ Dans un arrêt de principe,¹⁷⁵⁴ la Cour de Strasbourg opère même un lien entre les systèmes de *civil* et de *common law*, affirmant que les mots français « biens », « propriété », « usage de biens », en anglais « possessions » et « use of property » laissent à penser qu'en droit européen, « *le droit de disposer de ses biens constitue un élément traditionnel fondamental du droit de propriété* »¹⁷⁵⁵. Si la Cour européenne des droits de l'Homme entend la notion de « biens » de façon autonome¹⁷⁵⁶ et de manière particulièrement extensive¹⁷⁵⁷, sa position jurisprudentielle rejoint, hormis quelques

¹⁷⁵¹ Sur ce phénomène de « dé-codification » : REMY Ph., « Le processus de dé-codification », in DUNAND J.-Ph. et WINIGER B., *Le code civil français dans le droit européen*, Bruylant 2005, page 197 et s.

¹⁷⁵² Cette décision a été prise lors du Conseil d'administration de l'association en date du 5 juillet 2006. Monsieur GRIMALDI en a fait part lors de l'une de ses contributions : GRIMALDI M., « Présentation de la loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités », D. 2006, page 2551.

¹⁷⁵³ BIRSAN C., « Le droit de propriété dans la Convention européenne des droits de l'Homme : applications jurisprudentielles », ronéo, 2004. Voir aussi : IDHAE, *La protection du droit de propriété par la Cour européenne des droits de l'Homme*, Bruylant, 2005.

¹⁷⁵⁴ CEDH 13 juin 1979, Marckx c/ Belgique : GACEDH, n°48, page 468.

¹⁷⁵⁵ Arrêt Marckx, précité, § 63.

¹⁷⁵⁶ Depuis son arrêt de principe CEDH 23 février 1995, GASUS DOSIER c/ Pays-Bas, Série A, 306-B, la Cour ne s'arrête pas à la qualification nationale de « bien » mais retient une définition qui lui est propre.

¹⁷⁵⁷ MALAURIE Ph. et AYNES L., *Les biens*, Defrénois, 2005, page 7. Les auteurs soulignent notamment que le droit au respect des biens peut être invoqué, devant la Cour de Strasbourg, même en l'absence d'un quelconque titre juridique. Or cette solution n'a pas été confirmée par l'arrêt CEDH (grande chambre) 30 novembre 2004, ONERYILDIZ c/ Turquie ; GACEDH, n°63 : il affirme que l'espoir du requérant de se voir un jour céder le terrain sur lequel il avait érigé son taudis ne constituait pas une créance suffisamment établie.

exceptions,¹⁷⁵⁸ les dispositions de la plupart des codes civils européens. D'autre part, bien que « *l'impact du droit communautaire sur le droit des biens reste une matière à explorer* »¹⁷⁵⁹, des intrusions notables se sont produites, que ce soit par le biais de directives, telle la directive portant sur la multipropriété,¹⁷⁶⁰ ou de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, à propos des baux d'immeubles,¹⁷⁶¹ des acquisitions de terres, terrains à bâtir, ou de biens immobiliers.¹⁷⁶² Nul doute que dans l'avenir, le droit communautaire ne s'intéresse encore davantage au droit des biens.

544. Tant la réforme adoptée en droit des sûretés que celle tout juste entreprise en droit des biens témoignent de la nécessité d'une approche globale et non parcellaire du mouvement de recodification civile.

B) En droit des personnes et de la famille

545. Sous l'égide de Jean Carbonnier, le droit des personnes et de la famille a profondément été rénové au cours des années soixante et soixante-dix.¹⁷⁶³ C'est en effet un des pans de notre code civil qui a subi le plus de modifications. Or, eu égard à une fondamentalisation et à une européanisation du droit civil sans cesse croissante, le droit des personnes et de la famille se renouvelle continuellement. Ce pan du droit civil a de grandes chances de faire partie intégrante du code civil européen, comme en témoignent les récents travaux de la Commission pour le droit européen de la famille,¹⁷⁶⁴ même si son champ

¹⁷⁵⁸ Par exemple, le droit d'obtenir à titre compensatoire, des biens établis par une loi spéciale, qui remplacent ceux qui ont été perdus suite à une évacuation de territoire au cours de la seconde guerre mondiale : CEDH 22 juin 2004, Broniowski c/ Pologne.

¹⁷⁵⁹ NOURISSAT C., « Droit civil de l'Union européenne : panorama 2005 », D. 2006, page 1265.

¹⁷⁶⁰ Directive 94/47/CE du PE et CE du 26 octobre 1994 concernant la protection des acquéreurs pour certains aspects des contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation à temps partiel des biens immobiliers, JO L 280 du 29 octobre 1994, page 83.

¹⁷⁶¹ CJCE 13 octobre 2005, Brigitte et Marcus Klein c/ Rhodus Management Ltd, aff. C-73/04 : affaire rendue à propos du droit d'utilisation à temps partiel d'un bien immobilier.

¹⁷⁶² CJCE (gde chbre) 13 décembre 2005, Commission c/ Aktionsgemeinschaft recht und Eigeintum eV, aff. C-78/03 P : concernant les aides accordées par les autorités allemandes pour l'acquisition de terres ; CJCE 1^{er} décembre 2005, Burtscher, aff. C-213/04 : à propos de l'acquisition de terrains à bâtir. Cette affaire est mise en lumière par NOURISSAT C., « Droit civil de l'Union européenne : panorama 2005 », D. 2006, page 1265 ; CJCE (gde chbre) 25 octobre 2005, ELISABETH SCHULTE, aff. C-350/03 : concernant l'achat d'un bien immobilier.

¹⁷⁶³ MASSIP J., « Le nouveau droit de la filiation », Defrénois 2006, doct. n°38303, page 6. Voir aussi, par exemple, l'introduction de la vérité affective pour contrebalancer la toute puissance de la vérité biologique : MILLET F., « La vérité affective ou le nouveau dogme de la filiation », JCP G. 2006, I, n°112, page 303.

¹⁷⁶⁴ Nous rappelons que cette commission, créée en 2001, a pour ambition de formuler des Principes de droit européen de la famille, sur le modèle de la Commission LANDO, dans le but d'une harmonisation du droit de la famille en Europe.

d'action est pour le moment limité puisqu'à ce jour, seuls des principes de droit du divorce ont été publiés.¹⁷⁶⁵ Par conséquent, il est nécessaire que le législateur français modernise le livre premier de notre Code civil, afin de rendre ses dispositions plus lisibles, tant à l'échelle interne qu'internationale.

546. Or, seules des lois ponctuelles, venues au coup par coup modifier notre code civil, se sont succédées. Aucune réforme globale de ces matières n'a été envisagée, bien qu'une partie de la doctrine s'interroge sur l'opportunité d'une telle entreprise.¹⁷⁶⁶ A défaut, des réformes d'envergure ont été menées, comme en droit de la filiation ou en droit des successions et des libéralités. Ces textes ont permis de mettre notre droit des personnes et de la famille en conformité avec les standards européens, tant dans ses aspects patrimoniaux qu'extrapatrimoniaux. Le code civil européen n'est donc ici que la cause indirecte du mouvement de recodification.

1) Les aspects patrimoniaux

547. Bien que la césure entre droit patrimonial et droit extrapatrimonial soit quelque peu artificielle, elle permet de constater que la perspective d'un code civil européen va davantage de soi concernant les aspects patrimoniaux qu'extrapatrimoniaux.¹⁷⁶⁷ Cela s'explique sans doute par l'attraction naturelle de l'Union européenne pour les aspects économiques. Tant le droit de la ConvEDH que le droit communautaire ne cessent de s'immiscer en droit des régimes matrimoniaux, des successions ou des libéralités.

¹⁷⁶⁵ CEFL, *Principles of european family law regarding divorce and maintenance between former spouses*, Intersentia, Anvers, Oxford, 2004. Pour une présentation de ces principes : FERRAND F., « Les principes de droit du divorce établis par la Commission de droit européen de la famille », RLDC 2005, n°17, page 29 (1^{ère} partie) et n°18, page 41 (2^{ème} partie) : la Commission travaille depuis sur des principes européens en matière de responsabilité parentale (autorité parentale sur la personne et les biens de l'enfant mineur).

¹⁷⁶⁶ HAUSER J., « Les difficultés de la recodification : les personnes », in Livre du bicentenaire, précité, page 201 et s. ; DEKEUWER-DEFOSSEZ F., « Codifier le droit de la famille ? », Livre du bicentenaire, précité, page 219 et s.

¹⁷⁶⁷ Comme en témoigne le peu de contributions relatives au droit des personnes et de la famille au sein de l'ouvrage de référence « *Towards a european civil code* », précité. Deux contributions seulement sont relatives à l'opportunité d'une harmonisation en droit de la famille et au droit des successions en Europe. Le droit des personnes est complètement absent.

548. D'une part, le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme interfère dans notre droit patrimonial de la famille. Ainsi, dans ses arrêts *Kanoun* et *Siegel*,¹⁷⁶⁸ la Cour de Strasbourg considère que le délai raisonnable de l'article 6 de la ConvEDH doit s'appliquer aux liquidations matrimoniales et successorales. De façon plus remarquée, la loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001 relative à l'enfant adultérin et au conjoint survivant avait pour origine directe la condamnation de la France dans l'arrêt *Mazurek*.¹⁷⁶⁹ Fondée sur le principe d'égalité des filiations et par conséquent des droits successoraux des enfants, la position retenue par la Cour de Strasbourg aboutit à condamner la France pour violation des articles 1 du Protocole 1 et 14 ConvEDH combinés. Très rapidement, le législateur prend acte de cette solution et supprime toutes les dispositions du Code civil restrictives des droits successoraux de l'enfant adultérin.¹⁷⁷⁰ Dans la droite ligne de cette jurisprudence, la Cour européenne des droits de l'Homme a ultérieurement étendu la prohibition des discriminations entre les filiations aux libéralités.¹⁷⁷¹

549. D'autre part, l'Union européenne s'intéresse aux aspects patrimoniaux du droit de la famille, que ce soit en matière de droit aux prestations familiales,¹⁷⁷² de recouvrement des aliments,¹⁷⁷³ ou à propos des rapports patrimoniaux entre personnes mariées ou non mariées,¹⁷⁷⁴ jusqu'au divorce.¹⁷⁷⁵ L'Union désire aussi s'engager dans la voie d'un droit communautaire des successions. Pour Monsieur Cyril Nourissat, deux raisons majeures ont conduit la Commission à réfléchir à la question des successions transfrontalières, à savoir la forte mobilité des familles au sein de l'Union européenne et la volonté politique de continuer à faire avancer l'Europe des citoyens.¹⁷⁷⁶ Une consultation a donc été lancée en 2005, suite à la publication du livre vert « Successions et testaments ».¹⁷⁷⁷ Il faut cependant souligner que cette intrusion dans le droit patrimonial de la famille se fait principalement par le biais des

¹⁷⁶⁸ CEDH 3 octobre 2000, *KANOUN c/ France* et CEDH 28 novembre 2000, *SIEGEL c/ France* : RTDCiv. 2000, obs. VAREILLE. Voir aussi : MARGUENAUD J.-P., « Liquidations des régimes matrimoniaux et des successions – Notion de délai raisonnable », *Defrénois* 2001, article n°37420, page 1238.

¹⁷⁶⁹ CEDH 1^{er} février 2000, *MAZUREK c/ France* : JCP 2000, II, n°10286 ; GACEDH n°51, page 498 et s.

¹⁷⁷⁰ Toutefois, la France est condamnée une seconde fois dans l'arrêt *MERGER* et *CROS* du 22 décembre 2004.

¹⁷⁷¹ CEDH 13 juillet 2004, *PLA* et *PUNCERNAU c/ Andorre*.

¹⁷⁷² *DEVERS A.*, « Le droit aux prestations familiales à l'épreuve de la mobilité intracommunautaire », *AJ Famille* 2005, n°11, page 380 et s.

¹⁷⁷³ *TOULIEUX F.*, « Aperçu sur le recouvrement des aliments en Europe », *AJ Famille* 2005, n°11, page 383 et s.

¹⁷⁷⁴ *RICHEZ-PONS A.*, « Les rapports patrimoniaux entre personnes mariées ou non mariées », *AJ Famille* 2005, n°11, page 386 et s.

¹⁷⁷⁵ *FULCHIRON H.*, « Vers une communautarisation des règles de conflit de lois en matière de divorce ? », *AJ Famille* 2005, n°11, page 390 et s.

¹⁷⁷⁶ *NOURISSAT C.*, « Le droit communautaire des successions : le livre vert de la Commission et ses suites », *Droit et patrimoine* 2006, page 59 et s.

¹⁷⁷⁷ Livre vert de la Commission européenne du 1^{er} mars 2005, COM (2005) 65 final. Voir *NOURISSAT C.*, « Les successions : à propos du livre vert de la Commission du 1^{er} mars 2005 », *AJ famille* 2005, page 393.

instruments de droit international privé communautaire et de façon plus prospective de règles matérielles. Toutefois, nul doute que ces divers rebondissements européens ont encouragé le législateur français à recodifier la matière.

560. Ainsi, et contrairement à la loi de 2001 concernant l'enfant adultérin, la loi n°2006-728 du 23 juin 2006 a récemment refondu de façon globale les titres I et II du Livre III.¹⁷⁷⁸ Cette réforme du droit des successions et des libéralités était attendue. Hormis la révision déjà ancienne du droit des régimes matrimoniaux, le droit patrimonial de la famille n'avait pas été remanié dans son ensemble. La loi de 2006 procède à une rénovation d'un livre III qui « *paraissait en décalage avec les réalités démographiques, économiques et avec la forme des familles actuelles* »¹⁷⁷⁹. Pour Monsieur Philippe Simler, elle fût surtout l'occasion de rendre la matière « *plus lisible tant au niveau interne qu'international* »¹⁷⁸⁰. On peut donc supposer qu'une des causes de la rénovation du droit des successions et des libéralités réside dans l'aspiration de la doctrine française à jouer un rôle dans le cadre d'une éventuelle harmonisation européenne du droit de la famille, ce qui vaut tant pour les aspects patrimoniaux qu'extrapatrimoniaux.

2) Les aspects extrapatrimoniaux

561. Concernant les aspects extrapatrimoniaux, les lois du 4 mars 2002 relatives au nom et à l'autorité parentale reflètent la volonté du législateur de remédier aux inégalités entre père et mère, subsistant au sein du code civil.¹⁷⁸¹ Ainsi, en matière de nom de famille, le principe du libre choix du nom, tient compte de la jurisprudence européenne qui condamne toute inégalité entre l'homme et la femme dans sa transmission à l'enfant.¹⁷⁸² Mais c'est la réforme du droit de la filiation, attendue depuis de nombreuses années, qui retiendra plus particulièrement notre attention. A l'initiative de la chancellerie, un groupe de travail avait été

¹⁷⁷⁸ Cette réforme entrera en vigueur au 1^{er} janvier 2007. LEVILLAIN N., « Loi du 23 juin 2006 : principales nouveautés relatives aux successions », JCP N. 2006, page 1231 et s.

¹⁷⁷⁹ LEROYER A.-M., Chronique droit interne, RTDCiv. 2006, n°3, page 612.

¹⁷⁸⁰ SIMLER PH., « Avant-propos », JCP G. 17 mai 2006, supplément au n°20, page 3.

¹⁷⁸¹ Loi du 4 mars 2002 n°2002-305 relative à l'autorité parentale et loi du 4 mars 2002 n°2002-304 relative au nom de famille de l'enfant, modifiée par la loi du 18 juin 2003.

¹⁷⁸² CEDH 22 février 1994, BURGHARTZ c/ Suisse : Série A, page 280-B ; D.1995, page 5, note MARGUENAUD . La cour considère que manque de justification objective et raisonnable la différence de traitement imposée aux époux dans le choix de leur nom, ce qui emporte une violation de l'article 8 CEDH combiné avec l'article 14 CEDH. Pour une confirmation ultérieure, CEDH 16 novembre 2004, UNAL TEKELI c/ Turquie.

constitué pour préparer un avant-projet. La loi du 9 décembre 2004 portant simplification du droit a habilité le gouvernement à procéder à cette rénovation du droit de la filiation par voie d'ordonnances.¹⁷⁸³ Elle a donné lieu à l'ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005,¹⁷⁸⁴ qui sous couvert d'une réforme purement « technique », procède à des orientations nouvelles du droit de la filiation.¹⁷⁸⁵

562. Certaines innovations contenues dans cette ordonnance témoignent de la volonté de prendre davantage en compte les solutions européennes retenues en la matière.¹⁷⁸⁶ Telle est la volonté affichée de ne plus distinguer entre les différents types de filiation, en supprimant du code civil les différences existant à propos des modes d'établissement et de contestation de la filiation. Plus particulièrement, le nouvel article 311-25 du code civil, qui dispose désormais que la filiation est établie à l'égard de la mère par la désignation de celle-ci dans l'acte de naissance, permet en définitive de mettre notre droit en conformité avec les prescriptions de la Cour européenne des droits de l'Homme.¹⁷⁸⁷ Dans un arrêt déjà ancien,¹⁷⁸⁸ la Cour de Strasbourg avait considéré que la législation belge, ne permettant l'établissement du lien de filiation maternelle naturelle par le seul biais d'un acte volontaire, portait atteinte au droit au respect de la vie familiale de la requérante garanti par l'article 8 ConvEDH. Pour la Cour, c'est le principe même de la nécessité d'une reconnaissance qui contrecarre et entrave le développement normal de la vie familiale. La Belgique, tout comme la France, opérait alors une distinction entre l'établissement automatique du lien de filiation maternelle légitime, les énonciations du seul acte de naissance suffisant, et l'établissement du lien de filiation maternelle naturelle, qui restait subordonné à une véritable reconnaissance. Cet arrêt aurait dû donc conduire tant le législateur belge que français à faire évoluer leur position sur ce point. Si la Belgique révisé son code civil par une loi du 31 mars 1987,¹⁷⁸⁹ la France n'en fera de même que presque vingt années plus tard. L'ordonnance de 2005 a ainsi permis à une législation française isolée de s'aligner sur la majorité des autres pays européens, où l'on

¹⁷⁸³ JO du 10 décembre 2004, page 20857.

¹⁷⁸⁴ JO du 6 juillet 2005, page 11159, D.2005, lég., page 1925. Pour des commentaires : HAUSER J., « Des filiations à la filiation », RJPF 2005, page 6 ; GARE Th., « La réforme de la filiation », JCP G. 2005, act. page 144 ; Dossier spécial filiation sur l'ordonnance du 4 juillet 2005, Dr. famille 2006, études 1 à 11.

¹⁷⁸⁵ MASSIP J., « Le nouveau droit de la filiation », Defrénois 2006, doct. n°38303, page 7.

¹⁷⁸⁶ Même s'il faut souligner que le droit français de la filiation, notamment dans son versant maternel, reste encore particulièrement original sur certains points : GRANET-LAMBRECHTS F., « La filiation maternelle demain : entre mise en conformité à la Convention européenne des droits de l'Homme et originalité persistante de la législation française », in Etudes offertes au Doyen Philippe SIMLER, Litec/Dalloz, 2006.

¹⁷⁸⁷ MASSIP J., « Le nouveau droit de la filiation », Defrénois 2006, doct. n°38303, page 17.

¹⁷⁸⁸ CEDH 13 juin 1979, MARCKX c/ Belgique : GACEDH, n°48, page 468, § 36.

¹⁷⁸⁹ Le nouvel article 312 du code civil belge dispose depuis que « l'enfant a pour mère la personne qui est désignée comme telle dans l'acte de naissance ».

considère que l'indication obligatoire, ou non, du nom de la mère dans l'acte de naissance suffit à établir le lien de filiation, que la femme soit ou non mariée.¹⁷⁹⁰ Il faut toutefois noter que la jurisprudence avait devancé le législateur puisque dans deux arrêts, l'un intervenu le 14 juin 2005¹⁷⁹¹ avant l'adoption même de l'ordonnance, et l'autre rendu le 14 février 2006¹⁷⁹² avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance, la Cour de cassation, reprenant à son compte la jurisprudence *Marckx*, avait censuré les juges du fond pour n'avoir pas considéré que la seule indication du nom de la mère dans l'acte de naissance suffisait pour établir une filiation maternelle naturelle.¹⁷⁹³

563. Pour conclure, la perspective d'un code civil européen est bien à l'origine du mouvement de recodification civile entrepris par le législateur français. Or, quels que soient en définitive sa forme, son champ d'action et sa force juridique, le code civil européen constitue indéniablement « *une source presque inespérée de rayonnement* »¹⁷⁹⁴ pour notre code en particulier, dont on ne cesse de constater le déficit d'influence, mais aussi pour l'ensemble des codes civils nationaux. Cet effet subversif positif s'accompagne cependant d'un effet subversif négatif, la recodification civile accomplie au niveau interne souffrant peut-être d'un manque de coordination entre les différents projets et réformes. Par conséquent, cette recodification ne se révèle « *guère habile à permettre une réunification du droit civil français* » et serait même « *susceptible de conforter l'éclatement contemporain de la législation civile* ». ¹⁷⁹⁵ Toutefois, même si ces effets pernicieux tiennent davantage à l'opération même de recodification qu'à l'adoption future d'un code civil européen, ils devront être maîtrisés.

¹⁷⁹⁰ Tel est le cas, entre autres, de l'Allemagne (§ 1591 du BGB), la Suisse (article 252 code civil), l'Espagne (article 120 code civil), le Portugal, la Hongrie, le Royaume Uni, la Pologne, la Croatie, ou le Luxembourg.

¹⁷⁹¹ Cass. Civ. 1^{ère} 14 juin 2005 : D. 2005, page 825.

¹⁷⁹² Cass. Civ. 1^{ère} 14 février 2006 : D.2006, page 1029, note G. KESSLER.

¹⁷⁹³ Marc AZAVANT fait d'ailleurs remarquer que l'arrêt du 14 février 2006 va même « *au delà d'une simple anticipation de l'ordonnance. Cette dernière prévoit en effet dans ses dispositions transitoires que les personnes nées avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance ne peuvent s'en prévaloir dans les successions déjà liquidées. L'arrêt du 14 février ne comporte aucune restriction semblable. Toutes les instances en cours introduites avant le 1^{er} juillet 2006 seront donc soumises à la jurisprudence du 14 février. Ces enfants naturels bénéficieront d'un effet plein de leur lien, y compris dans les successions déjà liquidées. Comment une telle différence de traitement sera perçue à Strasbourg ?* » : in « Droit international et européen », chronique sous la dir. de LUBY M. et POILLOT-PERUZZETTO S., JCP G. 2006, I, n°157, page 1391.

¹⁷⁹⁴ BUY F., « Recodifier le droit du cautionnement (à propos du rapport sur la réforme du droit des sûretés) », RLDC 2005, page 30.

¹⁷⁹⁵ REVET TH., « La recodification, entre tentation et illusions », in Ouvrage collectif, *1804-2004, Le livre du bicentenaire*, Litec, 2004, page 465 et s. spéc.

564. Outre la possibilité offerte à notre code de rayonner à nouveau au plan européen, le code civil européen engendre un autre effet subversif, au sens où l'entend Madame Horatia Muir-Watt, non plus sur le droit lui-même mais sur la communauté même des juristes.

Section II – L'influence doctrinale : la mobilisation internationale des juristes

565. Tout le monde s'accorde à dire que l'un des mérites du débat enclenché par le code civil européen réside dans la mobilisation scientifique internationale qu'il a suscité, que cette mobilisation soit favorable ou non à cette entreprise.¹⁷⁹⁶ Que l'on considère le code civil européen comme un mythe ou comme une réalité en devenir, on peut *a priori* le ranger dans la catégorie des utopies, au sens premier du mot donné par son créateur Thomas More, soit comme une chose qui ne se rencontre en aucun lieu.¹⁷⁹⁷ Le mot utopie ne renvoie donc en rien au sens figuré courant de « *chimère, conception d'un idéal irréalisable* »¹⁷⁹⁸ et doit davantage être rapproché de la notion de « *prospectivité juridique* »¹⁷⁹⁹. L'utopie étant une forme de subversion, le code civil européen va ensemer l'imaginaire du juriste, de la doctrine.¹⁸⁰⁰

566. Faut-il rappeler qu'en France, la doctrine exercerait, selon Messieurs Philippe Jestaz et Christophe Jamin, une double fonction,¹⁸⁰¹ celle initiale d'opinion, puisque par le biais des écrits divers elle contribue à présenter de façon savante et critique le droit positif ou prospectif, et celle plus occultée de légitimation, son savoir pouvant s'analyser en source de pouvoir, légitimant ainsi les propositions qui peuvent être faites. Ainsi, le code civil européen apparaît d'une part comme une utopie critiquable. L'interrogation des juristes, français et étrangers, autour du code civil européen est nécessaire en effet pour élargir l'horizon de cet instrument tel que le conçoivent les institutions communautaires et donc enrichir un débat

¹⁷⁹⁶ Pour F. WERRO, « *l'idée de codification de l'ensemble du droit privé a des vertus mobilisatrices, et c'est là son avantage* » : « La dénationalisation du droit privé dans l'Union européenne », in *L'eupéanisation du droit privé : vers un code civil européen ?*, 1998, page 21.

¹⁷⁹⁷ MALAURIE Ph., « L'utopie et le bicentenaire du code civil », in 1804-2004 –Le code civil : un passé, un présent, un avenir, précité, page 1.

¹⁷⁹⁸ Voir « Utopie », in *Dictionnaire de l'académie française*, 8 éd., page 2703.

¹⁷⁹⁹ Pour le Professeur PRIETO, « *la prospectivité est une étape ultérieure en ce que loin de s'opposer à la réalité, elle envisage un ancrage dans celle-ci* » : PRIETO C., « Un code civil européen : de l'utopie à la prospectivité juridique », LPA 7 mai 2004, page 21.

¹⁸⁰⁰ PRIETO C., *ibidem*.

¹⁸⁰¹ JESTAZ Ph. et JAMIN C., *La doctrine*, coll. Méthodes du droit, Dalloz, 2004, page 217.

européen qui ne doit pas être le reflet d'une pensée unique (paragraphe I). D'autre part, l'utopie que renferme le code civil européen se veut résolument créatrice. Elle va en effet déboucher sur une mise en action de la force constructrice de la doctrine, permettre de renouveler l'analyse juridique et de proposer un droit virtuel qui pourrait bien à terme devenir réel¹⁸⁰² (paragraphe II).

Paragraphe I - Le code civil européen, utopie critiquable

567. Selon Madame Catherine Prieto, « *on jette l'opprobre sur l'aspiration unitaire de l'Europe en l'associant "au pays de nulle part" de Thomas More, sans racines historiques ni culturelles, sans véritable volonté politique, sans autre idéologie que celle du marché. Par opposition au Code civil, le pays du réel, le Code civil européen est discrédité comme l'est toute utopie* »¹⁸⁰³. Or, si la mise en place d'un code civil européen est sujette à critique de la part de la doctrine européenne, c'est en réalité au sens large du terme. C'est en effet l'occasion pour les universitaires d'exprimer un point de vue, un jugement de valeur sur l'entreprise de codification, que celui-ci soit positif ou négatif. Les institutions communautaires les encouragent d'ailleurs fortement à faire usage de leur fonction d'opinion, à la suite de chaque consultation menée par la Commission européenne.

568. Après une période de nécessaire rodage, la doctrine s'acquitte à la perfection de sa tâche, selon deux types de démarches très différentes.¹⁸⁰⁴ D'un côté, dans une démarche classique dite « savante », les juristes commentent, analysent les avancées européennes. La démarche savante s'organise autour de deux axes, que sont la présentation des projets, sous la forme de contributions écrites et orales, et la participation même aux projets, que cette participation soit consultative ou active. De l'autre, dans une démarche plus originale dite « militante », la doctrine agit à titre individuel ou collectif comme un groupe de pression, dans le dessein légitime de faire entendre sa voix au sein du projet de code civil européen. La critique militante du code civil européen s'est manifestée tant individuellement que

¹⁸⁰² Pour reprendre l'idée du Professeur DEUMIER, à propos des principes LANDO : DEUMIER P., « La doctrine collective législatrice : une nouvelle source du droit ? », RTDC 2006, n°1, chronique « Sources du droit en droit interne », page 65.

¹⁸⁰³ PRIETO C., « Un code civil européen : de l'utopie à la prospective juridique », LPA 7 mai 2004, page 21.

¹⁸⁰⁴ Cette distinction est empruntée à JESTAZ Ph. et JAMIN C., *La doctrine*, coll. Méthodes du droit, Dalloz, 2004, page 245 spéc.

collectivement. D'une part, chaque juriste, universitaire ou praticien, peut traditionnellement se livrer à un examen critique du droit positif ou prospectif. Si les opinions individuelles oscillent entre les remarques plus que véhémentes des farouches opposants au code civil européen¹⁸⁰⁵ et les louanges de ses partisans les plus chevronnés¹⁸⁰⁶, une large majorité de la doctrine fait preuve de modération et perçoit dans cette entreprise tant des inconvénients que des avantages. Cependant, il faut bien avouer que la répétition de propos, particulièrement acerbes, a eu un impact sur la position de la Commission européenne.¹⁸⁰⁷ Au fil du temps et des communications devenues davantage rassurantes, les critiques se sont dès lors acheminées vers un juste équilibre. D'autre part, le phénomène d'une critique doctrinale collective du code civil européen prend de l'ampleur. Il est vrai qu'habituellement, « *des auteurs se regroupent pour exercer une recherche en commun mais à seule fin de se partager la tâche tout en multipliant les angles de vue* »¹⁸⁰⁸. Or, ici c'est la volonté de conférer un poids supplémentaire à une opinion collective émise et d'exercer par conséquent une pression politique et juridique plus forte, ainsi que d'alerter les juristes sur un point particulier, qui caractérise cette « *doctrine de masse* »¹⁸⁰⁹. « *L'attention portée à la doctrine serait-elle à ce point affaiblie qu'il lui faille agir groupée pour qu'elle soit entendue ?* ».¹⁸¹⁰

569. Deux exemples illustrent cette démarche concernant la perspective d'un code civil européen. D'un côté, la réponse « hors délai » faite par Monsieur Philippe Malinvaud à la Commission européenne à propos d'un code européen des contrats,¹⁸¹¹ était le fruit d'un travail collectif de dix juristes français, ce qui ne saute pas immédiatement aux yeux du lecteur. Les juristes ayant collaboré à la rédaction de cet article n'ont en effet été cités par l'auteur qu'en note de bas de page. Cet article, bien que signé de la seule plume de Monsieur Philippe Malinvaud, reflétait donc la position de plusieurs universitaires, et subséquemment celle de certains membres de l'association Henri Capitant. En effet, une brève présentation de

¹⁸⁰⁵ Dont font partie Messieurs CORNU, MALAURIE, LEQUETTE et LEGRAND.

¹⁸⁰⁶ Dont Messieurs WITZ et RACINE sont les représentants.

¹⁸⁰⁷ Voir par exemple, RIBEYRE A.-M., « Le code européen des contrats : histoire d'un malentendu », Droit et patrimoine 2003, page 6. De même, STAUDENMAYER D., « Le plan d'action de la Commission européenne concernant le droit européen des contrats », JCP G 2003, I, n°127, page 711 : l'auteur souligne le fait que la Commission a pris en compte les contributions faisant suite au plan d'action, mais aussi les nombreux articles publiés sur le sujet dans les revues juridiques, ainsi que les actes de colloque. En outre, pour apaiser les critiques françaises, il affirme que la controverse qui s'est développée en France autour du Code civil européen est loin de refléter la réalité des réflexions communautaires sur ce sujet (page 715 spéc.).

¹⁸⁰⁸ JESTAZ Ph. et JAMIN C., *La doctrine*, coll. Méthodes du droit, Dalloz, 2004, page 241.

¹⁸⁰⁹ BENABENT A., « Une doctrine de masse ? », D. 2002, chronique, page 651.

¹⁸¹⁰ DEUMIER P., « La doctrine collective législatrice : une nouvelle source du droit ? », RTDC 2006, n°1, chronique « Sources du droit en droit interne », page 64.

¹⁸¹¹ MALINVAUD Ph., « Réponse -hors délai- à la Commission européenne : à propos d'un code européen des contrats », D. 2002, chronique, page 2542.

la chronique par Michel Grimaldi, Président de ladite association, indique que l'auteur « *a bien voulu recueillir les opinions spontanément émises par certains membres de l'association et rédiger le document qui suit* ». ¹⁸¹² Cet article avait pour principal but d'alerter la doctrine française suite au plan d'action de la Commission de 2001, les juristes français n'ayant manifesté jusque là que peu d'intérêt pour la question. De l'autre, le groupe d'étude sur la justice sociale en droit privé européen a publié la version française de son « Manifeste pour une justice sociale en droit européen des contrats ». ¹⁸¹³ Ce groupe est composé de façon hétéroclite de juristes universitaires en provenance d'Allemagne, Italie, Angleterre, France, Pays-bas ou de Finlande. S'adressant nommément aux institutions communautaires que sont la Commission, le Conseil des Ministres et le Parlement européen, ¹⁸¹⁴ ce groupe d'étude prend position en faveur d'une réorientation du projet de code européen des contrats. La démarche est résolument militante et tend à exercer, au delà d'une pression juridique, une pression politique sur les instances européennes, pour qu'elles fassent machine arrière ou du moins qu'elles prennent davantage en considération les analyses et les propositions faites par le groupe d'étude. Il est évident que les institutions communautaires ne pourront pas rester longtemps indifférentes à cette nouvelle forme de *lobbying* juridique.

570. Ainsi, la doctrine européenne, par delà les frontières, tendrait à s'exprimer et à se conduire comme un corps. Ces manifestations collectives sont le signe d'une prise de conscience des juristes qu'ils détiennent un certain pouvoir. Outre une utopie critiquable, le code civil européen est aussi une utopie créatrice en ce qu'il conduit la doctrine européenne à s'organiser et à se montrer solidaire, et en ce qu'il met en lumière le pouvoir créateur qu'elle renferme.

¹⁸¹² C'est pourquoi, « *si la réponse n'engage pas formellement l'association, elle se veut du moins représentative d'un courant informel répandu parmi ses membres* » : JESTAZ Ph. et JAMIN C., *La doctrine*, coll. Méthodes du droit, Dalloz, 2004, page 244.

¹⁸¹³ G.E.D.I.P., « Manifeste pour un justice sociale en droit européen des contrats », RTDC 2005, page 713 et s.

¹⁸¹⁴ G.E.D.I.P., « Manifeste pour un justice sociale en droit européen des contrats », *précit.*, page 734.

Paragraphe II - Le code civil européen, utopie créatrice

571. Les utopies d'aujourd'hui étant en quelque sorte les réalités de demain,¹⁸¹⁵ le code civil européen se révèle être une utopie créatrice à double titre, puisque il permet d'une part, de générer une cohésion doctrinale internationale sans précédent, et d'autre part, de mettre à jour la part créatrice du pouvoir doctrinal.

572. Premièrement, le code civil européen a engendré une cohésion doctrinale sur le plan international. L'enclenchement du processus de codification européenne a en effet conduit des juristes de diverses nationalités à travailler ensemble sur un projet commun, que ce soit une initiative spontanée ou que ce soit sur sollicitation expresse des institutions communautaires. Quoi qu'il en soit, de véritables réseaux européens se sont ainsi créés, au point que l'on parle d'émergence d'une doctrine dite transnationale, dont nous avons précédemment souligné l'intérêt.¹⁸¹⁶ Suite à la communication de la Commission du 11 juillet 2001,¹⁸¹⁷ l'idée avait germé de créer un institut européen qui soit le reflet de cette science juridique européenne émergente¹⁸¹⁸. Or, cette idée n'a jamais vu le jour alors que la construction d'une doctrine solide et résolument communautaire devrait être une condition préalable à l'entreprise de codification européenne. Cet « Institut du droit européen » permettrait pourtant de coordonner au mieux le rapprochement, l'échange et la coopération de la doctrine européenne, mais aussi de rationaliser les projets et travaux jusqu'ici entrepris¹⁸¹⁹.

573. Il est donc indispensable que cette force collective s'organise au mieux afin d'éclairer les divers acteurs de ses propositions. Cette doctrine transnationale est en effet le seul et unique relais existant entre des législateurs nationaux « *trop éloignés les uns des autres* » et qui « *ne sont pas habitués à discuter de leurs concepts juridiques* »¹⁸²⁰ et un législateur européen qui souhaite que le projet de codification européenne ne soit pas trop

¹⁸¹⁵ Pour reprendre une phrase célèbre du poète et écrivain Victor HUGO : REMILLARD G., « Codification et mondialisation », Revue « Les Cahiers de droit », vol.46, n°1-2, mars/juin 2005, n°spécial Colloque de Laval (Québec) des 19, 20 et 21 sept. 2004, page 612.

¹⁸¹⁶ Sur ce point, voir nos développements dans le titre II de la Première partie.

¹⁸¹⁷ Communication Commission du 11 juillet 2001, sur le « droit européen des contrats », JO CE du 13 septembre 2001, C, n° 255, page 1.

¹⁸¹⁸ RACINE J.B., « Pourquoi unifier le droit des contrats en Europe ? Plaidoyer en faveur de l'unification », Revue du droit de l'UE 2003, page 396.

¹⁸¹⁹ CHAMBOREDON A. ET SCHMID C. U., « Pour la création d'un « Institut européen du droit » - Entre une unification législative ou non législative, l'émergence d'une science juridique transnationale en Europe », RIDC 2001, n°3, spéc. page 686.

¹⁸²⁰ FAUVARQUE-COSSON B., « Faut-il un code civil européen ? », RTDC 2002, page 463.

éloigné des droits internes. L'enclenchement du processus codificateur met en lumière le rôle novateur joué par la doctrine dans l'élaboration du projet européen. Il est très différent de celui joué par la doctrine lors de la création du Code civil français. En effet, les rédacteurs de 1804, qui ne faisaient pas à proprement parler partie de la doctrine, se sont inspirés d'importants travaux doctrinaux, notamment des traités de Pothier ou Domat.¹⁸²¹ S'agissant du code civil européen, la doctrine est à la fois inspiratrice et créatrice. En outre, si cette force collective est nécessaire pour élaborer le futur code civil européen, elle l'est aussi pour « faire vivre » ce futur instrument. En effet, cette doctrine européenne devra poser un regard exégétique sur le code commun, par l'étude et l'explication des règles nouvelles, qu'elle aura contribué à écrire.¹⁸²²

574. Deuxièmement, le code civil européen permet de mettre à jour le pouvoir créateur de la doctrine européenne. Plus qu'inspiratrice, cette doctrine transnationale se veut quasi-législatrice. Le regroupement international de juristes au sein de groupes de travail s'inscrit dans la tendance nationale à faire appel à une commission élargie de juristes experts afin de proposer une réforme des codes en vigueur, dont les Commissions Grimaldi ou Catala constituent des archétypes. Pour Madame Pascale Deumier, ce phénomène récent d'« initiatives d'origine privée, savante, collective et dont l'objet est de proposer un modèle législatif, souvent sous forme de code » est désigné sous le terme de « doctrine collective législatrice ».¹⁸²³ Dès lors, doit-on voir dans ces initiatives privées une « prise de pouvoir doctrinale »¹⁸²⁴, destinée à ce que les propositions universitaires se transforment en droit officiel au niveau européen ? En d'autres termes, la doctrine européenne tente-t-elle de s'imposer à l'échelle européenne comme une nouvelle source de droit ?

575. Il est vrai que les différents modèles doctrinaux sont « dénués de force obligatoire intrinsèque »¹⁸²⁵. On pourrait les cantonner à n'être qu'une simple source d'inspiration pour les juges nationaux, d'autant plus que peu d'entre eux les utilisent ou y font

¹⁸²¹ BILLIAU M., « la doctrine et les codes – Quelques réflexions d'un civiliste français », Revue « Les Cahiers de droit », vol.46, n°1-2, mars/juin 2005, n°spécial Colloque de Laval (Québec) des 19, 20 et 21 sept. 2004, page 449.

¹⁸²² BILLIAU M., « la doctrine et les codes – Quelques réflexions d'un civiliste français », Revue « Les Cahiers de droit », vol.46, n°1-2, mars/juin 2005, page 459.

¹⁸²³ DEUMIER P., « La doctrine collective législatrice : une nouvelle source du droit ? », RTDC 2006, n°1, chronique « Sources du droit en droit interne », page 64.

¹⁸²⁴ FAUVARQUE-COSSON B., « Faut-il un code civil européen ? », RTDC 2002, page 463.

¹⁸²⁵ DEUMIER P., « La doctrine collective législatrice : une nouvelle source du droit ? », RTDC 2006, n°1, chronique « Sources du droit en droit interne », page 66.

expressément référence dans leurs décisions. Par conséquent, la doctrine collective législatrice ne serait qu'une source subsidiaire et non une source formelle, tant du droit français que du droit européen. En effet, cette simple autorité ne confère pas la force juridique qui fait défaut à ces codifications privées. Il faut impérativement qu'elles soient entérinées, reprises par une source formelle, qu'elle soit générale ou particulière.¹⁸²⁶ Il semble que tel pourrait être le cas si le futur règlement Rome I, relatif aux obligations contractuelles, est définitivement adopté en l'état. Il propose aux parties la possibilité de choisir comme loi applicable, outre les diverses lois étatiques, « *des principes et règles de droit matériel des contrats reconnus au niveau international et communautaire* »¹⁸²⁷. Les parties pourront donc orienter leur choix vers un droit non étatique. Selon l'exposé des motifs de la proposition Rome I, les principes ou règles ici visés sont « *notamment* » les dispositions « *des principes Unidroit, des principes of european contract law, ou d'un éventuel instrument communautaire optionnel, tout en interdisant le choix de la lex mercatoria, insuffisamment précise, ou de codifications privées qui ne seraient pas suffisamment reconnues par la Communauté internationale* »¹⁸²⁸, ces droits matériels non étatiques étant dès lors placés sur un pied d'égalité avec les lois étatiques.

576. Les institutions communautaires ne mettent pas l'ensemble des projets doctrinaux sur un pied d'égalité. A leurs yeux, certains d'entre eux détiendraient une autorité et une force juridique plus fortes. Il est topique de relever que si la force juridique des principes Unidroit et des principes de droit européen du contrat, et même d'un hypothétique instrument optionnel communautaire, est *a priori* reconnue, *quid* des autres projets doctrinaux, et notamment du code Gandolfi ? Par l'emploi de l'adjectif « *notamment* », il est bien clair que la liste établie n'est pas exhaustive. La seule certitude réside dans l'exclusion de la *lex mercatoria*, bien que ce choix apparaisse plus que critiquable.¹⁸²⁹ Dès lors, en fonction de quels critères va-t-on pouvoir autoriser les parties à désigner d'autres initiatives privées comme loi applicable ? Deux critères pertinents de sélection seront vraisemblablement pris en compte. D'une part, les principes ou règles de droit matériel devront être suffisamment précis, la *lex mercatoria* étant

¹⁸²⁶ DEUMIER P., *précitée*, page 68.

¹⁸²⁷ Article 3 alinéa 2 de la proposition de règlement.

¹⁸²⁸ Voir les termes de la Proposition de Règlement du PE et Conseil sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), Exposé des motifs, COM (2005) 650 final, 2005/0261 COD : JDI 2006, n°1, page 407 spéc.

¹⁸²⁹ En effet, d'une part, le débat sur la juridicité de la *lex mercatoria* semble dépassé et d'autre part, l'article 1.101 des PEDC dispose en son alinéa 3 que les PEDC peuvent recevoir application lorsque les parties « a) sont convenues que leur contrat serait régi par "les principes généraux du droit", la "lex mercatoria" ou une expression similaire » : sur ce point, voir PUTMAN E., « Article 1.101 – Application des principes », in PRIETO C. (sous la dir. de), « Regards croisés sur les principes du droit européen du contrat et sur le droit français », PUAM, 2003, pp. 103-106.

écartée en raison de sa prétendue imprécision. Or, l'emploi du terme de « codifications privées » ne suppose-t-il pas plutôt que, rejetant tout droit spontané, seul un droit savant, qui plus est codifié, serait ainsi accepté ? C'est l'idée que ce droit non étatique choisi devra donc en quelque sorte être empreint de certitude et de prévisibilité, peut-être aussi d'une certaine accessibilité. Pour autant, on ne lui demande pas d'être complet, puisque la proposition Rome I prévoit qu'en cas de lacune, « *les questions seront réglées selon les principes généraux dont ils s'inspirent, ou à défaut de ces principes, conformément à la loi applicable à défaut de choix en vertu du présent règlement* »¹⁸³⁰. D'autre part, la « reconnaissance » du droit non étatique par la Communauté internationale semble être le second critère. Ce critère se révèle plus difficile à manier, car on peut en effet légitimement se demander qui décidera de cette reconnaissance.¹⁸³¹ A partir de ces deux critères, l'avant-projet de code européen des contrats de l'académie des privatistes européens de Pavie devrait tout naturellement être lui aussi être considéré comme du droit non étatique, lui octroyant ainsi une certaine juridicité, au même titre que les PEDC.

577. Par conséquent, même si certains doutent de l'adoption en l'état du futur règlement,¹⁸³² la place faite à ces codifications privées aura pour conséquence importante d'imposer aux Etats membres l'application d'un droit non étatique, alors que les juridictions étatiques sont majoritairement sceptiques à l'égard du « contrat sans loi ».¹⁸³³ En effet, l'actuelle version de la convention de Rome ne vise que le choix de la loi étatique, puisqu'elle dispose que le contrat qui comporterait le choix d'un droit non étatique doit être régi par la loi applicable à défaut de choix de contrat.¹⁸³⁴ C'est à ladite loi applicable qu'il appartient donc

¹⁸³⁰ Article 3 § 2 Proposition de règlement Rome I.

¹⁸³¹ LAGARDE P., « Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) », RCDIP 2006, n°2, page 336.

¹⁸³² Fauvarque-Cosson B., « Droit européen et international des contrats : l'apport des codifications nationales », D. 2007, chronique, page 101 : l'auteur affirme que l'article 3 alinéa 2 de la proposition, permettant aux parties de choisir comme loi applicable des principes et des règles de droit matériel des contrats reconnus au niveau international ou communautaire, ne sera pas adopté en l'état car « le 22 août 2006, le rapporteur du texte au Parlement européen, Maria Berger, a présenté divers amendements à la proposition de la Commission. L'amendement 4 supprime la référence aux principes et règles de droit matériel des contrats reconnus au niveau communautaire pour ne plus mentionner que ceux reconnus au niveau international. Depuis lors, les représentants des Etats membres ont exprimé leurs fortes réticences à toute forme de choix d'une loi non étatique, y compris aux principes Unidroit ».

¹⁸³³ Le contrat sans loi est en effet davantage l'apanage de l'arbitrage international : Voir l'étude complète de GANNAGE L., « Le contrat sans loi en droit international privé et droit non étatique », Rapport général, 17^{ème} congrès de l'Académie internationale de droit comparé, ronéo.

¹⁸³⁴ LAGARDE P., « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la convention de Rome du 19 juin 1980 », RCDIP 1991, page 287.

de définir la place à accorder aux règles non étatiques choisies par les parties.¹⁸³⁵ La proposition de règlement Rome I, instrument qui sera directement applicable en droit interne, aboutira donc à contrecarrer la méfiance affichée par les juges nationaux dans l'application de ces codifications privées. Sans aller la considérer comme une source formelle du droit, la doctrine européenne s'octroie un rôle important dans la création du droit européen, effet subversif pour le moins inattendu engendré par le processus de codification européenne.

¹⁸³⁵ Voir les articles 3 et 4 de la Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles du 19 juin 1980, JO n° L 266 du 9 octobre 1980, page 1.

Conclusion du Chapitre I :

578. La perspective d'un code civil européen conduit à s'interroger sur les sources du droit en général. En effet, on assisterait avec le code civil européen à une sorte de « privatisation »¹⁸³⁶ du processus de codification, du fait de la multiplication des initiatives privées de la part de la doctrine européenne, chacune aspirant à livrer aux institutions communautaires un code « clé en main » ou du moins une proposition susceptible d'être reprise en tout ou partie par les autorités compétentes. Un tel phénomène se produit à l'identique au plan interne. On assiste ces dernières années à une accélération importante du mouvement de recodification civile. Des projets doctrinaux, portant sur des pans entiers de notre code civil laissés depuis longtemps en jachère, se succèdent et sont parfois repris par le gouvernement. Doit-on pour autant conclure que la perspective d'un code civil européen a eu pour effet subversif d'ériger la doctrine, française ou européenne, en nouvelle source formelle du droit, français ou européen ?

579. Ce qui semble certain est que le futur code civil européen sera davantage que la somme de différentes opinions doctrinales ou travaux doctrinaux jusqu'ici entrepris. Il ne faut certes pas minimiser le rôle important d'inspiration de la doctrine européenne dans l'entreprise de codification. La fédération des juristes européens amène à un brassage nécessaire des cultures juridiques, à mieux connaître la tradition nationale de chacun, à apprécier les ressemblances et les divergences. Pour autant, le code von Bar, le code Gandolfi ou n'importe quels autres projets aboutis auxquels on ne pourrait nier l'appellation de code, ne constitueront pas à eux-seuls le futur code civil européen, mais seulement une base de travail essentielle aux institutions communautaires. En cela, la doctrine, française ou européenne, ne peut constituer qu'une source indirecte et non une source directe du droit.¹⁸³⁷

¹⁸³⁶ FIN-LANGER L., « L'intégration du droit des contrat en Europe », in DELMAS-MARTY M., *Critique de l'intégration normative - L'apport du droit comparé à l'harmonisation des droits*, PUF, 2004, page 49 : cet auteur parle de « privatisation » du processus d'intégration normative en matière de droit des contrats.

¹⁸³⁷ Voir l'étude très détaillée de Madame Pascale DEUMIER sur ce point : DEUMIER P., « La doctrine collective législatrice : une nouvelle source du droit ? », RTDCiv. 2006, n°1, page 64 et s. Pour cet auteur, on ne peut reconnaître aux divers projets doctrinaux en cours sur le code civil européen une force obligatoire du seul fait de leur qualité scientifique. Sans reconnaissance par le législateur communautaire les reprenant à son compte, ces travaux ne méritent pas la qualification de source directe du droit, « au risque de voir toutes les meilleures propositions doctrinales bombardées "règle de droit" ».

580. La perspective d'un code civil européen ne semble pas susciter des effets que l'on pourrait juger de négatifs. Elle a certes accéléré le mouvement de recodification civile interne, mouvement que nos voisins européens avaient amorcé bien avant nous, précipitant peut-être à l'extrême des réformes d'envergure qui ne peuvent s'envisager que dans la sérénité pour s'inscrire dans la durée. Elle a surtout contribué à redorer le blason de la doctrine, à lui insuffler un souffle inspirateur nouveau. La fonction subversive du code civil européen ne se limitera pas aux effets décrits. Même si la perspective d'un code civil européen s'inscrit indéniablement à très long terme, il faut aussi envisager les effets qui feront suite à son adoption définitive.

Chapitre II – Les effets résultant de l’adoption d’un Code civil européen : l’exemple du droit international privé

581. Les effets pouvant résulter de l’adoption d’un Code civil européen, que ce soit sous la forme d’une convention ou d’un règlement communautaire, seront multiples tant au plan interne qu’au plan international. A l’échelle nationale, en raison du caractère particulier de la construction communautaire, le Code civil européen n’a pas vocation à se substituer aux codes civils nationaux. Si des problèmes d’articulation entre code européen et codes nationaux surgissent, ils ne seront pas différents de ceux dont est porteuse à l’heure actuelle, la coexistence des ordres juridiques internes et des ordres juridiques européens, que nous avons précédemment abordés.¹⁸³⁸ Ces problèmes se régleront au cas par cas, le juge européen et le juge national ayant ici un rôle crucial à jouer. En outre, des répercussions importantes sont prévisibles quant au rayonnement que pourrait avoir ce Code civil européen, érigé en modèle, sur les codes étrangers issus d’autres ensembles régionaux. Toutefois, de tels effets nous semblent relever d’une perspective beaucoup trop lointaine pour qu’ils soient davantage développés au sein de cette section. C’est pourquoi seuls les effets sur le droit international, et plus particulièrement sur le droit international privé, seront ici envisagés.

582. Le choix de se focaliser sur les effets de l’adoption d’un Code civil européen sur le droit international privé, entendu de façon restrictive comme le droit portant sur les conflits de lois et les conflits de juridictions,¹⁸³⁹ n’a rien d’arbitraire. Il se justifie en premier lieu en raison de la nécessité de trancher cette question au préalable, dès l’élaboration du code, afin d’éviter toute complication ultérieure. Il est motivé en deuxième lieu, par le peu d’intérêt de la

¹⁸³⁸ Voir nos développements dans la première partie, Titre II, Chapitre I – Les obstacles extrinsèques.

¹⁸³⁹ Comme l’entend le Professeur IDOT dans son article : IDOT L., « L’incidence de l’ordre communautaire sur le droit international privé », LPA 12 décembre 2002, n°248, page 27.

doctrine pour cette question,¹⁸⁴⁰ d'où une carence à combler, et par les vives critiques qu'elle peut susciter. Enfin, en troisième lieu, il s'explique par le caractère fortement « subversif » de ces effets, puisqu'ils nous conduiront à nous interroger sur les incidences du droit communautaire sur le droit international privé. En effet, il faut d'emblée souligner l'antinomie manifeste que l'on décèle entre droit international privé et droit communautaire.¹⁸⁴¹ De nombreuses différences les séparent tant en ce qui concerne le but ou la finalité de ces matières, que les méthodes qu'elles appliquent. D'une part, le droit international privé « *trouve sa raison d'être dans la diversité des lois des Etats membres* »¹⁸⁴² qu'il s'efforce d'ordonner en proposant des règles qui permettent de désigner la législation applicable à une situation lorsque celle-ci présente un élément d'extranéité. A l'opposé, le droit communautaire a pour but d'aboutir à un droit commun aux Etats membres,¹⁸⁴³ en rapprochant les législations dans les domaines où la Communauté est compétente. D'autre part, si « *le droit international privé s'intéresse avant tout aux méthodes de règlement des conflits* », « *le droit communautaire, largement indifférent aux méthodes, se préoccupe du résultat final* ». ¹⁸⁴⁴ Par conséquent, on voit mal comment la confrontation entre la logique de coordination du droit international privé et celle d'intégration du droit communautaire peut avoir lieu sans heurt.

583. Le code civil européen étant présenté notamment comme un remède aux conflits de lois sur le territoire communautaire, l'unité des règles matérielles ainsi réalisée mènerait logiquement à chasser toute hypothèse de conflits de lois. Dès lors, pour une partie de la doctrine, en simplifiant la loi applicable aux situations intracommunautaires, le Code civil

¹⁸⁴⁰ Peut-être parce que la doctrine considère le plus souvent que cette entreprise de codification européenne a peu de chances d'aboutir et qu'elle doit rester au stade des velléités.

¹⁸⁴¹ Quelques juristes visionnaires avaient anticipé, dès le début de la construction européenne, les difficultés qui pourraient résulter de la confrontation entre droit international privé et droit communautaire. Dans un article publié en 1959, le Doyen SAVATIER remarquait déjà que « *le cadre des solutions de conflits va être, entre Etats membres de la Communauté, profondément modifié* » puisque « *d'une part, le traité établit, à travers toutes la Communauté, une législation commune qui l'emportera sur les lois nationales* » et que « *d'autre part, il commandera, dans chacun des Etats membres, le mécanisme de solutions de beaucoup de conflits de lois* ». Il en conclut qu' « *au fur et à mesure de la réalisation du programme commun, l'emprise de la loi commune s'étendra sur le droit privé* » : RCDIP 1959, page 237 et s., spéc. pages 250 et s.

¹⁸⁴² RALSER E., « Pluralisme juridique et droit international privé », RRJ 2003, n°4, page 2549.

¹⁸⁴³ VAREILLES-SOMMIERES de P., « Un droit international privé européen ? », in *Le droit privé européen*, Economica, 1998, page 136.

¹⁸⁴⁴ IDOT L., « L'incidence de l'ordre communautaire sur le droit international privé », LPA 12 décembre 2002, n°248, page 29. Dans le même sens, ATTAL M., « Méthodes de droit international privé et droit communautaire (à propos de l'arrêt rendu par la CA de Colmar, 18 février 2004) », RJCom 2005, n°1, page 53.

européen rendrait inutile tout recours au droit international privé.¹⁸⁴⁵ Ce Code commun conduirait donc à une sorte de concurrence déloyale faite au droit international privé (Section I). Or, les effets résultant de l'adoption d'un code civil européen sur le droit international privé sont beaucoup plus complexes. En effet, « *dans la conception qui prévaut actuellement de l'Europe communautaire, un renforcement de l'intégration de l'ordre communautaire implique un renforcement de la coordination des ordres des Etats membres* », et par conséquent, « *plus de Communauté, appelle plus de droit international privé* ». ¹⁸⁴⁶ A nos yeux, l'intérêt d'un droit international privé serait dès lors préservé, même après la mise en place d'un Code civil européen (Section II).

Section I - Une concurrence déloyale faite au droit international privé

584. Une partie de la doctrine considère que le Code civil européen une fois adopté aboutira à la disparition du droit international privé, ou tout au moins à un rétrécissement important de son champ d'action. On constate en effet le développement croissant d'un droit international privé dit « communautaire », du fait du reformatage des conventions de Bruxelles et de Rome en règlements communautaires, qui empiète largement sur le terrain du droit international privé dit « classique », traditionnel.

585. L'adoption d'un code civil européen entre ainsi en collision avec la matière conflictuelle du fait du développement croissant d'un droit international privé spécifique (paragraphe I), ce qui risque corrélativement d'engendrer une restriction sensible du champ d'application du droit international privé classique (paragraphe II).

¹⁸⁴⁵ BODENES-CONSTANTIN A., « La codification du droit international privé français », Defrénois, Coll. Thèses Doctorat et Notariat, Tome 11, 2005, page 16 : pour l'auteur, si la perspective d'un code civil européen se concrétisait, « *on arriverait à terme à une suppression de tout ou partie des conflits de lois en Europe* ».

¹⁸⁴⁶ VAREILLES-SOMMIERES de P., « Un droit international privé européen ? », in *Le droit privé européen*, Economica, 1998, page 137.

Paragraphe I - Une concurrence déloyale faite au droit international privé communautaire

586. La création de règles communautaires substantielles applicables à l'ensemble des Etats membres en matière civile présente l'indéniable avantage d'offrir une solution simple et directe aux conflits présentant un élément d'extranéité communautaire et susceptibles de naître sur une question expressément réglée par le Code civil européen.

587. La création, suivie d'une expansion exponentielle, d'un droit international privé spécifique aux conflits communautaires (A) sera-t-elle dès lors stoppée par l'adoption d'un code civil européen ? La mise en place d'un code civil européen entraînera-t-elle à la longue la disparition du droit international privé communautaire pourtant en plein essor ? (B)

A) Le développement croissant du droit international privé communautaire

588. En droit communautaire, le droit international privé est tout d'abord entré par la petite porte. Il était principalement présent dans deux conventions intergouvernementales, celle de Bruxelles et celle de Rome, et faisait accessoirement l'objet de dispositions éparées au sein de directives.¹⁸⁴⁷ Suite à l'adoption du Traité d'Amsterdam, s'est développé un droit international privé spécifiquement communautaire, témoignant d'ailleurs de la pénétration du droit communautaire au sein de la matière du droit privé. Or, les objectifs propres au droit communautaire ont une forte incidence sur le droit international privé (1). A tel point que dans cette matière, on observe une spécificité de la méthode communautaire par rapport à la méthode bilatérale classique (2).

1) L'application de la logique communautaire au droit international privé

589. Le droit communautaire étant un droit entièrement tourné vers un objectif particulier, la logique communautaire se caractérise par la volonté d'abolir toutes les formes d'entraves au fonctionnement du marché intérieur et donc par la recherche de la facilitation

¹⁸⁴⁷ GAUDEMET-TALLON H., « Brefs propos introductifs », LPA 12 décembre 2002, n°248 (n°spécial « Le droit international privé communautaire : émergences et incidences »), page 3.

des échanges intra-communautaires quels qu'ils soient. Cette logique communautaire, qui a investi l'ensemble des branches du droit matériel des Etats membres, a exercé de même son influence sur le droit international privé. Comme toute matière entrant dans le champ communautaire, on constate un infléchissement du droit international privé en relation directe avec le fait que la divergence de législations ou de réglementations peut constituer un obstacle aux libertés communautaires fondamentales.¹⁸⁴⁸ C'est donc par le biais des principes de libre circulation et de non-discrimination que le droit international privé a été sensiblement affecté par la logique communautaire.¹⁸⁴⁹

590. D'une part, le principe de libre circulation des personnes, marchandises, services et capitaux impose aux Etats membres de ne pas entraver la régulation du marché intérieur par des mesures nationales constituant des restrictions injustifiées. C'est dans cette optique que la Cour de Justice des Communautés européennes a affirmé le principe de reconnaissance mutuelle, issu de sa jurisprudence *Cassis de Dijon* rendue en matière de libre circulation des marchandises, en vertu duquel « *tout produit légalement fabriqué et commercialisé dans un Etat membre doit être en principe admis sur la marché d'un autre Etat membre* »¹⁸⁵⁰. Il permet dès lors en la matière de conclure *de facto* à une équivalence des législations des Etats membres, puisque est ainsi consacrée l'idée selon laquelle « *une activité économique développée sous les auspices du droit d'un Etat membre doit pouvoir se déployer sur l'ensemble du marché intérieur aux conditions posées par sa législation d'origine* »¹⁸⁵¹. Cette solution a été par la suite logiquement étendue à la libre circulation des services et des capitaux ainsi qu'à la libre circulation des personnes, notamment quant à la liberté d'établissement. Ainsi, à titre d'exemple, la Cour de Justice des Communautés européennes conclut dans son arrêt *Christos Konstantinidis*¹⁸⁵² à une entrave à la liberté d'établissement du requérant, qui trouve son origine dans la disparité existant entre les réglementations allemande et hellénique, et qui aboutit à ce que l'intéressé se voit imposer deux orthographes différentes de son nom, exigence susceptible de créer une confusion de personnes auprès de sa clientèle

¹⁸⁴⁸ GANNAGE L., « Le droit international privé à l'épreuve de la hiérarchie des normes (l'exemple du droit de la famille) », RCDIP 2001, n°1, page 18 ; du même auteur, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé*, LGDJ 2001, n°159 et s. spéc. : l'auteur critique cette absorption du droit international privé par le droit communautaire.

¹⁸⁴⁹ IDOT L., « L'incidence de l'ordre communautaire sur le droit international privé », LPA 12 décembre 2002, n°248, page 31.

¹⁸⁵⁰ CJCE 20 février 1979, Rewe-Zentral AG (affaire dite « Cassis de Dijon »), § 14 spéc. : aff. C- 120/78, Recueil CJCE 1979, page 649, concl. F. CAPOTORTI.

¹⁸⁵¹ AUDIT M., « Régulation du marché intérieur et libre circulation des lois », JDI 2006, n°4, page 1338.

¹⁸⁵² CJCE 30 mars 1993, Christos Konstantinidis : aff. C-168/91 (§12).

potentielle. De même, en matière de liberté d'établissement des personnes morales, la Cour de Luxembourg a récemment considéré, dans une affaire *Uberseering*,¹⁸⁵³ que l'exercice de la liberté d'établissement suppose nécessairement une reconnaissance mutuelle des sociétés par tout Etat membre dans lequel elles souhaitent s'établir et que cette liberté n'est désormais plus conditionnée par l'adoption de conventions relatives à la reconnaissance mutuelle des sociétés.¹⁸⁵⁴ Quelle que soit la libre circulation en cause, toute législation, quoique indistinctement applicable, devra être écartée si elle représente un obstacle aux échanges communautaires.

591. D'autre part, le principe de non discrimination garanti par l'article 12 du Traité CE permet en outre d'appréhender les entraves de nature discriminatoire. Cet article assure le respect du principe de non-discrimination, qui exige que des situations comparables ne soient pas traitées de manière différente et que des situations différentes ne soient pas traitées de manière identique. En effet, certaines règles nationales de conflit peuvent se révéler discriminatoires à l'encontre des ressortissants d'autres Etats membres, du moins de façon implicite lorsque leur application s'opère au détriment des opérateurs établis à l'étranger.¹⁸⁵⁵ Mais il faut bien avouer que cette hypothèse se révèle plutôt rare en pratique. Quelle utilité présente dès lors l'article 12 du Traité CE ? Ne fait-il pas double emploi avec le principe de libre circulation qui aboutit lui aussi à condamner les entraves discriminatoires à l'égard des personnes ?¹⁸⁵⁶ On ne peut se ranger à cet avis. Si la libre circulation envisage les personnes sous l'angle des opérateurs économiques, le principe de non-discrimination permet quant à lui de les envisager de façon plus large en leur qualité de citoyen européen.

592. C'est ce qui a permis à la Cour de Justice des Communautés européennes, dans son arrêt *Garcia Avello*,¹⁸⁵⁷ de considérer que le résultat auquel conduisait un rattachement fondé sur la nationalité pouvait porter atteinte à l'article 12 du CE, combiné à l'article 17 CE relatif à la citoyenneté européenne¹⁸⁵⁸. Il est intéressant de souligner que dans cette décision, il semble qu'*a priori* « la Cour ne se place pas sur le terrain du conflits de lois. Elle ne

¹⁸⁵³ CJCE 5 novembre 2002, *Uberseering BV* : aff. C-208/00. Pour un commentaire, voir MENJUCQ M., JCP 2003, II, n°10032.

¹⁸⁵⁴ La Cour a opéré en l'espèce un spectaculaire revirement de jurisprudence sur sa solution retenue dans son arrêt ancien *Daily Mail*.

¹⁸⁵⁵ WILDERSPIN M. et LEWIS X., « Les relations entre le droit communautaire et les règles de conflits de lois des Etats membres », RCDIP 2002, pages 8-10 spéc.

¹⁸⁵⁶ CJCE 15 décembre 1995, *Bosman Jean-Marc*, aff. C-415/93 : Recueil CJCE 1995, I, page 4921.

¹⁸⁵⁷ CJCE 2 octobre 2003, *Carlos Garcia Avello*, aff. C-148/02 : Recueil CJCE 2003, I, page 11613.

¹⁸⁵⁸ GUEZ Ph., « L'avenir du droit international privé de la famille », LPA 6 novembre 2006, n°221, page 19.

reproche pas plus à l'autorité administrative belge d'avoir appliqué la loi belge qu'elle ne déclare applicable la loi espagnole. Elle reproche à la Belgique de n'avoir pas trouvé une solution (...) qui tienne compte du fait que les enfants Garcia Avello avaient aussi la nationalité espagnole. Elle s'attache au résultat auquel est parvenu l'autorité belge, qu'elle estime discriminatoire, et demande de faire cesser cette discrimination. En fait, cette démarche revient tout de même à réclamer aux autorités belges une solution qui, au final, soit identique à celle qui aurait été obtenue par application de la loi espagnole »¹⁸⁵⁹. Cette décision pourrait donc à l'avenir conduire la Cour à condamner explicitement une règle nationale de conflit de lois au motif que celle-ci serait contraire aux dispositions de l'article 12 du Traité CE.

593. Par cette solution, fortement critiquée,¹⁸⁶⁰ le droit communautaire fait une incursion remarquée en matière de statut personnel, jusqu'ici domaine de prédilection du droit international privé classique. Cette incursion est depuis confirmée par la multiplicité de projets de règlements relatifs aux conflits de lois en matière de divorce, régimes matrimoniaux ou successions. Limités aux aspects patrimoniaux, ces futurs instruments communautaires auront donc pour mission de réduire les disparités des règles de conflit de lois et par conséquent de remédier aux seules entraves susceptibles d'affecter le bon fonctionnement du marché intérieur. Si les mesures communautaires concernant les conflits de lois en droit de la famille doivent en principe être adoptées à l'unanimité, et non à la majorité qualifiée du Conseil selon la procédure de codécision avec le Parlement, la Communauté retrouve davantage de champ d'action lorsqu'elle réussit à démontrer que les mesures prises dans des matières civiles ayant une incidence transfrontalière sont nécessaires au bon fonctionnement du marché.¹⁸⁶¹ Ainsi, selon Monsieur Paul Lagarde, une extension du droit international privé communautaire en matière de droit des personnes et de la famille est à prévoir et trouvera certainement son fondement dans les principes de reconnaissance mutuelle et de non-discrimination, ce qui pourrait aboutir de proche en proche à l'adoption

¹⁸⁵⁹ LAGARDE P., « Note sous CJCE 2 octobre 2003, Carlos Garcia Avello c. Etat belge », RCDIP 2004, n°1, page 198.

¹⁸⁶⁰ AUDIT M., « Principe de non-discrimination et transmission du nom de famille en Europe », D. 2004, chron., page 1478 ; VOLLOT C., « Vers une interprétation extensive des frontières du droit communautaire ou une disparition des situations purement internes ? », LPA 9 novembre 2005, n°223, page 12.

¹⁸⁶¹ GUEZ Ph., « L'avenir du droit international privé de la famille », *précité*, pages 18-19 : l'auteur dénonce à juste titre la démarche des institutions communautaires tendant à créer une césure artificielle entre droit patrimonial de la famille et droit extrapatrimonial de la famille, au risque de créer des incohérences, un morcellement de la matière.

d'un droit international privé intra-communautaire en matière de statut personnel qui se voudrait détaché de tout rattachement à la nationalité.¹⁸⁶²

594. Dans l'attente de voir si une telle perspective se concrétise, force est de constater que actuellement la logique communautaire imprègne fortement les règles de droit international privé édictées par les institutions européennes. Elles se distingueraient dès lors des règles classiques de droit international privé, en ce qu'elles seraient nettement marquées d'unilatéralisme.

2) Des règles communautaires de conflit empreintes d'unilatéralisme

595. En droit communautaire, les règles de conflit, qu'elles soient issues de conventions communautarisées ou en passe de l'être ou qu'elles soient contenues dans des règlements et directives, présentent une spécificité en comparaison avec les règles de conflits classiques. En effet, le droit international privé traditionnel repose sur la méthode savignienne. Dans le Tome VIII de son *Traité de droit romain* de 1849, Savigny expose cette méthode.¹⁸⁶³ Il part de l'idée qu'une Communauté de droit existe entre les différents pays européens qui doit faciliter l'application des différentes lois, des règles communes pouvant permettre de déterminer la loi applicable à un rapport de droit donné. Pour cela, Savigny cherche à localiser de façon objective le siège de ce rapport de droit. De façon synthétique, selon un principe de proximité, le rapport de droit sera régi par la loi qui a les liens les plus étroits avec celui-ci. Selon cette méthode classique, la règle de conflit présente un caractère bilatéral puisqu'elle peut conduire à désigner indistinctement comme loi applicable soit la loi du for, soit la loi étrangère, le résultat dépendant de la localisation du facteur de rattachement.¹⁸⁶⁴ Par conséquent, cette règle bilatérale se veut égalitaire et sera donc en principe neutre.

596. Pour autant, le droit international privé ne repose pas que sur des règles de conflit bilatérales. La méthode dite unilatérale connaît aussi des applications importantes en droit

¹⁸⁶² LAGARDE P., « Rapport de synthèse », LPA 12 décembre 2002, n°248, page 46.

¹⁸⁶³ Pour une présentation plus détaillée de cette méthode : BATTIFOL H. et LAGARDE P., *Droit international privé*, Tome 1, 8^{ème} éd., L.G.D.J., 1993, page 398 et s.

¹⁸⁶⁴ BATTIFOL H. et LAGARDE P., *Droit international privé*, Tome 1, 8^{ème} éd., L.G.D.J., 1993, page 423.

positif contemporain.¹⁸⁶⁵ La méthode unilatéraliste consiste à partir des lois pour en déterminer leur champ d'application et non à partir du type de situation pour déterminer la loi applicable. Par conséquent, la règle de conflit est de forme unilatérale lorsqu'elle délimite le champ d'application de la seule loi du for, même s'il est vrai qu'en pratique de telles règles sont fréquemment bilatéralisées.¹⁸⁶⁶ De même, les lois de police sont des règles unilatérales en ce qu'elles délimitent leur propre application.¹⁸⁶⁷

597. En droit communautaire, les règles de conflit empruntent à la fois à la technique unilatérale et à la technique bilatérale. D'une part, certaines règles de conflit renfermées dans des actes de droit dérivé sont uniquement unilatérales. Tel est le cas concernant des règles dont le seul objet est de déterminer le champ d'application des dispositions matérielles de provenance communautaire contenues dans des directives.¹⁸⁶⁸ D'autre part, les règles de conflit issues des conventions communautarisées ou en devenir doivent aboutir en principe à désigner indistinctement les lois en conflits. Cependant, imprégnées de la logique communautaire, ces règles sont singulières en ce qu'elles sont davantage qualifiables de règles bilatérales limitées de manière unilatérale.¹⁸⁶⁹ La logique communautaire peut en effet « conduire à écarter la loi normalement compétente, dès lors qu'elle n'est pas justifiée par des considérations d'intérêt général, pour lui substituer une loi dont la mise en œuvre est mieux à même de garantir l'effectivité des libertés communautaires »¹⁸⁷⁰. Selon une partie de la doctrine, le droit communautaire chercherait même à imposer la compétence de la loi, voire celles des juridictions, du « pays d'origine », nonobstant la loi applicable selon les principes habituels du conflit de lois.¹⁸⁷¹ Pour certains, c'est avant tout « le principe de reconnaissance mutuelle qui cautionne actuellement l'indéniable faveur des institutions communautaires pour la loi du pays d'origine »¹⁸⁷².

¹⁸⁶⁵ AUDIT B., *Droit international privé*, 4^{ème} éd., Economica, 2006, page 88 et s. spéc.

¹⁸⁶⁶ AUDIT B., *Droit international privé*, op. cit., page 94.

¹⁸⁶⁷ AUDIT B., *Droit international privé*, op. cit., page 96.

¹⁸⁶⁸ KREUZER K., « La communautarisation du droit international privé : les acquis et les perspectives », in VOGEL L., *Droit global – Unifier le droit : le rêve impossible ?*, page 119.

¹⁸⁶⁹ LEFRANC D., « La spécificité des règles de conflit de lois en droit communautaire dérivé (aspects de droit privé) », RCDIP 2005, n°3, page 423.

¹⁸⁷⁰ GANNAGE L., « Le droit international privé à l'épreuve de la hiérarchie des normes (l'exemple du droit de la famille) », RCDIP 2001, n°1, page 20.

¹⁸⁷¹ AUDIT B., *Droit international privé*, op. cit., page 51.

¹⁸⁷² LEFRANC D., « La spécificité des règles de conflit de lois en droit communautaire dérivé (aspects de droit privé) », RCDIP 2005, n°3, page 433.

598. De façon générale, le principe du pays d'origine a servi très tôt de « fer de lance » à l'intégration communautaire, bien qu'il n'ait été formulé pour la première fois qu'en 1986, dans une étude réalisée par le ministère allemand de l'économie sur la signification de la notion de marché intérieur.¹⁸⁷³ Dédit du principe de reconnaissance mutuelle consacré par l'arrêt *Cassis de Dijon* évoqué plus haut, il a pour finalité d'assurer l'effectivité du principe de libre circulation.¹⁸⁷⁴ Ainsi, à l'occasion d'un échange communautaire transfrontalier, il n'y a pas lieu pour l'Etat d'accueil de mettre en œuvre sa propre réglementation dès lors qu'il existe une réglementation semblable dans le pays d'origine, car cela constituerait une entrave. Transposé au droit international privé, le principe du pays d'origine aboutirait en matière de conflits de juridictions à ce qu'une personne ou un fournisseur de biens ou services établi dans un Etat membre « ne puisse être attiré dans un pays autre que celui dans lequel il est établi »¹⁸⁷⁵, et en matière de conflits de lois, à ce que les rapports contractuels ou non de cette même personne ou de ce même fournisseur soient régis par la loi de son pays d'origine et en aucun cas par une autre loi. Cette « nouvelle approche » est soutenue par une partie de la doctrine allemande, qui a échafaudé la « théorie de la règle de conflit cachée », tendant à démontrer que les mécanismes du droit communautaire conduisent à désigner la loi du pays d'origine comme loi applicable aux échanges communautaires.¹⁸⁷⁶ Ainsi, les directives prises en matière de rapprochement des législations, qui ne contiendraient aucune règle de conflit de lois, dissimuleraient en leur sein une règle de conflit cachée, tendant à faire primer la loi du pays d'origine.

599. Or, la majorité de la doctrine européenne ne souscrit pas à une telle analyse.¹⁸⁷⁷ Tout d'abord, cette théorie repose sur un postulat de départ faussé, une assimilation incorrecte du principe de reconnaissance mutuelle au principe de la loi du pays d'origine. Comme le fait remarquer à juste titre Monsieur Mathias Audit, si le principe de reconnaissance mutuelle

¹⁸⁷³ AUDIT M., « Régulation du marché intérieur et libre circulation des lois », JDI 2006, n°4, pages 1338-1339.

¹⁸⁷⁴ GARABOL-FURET M.D., « Plaidoyer pour le principe du pays d'origine », RMCUE 2006, n°495, page 82 et s.

¹⁸⁷⁵ WILDERSPIN M. et LEWIS X., « Les relations entre le droit communautaire et les règles de conflit de lois des Etats membres », RCDIP 2002, page 3.

¹⁸⁷⁶ IDOT L., « L'incidence de l'ordre communautaire sur le droit international privé », LPA 12 décembre 2002, n°248, page 34.

¹⁸⁷⁷ Comme le relève le Professeur H. MUIR-WATT : « L'entrave à la prestation transfrontière de services : réflexions sur l'impact des libertés économiques sur le droit international privé des Etats membres », in *Droit et actualité - Etudes offertes à Jacques Béguin*, Litec, 2005, page 545 spéc. : « la doctrine européenne tend majoritairement à délaissier cette thèse de l'applicabilité systématique de la loi d'origine à tous les aspects des activités économiques transfrontières, en faveur de l'idée selon laquelle l'entrave aux libertés communautaires serait plutôt à rechercher dans le droit substantiel mis en œuvre par application des règles de conflit du for – généralement celles du pays d'accueil – qui serait comparer in concreto et point par point avec les exigences de la loi d'origine ».

poursuit une finalité bien précise, à savoir écarter les règles du pays de destination susceptibles de constituer une entrave au commerce intérieur, le principe de la loi du pays d'origine ne s'inscrit aucunement dans cette logique puisqu'il ne fait finalement que « soumettre à la loi de l'Etat membre d'origine de l'opérateur la relation juridique née de la prospection dans un autre Etat membre. Or, ce faisant, il n'écarte pas obligatoirement la loi de ce dernier Etat membre, c'est-à-dire la loi de destination. En l'absence de principe de la loi du pays d'origine, celle-ci n'aurait pas nécessairement été applicable. Tout dépend en réalité de la règle de conflits de lois compétente, laquelle est elle même tributaire de la juridiction nationale susceptible d'être saisie ».¹⁸⁷⁸ Le principe de loi du pays d'origine revêt davantage la forme d'une « exception de reconnaissance mutuelle », visant à écarter les restrictions à la libre circulation plutôt que de chercher à écarter les rattachements autres que le principe d'origine.¹⁸⁷⁹ La majorité de la doctrine souligne donc le caractère excessif de cette « théorie de la règle de conflit cachée ».¹⁸⁸⁰ Il est vrai que de façon récente, certaines directives, comme la directive sur le commerce électronique¹⁸⁸¹ ou celle sur la libéralisation des services¹⁸⁸², ont prévu l'application de la loi du pays d'origine, ce principe étant toutefois assorti d'exceptions. Cependant, on ne saurait déduire de ces applications ponctuelles une règle systématique généralisable à l'ensemble des conflits communautaires : il n'existe pas de principe général en matière de loi du pays d'origine,¹⁸⁸³ en raison notamment du flou même lié à la notion de « pays d'origine ». Ainsi, il n'existe pas de sélection *a priori* de la loi du pays d'origine pour résoudre les conflits communautaires.¹⁸⁸⁴ Un examen peut tout au plus être opéré *a posteriori* par la Cour de Justice puisque celle-ci doit s'assurer de la compatibilité

¹⁸⁷⁸ AUDIT M., « Régulation du marché intérieur et libre circulation des lois », JDI 2006, n°4, page 1354.

¹⁸⁷⁹ MUIR-WATT H., « L'entrave à la prestation transfrontière de services : réflexions sur l'impact des libertés économiques sur le droit international privé des Etats membres », in *Droit et actualité – Etudes offertes à Jacques Béguin*, Litec, 2005, page 546.

¹⁸⁸⁰ En particulier, IDOT L., « L'incidence de l'ordre communautaire sur le droit international privé », LPA 12 décembre 2002, n°248, page 35 ; LAGARDE P., « Rapport de synthèse », LPA 12 décembre 2002, n°248, page 45.

¹⁸⁸¹ Directive du PE et Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques de services de la société de l'information et notamment du commerce électronique dans le marché intérieur : JO L 178 du 17 juillet 2000, page 1 et s.

¹⁸⁸² Au travers de cette fameuse directive BOLKESTEIN désirant soumettre le prestataire de services à la loi du pays dans lequel il est établi et non à celle du pays où le service est fourni, ce principe a d'ailleurs été pour le moins stigmatisé. Revue et corrigée, elle a fini toutefois par être adoptée : Directive du 15 novembre 2006, relative à la libéralisation des services dans les marchés intérieurs.

¹⁸⁸³ Voir la démonstration de AUDIT M., « Régulation du marché intérieur et libre circulation des lois », JDI 2006, n°4, page 1356.

¹⁸⁸⁴ Comme l'explique le Professeur IDOT, cette théorie allemande dénature en effet la méthode suivie par la CJCE puisque la Cour « n'opère pas un contrôle horizontal et ne choisit pas entre la loi du pays d'origine et la loi du marché. Elle exerce un contrôle vertical et matériel confrontant aux exigences communautaires la norme nationale, quelque soit la nature de cette dernière, quelque soit la manière dont elle a été désignée... » : IDOT L., « L'incidence de l'ordre communautaire sur le droit international privé », LPA 12 décembre 2002, n°248, page 35.

avec le droit communautaire de la loi applicable désignée, mais il s'agit là d'un contrôle classique.¹⁸⁸⁵ En matière de conflits communautaires de juridictions ou de lois, l'unilatéralisme ne serait donc pas aussi dominant.

600. Pour certains, le développement fulgurant de ce droit communautaire des conflits risquerait d'être stoppé par l'adoption d'un Code civil européen. Partant du postulat que ce code procédera à l'unification des conflits en créant un droit des relations privées transfrontalières propres aux Etats membres,¹⁸⁸⁶ il se poserait en concurrent de la méthode conflictuelle et pourrait aboutir peu à peu à son éviction.

B) La disparition progressive du droit international privé communautaire

601. Le Code civil européen conduirait à ne plus percevoir les rapports juridiques entre ressortissants communautaires en terme de conflits, en raison de la résolution directe des litiges privés communautaires par des règles matérielles qui leur seraient spécifiques.¹⁸⁸⁷ Indéniablement, cela constituerait un procédé concurrent au droit international privé communautaire, qui serait ainsi voué à disparaître. Les tenants de cette position partent du postulat que l'adoption de règles matérielles communautaires entraîne automatiquement l'éviction des règles conflictuelles prévues pour les situations intracommunautaires. Le développement croissant d'un droit communautaire des conflits de plus en plus structuré est constaté, au point qu'émergerait un véritable droit international privé européen, commun aux Etats membres. En effet, la multiplicité des règlements ou projets de règlements en matière de conflits de lois et de juridictions pourrait même aboutir à la création d'un code européen de droit international privé.¹⁸⁸⁸

¹⁸⁸⁵ Ce contrôle de compatibilité permet de vérifier que la loi en cause constitutive d'une entrave est conforme au droit dérivé et n'est pas discriminatoire. Cependant, une entrave même discriminatoire sera validée si elle est justifiée par un motif d'intérêt général et si elle est conforme au principe de proportionnalité : FALLON M., *Droit matériel général de l'Union européenne*, Bruylant, 2^{ème} éd., 2002, page 133 et s. Voir aussi, l'étude très intéressante de Monsieur Michel ATTAL : « Méthodes de droit international privé et droit communautaire (A propos de l'arrêt rendu par la CA de Colmar, 18 février 2004) », RJCom 2005, n°1, page 51 et s.

¹⁸⁸⁶ BODENES-CONSTANTIN A., *La codification du droit international privé français*, Defrénois, Coll. de Thèses « Doctorat et notariat », 2005, page 16.

¹⁸⁸⁷ BODENES-CONSTANTIN A., thèse précitée, page 155.

¹⁸⁸⁸ POILLOT-PERUZZETTO S., « Proposition de règlement Rome I et Rome II : vers un code européen de droit international privé », RJCom 2006, n°3, page 229.

602. Par conséquent, on peut se demander en outre si l'Europe ne s'est pas empêtrée dans deux mouvements allant en sens inverse.¹⁸⁸⁹ N'y a-t-il pas contradiction à vouloir d'un côté harmoniser les droits civils des Etats membres par la création de règles substantielles, regroupées et systématisées dans un code civil européen, et d'un autre côté, à s'engager dans une coordination d'envergure des règles de conflits communautaires de lois et de juridictions, pouvant potentiellement déboucher sur un véritable code européen de droit international privé ? On peut rétorquer qu'il n'y a pas nécessairement antinomie à s'engager dans la mise en place, en matière civile, d'une part d'un droit international privé européen et, d'autre part d'un droit matériel européen. Les institutions communautaires entendent peut-être dans un premier temps procéder à l'harmonisation des solutions de conflits à l'échelle communautaire, afin de rendre le plus prévisible possible la loi applicable, avant de procéder, dans un second temps, à l'harmonisation du droit matériel, la première étape n'ayant pas suffi à éliminer l'ensemble des disparités.¹⁸⁹⁰ La coordination d'envergure des règles communautaires de conflit ne serait en quelque sorte qu'un préalable à la mise en place d'un Code civil européen et une assurance que l'objectif de simplification de la loi applicable aux opérations communautaires soit ainsi pleinement rempli.

603. Or, pour Madame Armelle Bodénès-Constantin, l'Union européenne qui « *s'est déjà engagée dans la mise en place de règles de droit international privé communes aux Etats membres sur la base de l'article 65 CE* », doit donc renoncer « *à s'atteler dans le même temps à la mise en place d'un procédé totalement différent de résolution directe au fond des litiges transfrontaliers* ». ¹⁸⁹¹ A ses yeux, « *il n'existe (...) aucune raison valable de substituer la méthode conflictuelle classique par un ensemble de règles substantielles. Au contraire, une action communautaire limitée à l'établissement de règles de conflit communes serait bien plus conforme au principe de subsidiarité tout en s'inscrivant dans le respect du principe de l'identité nationale des Etats membres* ». ¹⁸⁹² Ainsi, la logique de coordination du droit international privé, davantage respectueuse de la diversité que ne l'est la logique d'intégration du droit communautaire, devrait être envisagée comme une alternative acceptable au Code

¹⁸⁸⁹ A rapprocher par analogie de OPPETIT B., *Essai sur la codification*, 1998, spéc. page 67 et s. : l'auteur décrit comme incompréhensible « *le double mouvement simultané de codification du droit international privé à la fois dans le cadre national et international* », de même que « *l'activisme en faveur de l'élaboration d'un code civil européen alors que bon nombre de pays de l'Union européenne ont adopté récemment de nouveaux codes civils ou les ont rénovés* ».

¹⁸⁹⁰ LEFRANC D., « La spécificité des règles de conflit de lois en droit communautaire dérivé (aspects de droit privé) », RCDIP 2005, n°3, pages 434-435.

¹⁸⁹¹ BODENES-CONSTANTIN A., thèse précitée, page 183.

¹⁸⁹² BODENES-CONSTANTIN A., thèse précitée, page 184.

civil européen.¹⁸⁹³ Dans cette optique, le droit international privé, qui plus est un droit international privé européen spécifiquement conçu pour les situations communautaires, doit suffire à mettre fin aux disparités entre les droits des Etats membres, tout en étant respectueux de leurs différences.

604. La solution en termes de conflits de lois et de juridictions se révèle toutefois largement insuffisante.¹⁸⁹⁴ S'il est vrai que le droit international privé communautaire est susceptible d'assurer une certaine prévisibilité de la loi applicable, il ne peut aboutir à une unité des règles matérielles, à un véritable droit commun.¹⁸⁹⁵ Même lorsque le droit communautaire des conflits propose des règles de conflit « à finalité matérielle »,¹⁸⁹⁶ ces règles conduisent au mieux à des définitions communes, non à dégager de véritables règles communes s'inscrivant dans un ensemble cohérent. La possibilité d'aboutir à une uniformisation du droit par les règles de droit international privé a d'ailleurs déjà été explorée à l'échelle internationale mais n'a pas donné lieu à un résultat probant.¹⁸⁹⁷ Ainsi, les conventions internationales de conflit « à finalité matérielle », telle la Convention sur la vente internationale de marchandises, ont montré leurs limites. En pratique, cette convention n'a pas eu les effets d'uniformisation escomptés et a laissé subsister la méthode conflictuelle dans une multitude de situations.¹⁸⁹⁸ On peut donc en conclure que le droit international privé communautaire est impropre à assurer l'harmonisation des législations civiles des Etats membres.

605. Outre le fait que le Code civil européen concurrencerait le droit international privé communautaire, un même effet serait aussi à redouter concernant le droit international privé traditionnel. La logique communautaire a en effet tendance à se déployer au delà des

¹⁸⁹³ DESCHEEMAEKER E., « Faut-il codifier le droit privé européen des contrats ? », *Revue de droit de Mac Gill* 2002, vol. 47, page 829.

¹⁸⁹⁴ RACINE J.-B., « Pourquoi unifier le droit des contrats en Europe ? Plaidoyer en faveur de l'unification », *RDUE* 2003, n°2, page 387 et s. spéc : l'auteur énumère les différentes insuffisances du droit international privé, même s'il convient qu'il faut relativiser la portée de ces arguments.

¹⁸⁹⁵ Contra, POILLOT-PERUZZETTO S., « Proposition de règlement Rome I et Rome II : vers un code européen de droit international privé », *RJCom* 2006, n°3, page 231 : pour l'auteur, « *l'atomisation des qualifications et le choix d'éléments de rattachement différents illustrent par ailleurs les deux propositions au point que les grandes catégories du droit international privé de source interne, celle des contrats et celle des délits, volent en éclats au profit de solutions qui se veulent plus sûres mais du coup moins souples* ». Elle en conclut que de l'éclatement de ces catégories, « *il résultera sans aucun doute l'émergence de règles matérielles communautaires puisque les différentes catégories ainsi prévues par le texte seront définies par la Cour de Justice* ».

¹⁸⁹⁶ RALSER E., « Pluralisme juridique et droit international privé », *RRJ* 2003, n°4, page 2562 spéc.

¹⁸⁹⁷ DESCHEEMAEKER E., « Faut-il codifier le droit privé européen des contrats ? », *Revue de droit Mac Gill* 2002, vol. 47, page 830.

¹⁸⁹⁸ Voir notamment les articles 1-1 b, 2, 4 à 6, et 7.2 in fine de la Convention sur la vente internationale de marchandises.

situations communautaires, réduisant d'autant la part laissée au droit international privé dit classique.

Paragraphe II - Une concurrence déloyale faite au droit international privé classique

606. On pourrait redouter que les règles substantielles découlant du Code civil européen, spécifiques aux relations intracommunautaires, soient plus largement appliquées aux relations extracommunautaires, soit aux relations présentant un rattachement avec un Etat non membre de l'Union européenne. En effet, on constate de façon générale en droit communautaire, un élargissement de son champ d'application spatial. Un tel phénomène pourrait donc s'observer à propos du Code civil européen, à l'identique de ce qui s'observe plus particulièrement en droit international privé communautaire, reflet de la cette logique. En effet, dans ce domaine, l'extension du champ spatial possède une double provenance. D'une part, elle est bien entendu le fait du législateur communautaire lui-même (A). D'autre part, et de façon plus surprenante, elle est le résultat de l'activité du législateur national qui, à l'occasion de la transposition des directives communautaires en droit interne, tend à transformer les règles communautaires de conflit de nature bilatérale en règles unilatérales (B).

A) Un rétrécissement du droit international privé classique opéré par les autorités communautaires

607. Le resserrement du champ d'application du droit international privé résulte principalement de l'activité du législateur européen. Du fait d'une compétence croissante de la Communauté en matière de droit international privé, l'adoption de conventions d'envergure telles la Convention de Bruxelles, aujourd'hui communautarisée, ou la Convention de Rome, a conduit à remplacer de nombreux traités bilatéraux dans le seul dessein de mettre en place un véritable droit international privé européen commun.¹⁸⁹⁹ Toutefois, le législateur communautaire est allé plus loin, comme en témoigne l'adoption prochainement annoncée des

¹⁸⁹⁹ KREUZER K., « La communautarisation du droit international privé : les acquis et les perspectives », in VOGEL L., *Droit global – Unifier le droit : le rêve impossible ?*, page 115.

futurs règlements Rome I et Rome II,¹⁹⁰⁰ puisqu'il n'hésite pas à octroyer à certains de ces textes une portée largement universelle.¹⁹⁰¹ Dès l'origine, cette convention dépasse le strict cadre des conflits de lois intracommunautaires puisqu'elle peut tout aussi bien s'appliquer à des contrats mettant en cause les intérêts de parties domiciliées dans des Etats tiers et éventuellement soumis à une loi tierce.¹⁹⁰² Le reformatage prévu de Rome I et de Rome II ne changera en rien ce caractère universel, chacun de ces textes disposant d'une part, que les présents règlements s'appliquent aux situations présentant un conflit de lois aux obligations contractuelles et extra-contractuelles relevant de la matière civile et commerciale, sans autre précision, et d'autre part, que la loi désignée par les présents règlements s'applique même si elle n'est pas celle d'un Etat membre.¹⁹⁰³ D'autres textes, tels les Règlements Bruxelles I et II, ont quant à eux un champ d'application spatial bien délimité aux situations communautaires.¹⁹⁰⁴ Pourtant, concernant la question de la compétence judiciaire internationale, un système ambigu en découle en pratique, certains dénonçant d'une part la relativité du caractère européen de la situation juridique, fonction de la partie ayant pris l'initiative de la procédure, et d'autre part le fait que ces instruments parviennent à régir les rapports entre les tribunaux des Etats membres et ceux des Etats tiers.¹⁹⁰⁵ On soulignera d'ailleurs que l'absence de limitation dans le champ d'application spatial ainsi décrite ne caractérise pas seulement les règles de conflit à l'origine conventionnelle mais se retrouve aussi au sein des règles issues du droit dérivé.¹⁹⁰⁶

¹⁹⁰⁰ Comme le souligne Monsieur Michel ATTAL, l'année 2006 a connu une accélération du mouvement de communautarisation du droit international privé des obligations. Les propositions de règlements dits Rome I et Rome II deviendront selon toute vraisemblance les textes des règlements définitifs, sans que l'on puisse toutefois indiquer une date précise quant à leur adoption définitive : in LUBY M. et POILLOT-PERUZZETTO S. (dir.), « Chronique de droit international et européen », JCP G. du 31 janvier 2007, I, n°109, pages 18-19.

¹⁹⁰¹ VAREILLES-SOMMIERES de P., « Un droit international privé européen ? », in *Le droit privé européen*, Economica, 1998, page 141.

¹⁹⁰² GAUDEMET-TALLON H., « Brefs propos introductifs », LPA 12 décembre 2002, n°248 (n°spécial « Le droit international privé communautaire : émergences et incidences »), page 3.

¹⁹⁰³ Voir les articles 2 respectifs des propositions de Règlements : Proposition de Règlement du PE et Conseil sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), Exposé des motifs, COM (2005) 650 final, 2005/0261 COD et Proposition de Règlement du PE et Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II) du 21 février 2006, COM 2006, 083 final.

¹⁹⁰⁴ LAGARDE P., « Rapport de synthèse », LPA 12 décembre 2002, n°248, page 44 : ces textes ne concernent que la libre circulation des décisions de justice au sein de l'Union européenne, ce qui n'a rien d'étonnant pour des textes consacrés aux conflits de juridictions. Si les décisions ne proviennent pas de l'UE, ils ne s'appliquent pas et chaque Etat appliquera son propre droit de l'exequatur.

¹⁹⁰⁵ VAREILLES-SOMMIERES de P., « Un droit international privé européen ? », in *Le droit privé européen*, Economica, 1998, page 144.

¹⁹⁰⁶ FALLON M., *Droit matériel général de l'Union européenne*, Bruylant, 2^{ème} éd., 2002, pages 248-249 : « certaines directives ne précisent pas leur domaine d'application dans l'espace. Leur domaine est dès lors déterminé en vertu des règles de droit international privé de la juridiction saisie sauf à déceler dans l'acte une règle d'applicabilité implicite correspondant à celle qui détermine le domaine spatial des règles du Traité CE ». Telle est la méthode suivie par la CJCE dans son arrêt *Ingmar* du 9 novembre 2000.

608. Dès lors, le droit international privé communautaire peut résoudre tant les conflits intracommunautaires qu'extracommunautaires, ce qui peut paraître contestable. La doctrine est en effet partagée sur l'étendue de la compétence communautaire pour édicter des règles de conflit susceptibles de s'appliquer aux Etats tiers.¹⁹⁰⁷ D'un côté, on peut observer que l'article 65 du Traité CE, qui fonde les différents règlements pris en matière de droit international privé, ne vise que les mesures nécessaires au bon fonctionnement du marché intérieur ; par conséquent, il ne permettrait à la Communauté que d'adopter des règles susceptibles de résoudre les conflits de lois intracommunautaires.¹⁹⁰⁸ De l'autre, on peut tout aussi bien considérer que cet article 65 CE ne comportant pas de limitation quant au champ d'application spatial de la règle de conflit elle-même, la Communauté n'a pas à limiter les règles édictées aux situations purement communautaires. Il semble que cette seconde interprétation de l'article 65 CE prévaut pour les institutions communautaires, de plus en plus enclines à proposer des règles identiques pour les situations intracommunautaires et extracommunautaires. Il semblerait que les règles communautaires de conflit subissent l'influence pernicieuse des principes de libre circulation et de non discrimination.¹⁹⁰⁹ En ne distinguant plus entre situation internationale européenne ou non européenne, la règle de conflit applicable est certes davantage prévisible et les institutions communautaires assurent par la même occasion une certaine cohérence à la matière. Cependant, une telle attitude accroît considérablement le champ d'intervention du droit international privé communautaire et réduit d'autant celui du droit international privé traditionnel.

609. La loi applicable à un rapport de droit même non localisé sur le territoire européen va donc pouvoir être désignée en fonction de mécanismes prévus par le législateur communautaire lui-même.¹⁹¹⁰ Dès lors, on pourrait soupçonner une absence de neutralité de ce dernier dans le choix de la règle permettant de révéler la loi applicable à une situation extracommunautaire, présentant un lien de rattachement à la fois avec un Etat membre et un Etat non membre. Consciemment ou non, le législateur européen ne chercherait-il pas à tout

¹⁹⁰⁷ GUEZ Ph., « L'avenir du droit international privé de la famille », LPA 6 novembre 2006, n°221, page 20.

¹⁹⁰⁸ JAZOTTES G., « L'incidence du droit communautaire sur le droit international privé », LPA 12 décembre 2002, n°248, page 41.

¹⁹⁰⁹ LAGARDE P., « Rapport de synthèse », LPA 12 décembre 2002, n°248, page 47. Voir aussi : POILLOT-PERUZZETTO S., « Les dispositions de droit international privé relatives au commerce électronique dans la loi du 21 juin 2004 transposant la directive du 8 juin 2000 », RJCom 2005, n°4, page 41 : pour l'auteur, l'absence de limitation spatiale, à propos de la loi française, doit être saluée en raison de la difficulté à justifier la distinction entre situation intracommunautaires et extracommunautaires. Par analogie, le même argument peut être avancé à l'échelle communautaire.

¹⁹¹⁰ IDOT L., « L'incidence de l'ordre communautaire sur le droit international privé », LPA 12 décembre 2002, n°248, page 33.

prix à étendre le champ d'application de ses règles ? Certains font en effet valoir que les règles de droit international privé communautaires reposeraient en quelque sorte sur un préjugé les conduisant en pratique à restreindre le champ d'application des lois des Etats tiers et que, par conséquent, elles chercheraient en effet moins à localiser le rapport de droit qu'à évincer la loi tierce.¹⁹¹¹ Ainsi, cette loi étrangère n'aurait vocation à s'appliquer que pour le cas où elle emporterait des effets équivalents à ceux poursuivis par le droit communautaire.¹⁹¹²

610. Il est vrai que de nombreuses règles de conflit, issues principalement de directives, visent à s'assurer que le niveau de protection mis en place par un tel instrument ne soit pas vidé de sa substance du fait de l'application d'une loi tierce. Tel est le cas en matière contractuelle, et plus particulièrement de protection des consommateurs. Par exemple, l'article 6 § 2 de la directive sur les clauses abusives prévoit que le consommateur ne saurait être privé de la protection que le droit communautaire lui accorde par la désignation de la loi d'un Etat tiers comme droit applicable au contrat.¹⁹¹³ Pour reprendre l'exemple donné par Monsieur Paul Lagarde, « *dans un contrat conclu entre un vendeur allemand et un consommateur français, le choix de la loi monégasque ne peut priver le consommateur des règles impératives de protection prévues par la directive sur les clauses abusives* ». ¹⁹¹⁴ Dans un tel cas de situation intracommunautaire avec désignation d'une loi tierce comme loi applicable, la limite prévue par le droit communautaire est entièrement justifiable par la volonté de prévenir la fraude au droit communautaire.¹⁹¹⁵ Cependant, l'article 6 § 2 de la directive sur les clauses abusives aboutit également au « *maintien, dans les relations contractuelles impliquant des pays tiers, de la protection que ladite directive accorde aux consommateurs dans les relations contractuelles intracommunautaires, dès lors que le contrat présente un rattachement étroit avec le territoire des Etats membres* », la notion de « lien étroit » comme critère de rattachement devant être entendue de façon large et les Etats membres ne devant pas la

¹⁹¹¹ LEFRANC D., « La spécificité des règles de conflit de lois en droit communautaire dérivé (aspects de droit privé) », RCDIP 2005, n°3, page 423.

¹⁹¹² LEFRANC D., *précité*, pages 426-427.

¹⁹¹³ Comme le rappelle la CJCE dans son arrêt du 9 septembre 2004, Commission c/ Royaume d'Espagne (aff. C-70/03) : § 30. Dans cette affaire, la mauvaise transposition par l'Espagne de la directive communautaire en droit interne a abouti à sa condamnation.

¹⁹¹⁴ LAGARDE P., « Rapport de synthèse », LPA 12 décembre 2002, n°248, page 45.

¹⁹¹⁵ Comme le souligne Paul Lagarde à propos de la proposition de règlement Rome I, dont l'article 3 § 5 prévoit en effet que « *le choix des parties de la loi d'un Etat non membre ne peut porter atteinte à l'application des dispositions impératives du droit communautaire lorsqu'elles seraient applicables au cas d'espèce* » : LAGARDE P., « Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) », RCDIP 2006, n°2, page 337.

restreindre par l'adoption de critères prédéfinis.¹⁹¹⁶ Ainsi, dans un contrat conclu entre un vendeur californien établi en France et un consommateur français, la désignation de la loi californienne ne peut soustraire le consommateur au niveau de protection que lui accorde le droit communautaire. C'est la solution qu'a retenue la Cour de Justice dans son arrêt *Ingmar*,¹⁹¹⁷ rendu non pas à propos de la directive sur les clauses abusives mais de celle sur les agents commerciaux. Elle a en effet considéré que le texte communautaire devait s'appliquer à un contrat liant un agent commercial britannique à un commettant californien, en dépit du choix par les parties de la loi californienne comme loi applicable. Dans un pareil cas, l'application du droit communautaire aux relations extracommunautaires n'est donc pas exempte de reproches.

611. Pourtant, on ne peut affirmer de façon péremptoire que le droit international privé communautaire conduit à un « *exclusivisme juridique* »¹⁹¹⁸, voire à la négation du droit international privé classique. La loi d'un Etat tiers s'appliquera si elle franchit avec succès le cap du contrôle communautaire et respecte ses dispositions impératives. Comme nous l'avons déjà souligné, une grande partie des règles de droit international privé communautaire sont des règles bilatérales, aboutissant à désigner indistinctement le droit d'un Etat membre ou d'un Etat tiers, qui peuvent être limitées de manière unilatérale. Ainsi, en matière contractuelle, en vertu du principe d'autonomie, les parties pourront désigner comme loi applicable la loi d'un Etat tiers, qui aura vocation à régir le contrat. Le juge saisi devra en principe l'appliquer, mais pourra aussi l'écarter au profit de la loi de l'Etat membre, si la loi tierce contrevient aux dispositions impératives du droit communautaire. L'éviction de la loi étrangère n'est donc pas automatique.

612. En outre, il semble que le législateur communautaire ait récemment amorcé un changement de point de vue quant à l'application du droit communautaire aux situations extracommunautaires. En effet, dans les propositions de règlements Rome I et Rome II, les institutions ont entendu prendre une position plus acceptable sur cette question. Ces deux textes posent comme principe que les règlements ne portent pas en principe atteinte à l'application des conventions multilatérales. Cependant, ces instruments auront vocation à prévaloir d'une part, sur les Conventions de La Haye de 1955 sur la vente et de 1978 relative

¹⁹¹⁶ CJCE 9 septembre 2004, Commission c/ Royaume d'Espagne (aff. C-70/03) : §§ 30 à 33.

¹⁹¹⁷ CJCE 9 novembre 2000, *Ingmar GB*, aff. C-381/98 : Recueil CJCE 2000, I, page 9305.

¹⁹¹⁸ LEFRANC D., *précité*, page 423.

aux contrats d'intermédiaires, concernant la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), et d'autre part, sur les Conventions de La Haye de 1971 sur les accidents de la circulation et de 1973 sur la responsabilité du fait des produits, concernant la loi applicable aux obligations extracontractuelles (Rome II), seulement si « *tous les éléments de la situation sont localisés au moment de la conclusion du contrat dans un ou plusieurs Etats membres* ». ¹⁹¹⁹ Le législateur semble donc réserver l'application de ces conventions internationales aux relations extracommunautaires. Le droit international privé classique retrouverait dès lors à s'appliquer.

613. Par analogie, on peut redouter que la mise en place d'un Code civil européen aboutisse lui aussi en pratique à un rétrécissement du champ d'action du droit international privé non communautaire par les autorités communautaires, du fait de la difficulté à distinguer entre situation intracommunautaire et extracommunautaire. Ce risque ne réside pas seulement dans l'attitude des autorités communautaires. Le législateur européen n'est en effet pas le seul fautif du rétrécissement du champ d'application spatial du droit international privé traditionnel. De façon paradoxale, le législateur national contribue lui aussi à l'extension du champ d'application du droit international privé communautaire, et corrélativement à la restriction du champ d'application du droit international privé classique.

B) Un rétrécissement du droit international privé classique opéré par les autorités nationales

614. Un tel phénomène est rendu possible en raison de l'obligation faite aux Etats de transposer dans l'ordre juridique interne des directives contenant des dispositions spécifiques de droit international privé pour les règles matérielles édictées. Avant d'expliquer en quoi ce phénomène consiste, il faut tout d'abord souligner l'importance de l'obligation de transposition qui incombe aux Etats membres. En effet, à l'issue d'un délai imparti à l'Etat et figurant dans l'acte lui-même, le défaut de transposition pourra faire l'objet d'un recours en manquement à l'initiative de la Commission sur le fondement de l'article 226 du Traité CE,

¹⁹¹⁹ Proposition de Règlement du PE et Conseil sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), Exposé des motifs, COM (2005) 650 final, 2005/0261 COD (article 23 spéc.) et Proposition de Règlement du PE et Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II) du 21 février 2006, COM 2006, 083 final (article 25 spéc.).

qui pourra aboutir à la condamnation de l'Etat membre par la Cour de Luxembourg. En la matière, la France fait partie des « mauvais élèves ».¹⁹²⁰ Ainsi, elle a notamment procédé à la transposition de la directive de 1985 sur les produits défectueux avec dix ans de retard, ce qui lui a valu une condamnation de la CJCE pour manquement.¹⁹²¹ Outre le défaut de transposition, la mauvaise transposition de la directive peut aussi entraîner condamnation de l'Etat membre. En effet, les directives édictées par les institutions communautaires se révélant de plus en plus détaillées, elles laissent corrélativement une marge de manœuvre de plus en plus étroite aux Etats membres pour transposer. Concernant toujours la directive de 1985, la Cour a de nouveau condamné la France dans un arrêt du 25 avril 2002, mais cette fois-ci pour transposition incorrecte.¹⁹²² A cette occasion, la Cour a d'ailleurs rappelé que la directive devait être interprétée restrictivement et a fait preuve d'une grande rigueur en supprimant plus particulièrement la faculté offerte à la victime d'obtenir une meilleure indemnisation en choisissant un autre régime de responsabilité. Par conséquent, on peut déduire de cette jurisprudence sourcilleuse de la CJCE que les règles communautaires de droit international privé issues des directives seront automatiquement relayées par le législateur national, la transposition transformant de façon formelle des règles d'origine communautaire en règles nationales.

615. D'autant plus que l'on assiste depuis 2005 à un renforcement de l'efficacité de la procédure en manquement. En effet, la Commission n'hésite plus à systématiquement mettre en œuvre la procédure d'exécution des arrêts en manquement découlant de l'article 228 du traité CE.¹⁹²³ Quant à la CJCE, elle condamne les Etats membres au paiement de lourdes

¹⁹²⁰ Sur le nombre total de saisines de la Cour de Justice introduites par la Commission en 2005 sur le fondement de l'article 226 du Traité CE, la France est en cinquième position derrière l'Italie, le Luxembourg, la Grèce et l'Allemagne.

¹⁹²¹ CJCE 13 janvier 1993, Commission c/ France, aff. C-293/91 : Recueil CJCE 1993, I, page 1.

¹⁹²² CJCE 25 avril 2002, Commission c/ France, aff. C-52/00 : Recueil CJCE 2002, I, page 3856. Pour un commentaire : D. 2002 chron. page 2458, note CALAIS-AULOY ; RTDC 2002 page 523, note JOURDAIN ; RDC 2003 page 107, obs. BRUN. Dans cet arrêt, la CJCE juge qu'en incluant dans l'article 1386-2 du code civil les dommages inférieurs à 500 euros, en considérant dans l'article 1386-7 alinéa 1 que le distributeur d'un produit défectueux est responsable dans tous les cas au même titre que le producteur et en prévoyant que le producteur doit prouver qu'il a pris les dispositions propres à prévenir les conséquences d'un produit défectueux afin de pouvoir se prévaloir des causes d'exonération prévues par l'article 7 d) et e) de la directive, la France a manqué à ses obligations en opérant une mauvaise transposition de la directive.

¹⁹²³ L'article 228 du Traité CE pose l'obligation pour les Etats membres de mettre fin à la violation commise et reconnue par la Cour, sous peine d'exécution forcée. Dans sa communication du 13 décembre 2005 relative à la mise en œuvre de l'article 228 CE, la Commission met en place trois mesures importantes. Ainsi, elle demandera systématiquement à la Cour la condamnation de l'Etat membre défaillant au paiement d'une astreinte et d'une somme forfaitaire, elle ne se désistera plus en cas de régularisation en cours d'instance et ce afin d'inciter les Etats à se mettre en conformité le plus rapidement possible, et enfin, elle adaptera en fonction des cas le montant des sanctions proposées à la Cour.

astreintes et sommes forfaitaires¹⁹²⁴. Ainsi, dans un arrêt du 14 mars 2006, la Cour a considéré que la loi française du 9 décembre 2004, ayant remanié les articles du code civil relatifs à la responsabilité du fait des produits, n'a pas assuré la complète exécution de l'arrêt du 25 avril 2002 précité. Par conséquent, la France a manqué à ses obligations découlant de l'article 228 du Traité CE et doit se mettre le plus rapidement en conformité avec la directive, sous peine de paiement d'une astreinte de 31650 euros par jour de retard.¹⁹²⁵ Il pèse donc sur les Etats membres une obligation renforcée de transposer les directives communautaires aussi fidèlement que possible.

616. Cette épée de Damoclès explique peut-être le zèle parfois excessif des Etats membres dans la transposition des règles découlant des directives. Certains législateurs vont parfois bien au delà de ce que prévoient ces actes de droit dérivé et contribuent, consciemment ou non, à étendre le champ d'application spatial du droit international privé communautaire. Deux exemples peuvent illustrer notre propos : tant la transposition par le législateur français de la directive sur les clauses abusives que de celle sur le commerce électronique ont participé à cette extension, au détriment du droit international privé traditionnel.¹⁹²⁶

617. D'une part, l'article L 135-1 du code de la consommation, transposant la directive sur les clauses abusives, dispose que « *nonobstant toute stipulation contraire, les dispositions de l'article L 132-1 sont applicables lorsque la loi qui régit le contrat est celle d'un Etat n'appartenant pas à l'Union européenne, que le consommateur ou le non professionnel a son domicile sur le territoire de l'un des Etats membres et que le contrat y est proposé, conclu ou exécuté* ». Comme le souligne Monsieur de Vareilles-Sommières, « *à supposer que chaque Etat membre fasse de même, cela reviendrait à consacrer la soumission possible du contrat, [normalement] régi par la Convention de Rome par le droit d'un Etat non membre* », au droit

¹⁹²⁴ Le premier arrêt de ce type concernait d'ailleurs la France : CJCE 12 juillet 2005, Commission c/ France (affaire dite « poisson de taille »), aff. C-304/02.

¹⁹²⁵ CJCE 14 mars 2006, Commission c/ France, aff. C-177/04 : publié au JO C 131 du 3 juin 2006, page 10. Dans cette affaire, la France a été condamnée pour transposition incorrecte de la directive de 85 en ce qui concerne la nouvelle version de l'article 1386-7 du code civil modifié par la loi de 2004.

¹⁹²⁶ On aurait aussi pu prendre d'autres exemples, telle la transposition par la France de la directive « time share » du 26 octobre 1994, l'article L-121-75 du code de la consommation allant bien au delà de la directive puisque il prévoit la protection du consommateur non seulement lorsque le bien est situé dans un Etat membre mais également lorsque le bien ne l'est pas, si le consommateur a sa résidence dans un Etat de l'Union. Pour d'autres exemples, voir POILLOT-PERUZZETTO S., « La diversification des méthodes de coordination des normes nationales », LPA du 5 octobre 2004, n°199, page 29.

des clauses abusives de chaque Etat membre.¹⁹²⁷ En effet, il découle de cet article L 135-1 du code de la consommation une obligation d'appliquer le droit français, lui-même découlant du droit communautaire, seulement pour ce qui concerne la question des clauses abusives, alors que le contrat sera régi pour le restant par le droit de l'Etat tiers. Sur un point certes précis, le législateur français contribue donc à évincer la loi tierce au profit de la loi d'origine communautaire. D'autre part, la transposition par la France de la directive sur le commerce électronique de 2000 par la loi sur la confiance dans l'économie numérique (LCEN) du 21 juin 2004¹⁹²⁸ a élargi le domaine d'application spatial de la directive. Alors que le texte communautaire se cantonne aux situations communautaires, puisqu'il dispose dans son article 1^{er} que « *la présente directive a pour objectif de contribuer au bon fonctionnement du marché intérieur en assurant la libre circulation des services de la société de l'information entre les Etats membres* »¹⁹²⁹, la LCEN se veut au contraire à vocation universelle, n'opérant pas de distinction entre les situations communautaires et les situations internationales non communautaires,¹⁹³⁰ puisque dans son article 14 alinéa 3, la LCEN n'envisage la loi applicable au commerce électronique qu'en se référant aux personnes établies en France.¹⁹³¹ Le législateur contribue à ce que des règles de droit international privé d'origine communautaire, transposées dans l'ordre juridique interne, s'appliquent à des relations extracommunautaires. Pour certains, il faut s'en féliciter en raison de la difficulté en la matière à distinguer entre situation communautaire ou non.¹⁹³²

618. A l'identique, on peut craindre que la mise en place d'un Code civil européen conduise les législateurs internes à mettre les droits nationaux en conformité avec le droit communautaire de façon excessive appliquant le droit communautaire aux situations internationales de façon indistinctes. Si on peut exprimer des doutes quant à la pertinence de

¹⁹²⁷ VAREILLES-SOMMIERES de P., « Un droit international privé européen ? », in *Le droit privé européen*, Economica, 1998, page 147.

¹⁹²⁸ Loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique : JO n°143 du 22 juin 2004, page 1168. Pour un commentaire : LPA du 3 juin 2005, note CAPRIOLI et AGOSTI ; D.2004, chron. page 2213, note GRYNBAUM.

¹⁹²⁹ Directive du PE et Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques de services de la société de l'information et notamment du commerce électronique dans le marché intérieur : JO L 178 du 17 juillet 2000, page 1 et s.

¹⁹³⁰ POILLOT-PERUZZETTO S., « Les dispositions de droit international privé relatives au commerce électronique dans la loi du 21 juin 2004 transposant la directive du 8 juin 2000 », RJCom 2005, n°4, page 41.

¹⁹³¹ LEFRANC D., « La spécificité des règles de conflit de lois en droit communautaire dérivé (aspects de droit privé) », RCDIP 2005, n°3, page 421. Pour l'auteur, le législateur français a unilatéralisé la règle de conflit. Selon lui, même la jurisprudence, sur le fondement de celle ayant bilatéralisé l'article 3 alinéa 3 du code civil, ne pourra conduire à la rendre bilatérale que dans la limite de son application à des situations intéressant la Communauté.

¹⁹³² POILLOT-PERUZZETTO S., *précitée*, page 41.

l'intervention communautaire dans la sphère des relations entre Etats membres et Etats tiers, il convient toutefois de démontrer que, loin de mener une concurrence déloyale au droit international privé classique, l'adoption d'un Code civil européen contribue au contraire à préserver l'intérêt de la matière conflictuelle.

Section II - Une préservation de l'intérêt du droit international privé

619. La création d'un droit communautaire des conflits témoigne sans conteste de l'intérêt de l'Union européenne en faveur de la matière conflictuelle. Longtemps ignoré des institutions communautaires, le droit international privé s'est imposé peu à peu dans l'espace judiciaire européen, à un point tel que l'on ne devrait plus considérer que le droit communautaire s'est borné à infléchir le droit des conflits dans le sens de sa logique mais bel et bien que le droit international privé a corrélativement converti le droit communautaire à la méthode conflictuelle.

620. L'adoption d'un Code commun aux Etats membres en matière civile n'aura pas pour conséquence d'abolir tout recours au droit des conflits de lois et de juridictions, qu'il soit d'origine communautaire ou international. Cette survie du droit international privé est assurée en grande partie en raison de la spécificité de l'ordre juridique communautaire (Paragraphe I). Par son caractère subversif, la mise en place d'un Code civil européen pousse même à s'interroger sur les incidences du droit international privé sur le droit communautaire et témoigne ainsi, au delà de l'infléchissement tant décrié du droit international privé sous l'influence de la logique communautaire, d'une réelle fertilisation croisée entre les deux matières (Paragraphe II).

Paragraphe I - La persistance indispensable du droit international privé

621. Contrairement à certaines prédictions doctrinales, l'adoption d'un Code civil européen n'entraînera pas la disparition d'un droit international privé, indispensable en raison tant de l'absence de complétude des règles matérielles découlant du Code civil européen (A)

que de la complémentarité existant entre règles matérielles du Code civil européen et règles conflictuelles communautaires ou internationales (B).

A) L'absence de complétude des règles matérielles

622. L'absence de complétude des règles communautaires, et donc des règles matérielles découlant du Code civil européen, explique la survie des règles du droit international privé. En effet, si le système communautaire est autonome, il reste cependant en quelque sorte « rattaché » aux systèmes nationaux des Etats membres.¹⁹³³ L'ordre juridique communautaire n'est pas complet et ne se suffit pas à lui-même.¹⁹³⁴ C'est pourquoi il ne cherche pas à nier l'existence des droits internes puisqu'il se construit « *autour des frontières étatiques existantes en ce sens qu'il cherche à faire vivre ensemble des Etats différents, (...) des lois nationales différentes* »¹⁹³⁵. Le code civil européen se superposera donc aux codes civils nationaux, en ce qui concerne les relations privées transfrontalières. Code de principes, cet instrument n'aura pas pour vocation de tout prévoir et de descendre dans le détail, comme le font les législations civiles internes.¹⁹³⁶ Ainsi, la réglementation communautaire incomplète de droit substantiel, soit la *lex fori* européenne, ne peut être comparable en tous points avec la réglementation matérielle complète des Etats membres, *lex fori* nationale. Dès lors, toutes les situations qui ne seront pas réglées par le Code civil européen devront l'être suivant les règles de droit international privé en vigueur. En outre, le juge national pourra écarter l'application d'une disposition substantielle découlant du Code civil européen pour appliquer une disposition impérative de sa législation interne, en ayant recours à la notion de « loi de police », à la condition toutefois que celle-ci réponde aux exigences du droit communautaire.¹⁹³⁷

¹⁹³³ PUSTORINO P., « Observations sur les principes généraux dans le droit international privé et procédural communautaire », RDUE 2005, n°1, page 150.

¹⁹³⁴ IDOT L., « L'incidence de l'ordre communautaire sur le droit international privé », LPA 12 décembre 2002, n°248, page 28.

¹⁹³⁵ BERGE J.-S., « L'absence de frontières étatiques à l'intérieur de la Communauté européenne : de la réalité au mythe », LPA du 8 novembre 2005, page 13.

¹⁹³⁶ Voir le Titre I de la présente partie.

¹⁹³⁷ Comme le rappelle la CJCE dans son arrêt du 23 novembre 1999, Arblade et Leloup (aff. C-369/96 et 376/96, Recueil CJCE 1999, I, page 8453 ; RCDIP 2000, page 710, note FALLON), la qualification de « loi de police nationale » (entendue comme visant des dispositions nationales dont l'observation a été jugée cruciale pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique de l'Etat membre concerné, au point d'en imposer le respect à toute personne se trouvant sur le territoire national de cet Etat membre ou à tout rapport localisé dans celui-ci) ne fait pas échapper la règle interne au contrôle communautaire : IDOT L., « L'incidence de l'ordre communautaire sur le droit international privé », LPA 12 décembre 2002, n°248, page 32. Voir aussi

623. De plus, le code civil européen n'a pas non plus vocation à régir toutes les situations internationales. En effet, le système communautaire doit aussi tenir compte de l'ordre international. Cependant, en créant une internationalité spécifique, le droit communautaire rend d'autant plus complexe la coordination entre norme communautaire et norme externe. Il s'agira donc de prévoir la coordination du Code civil européen avec les autres systèmes normatifs régionaux et les normes internationales.¹⁹³⁸ Cette articulation ne sera pas des plus aisées car si cette question est abordée par la doctrine, elle ne fait l'objet d'aucune réponse certaine.¹⁹³⁹ A défaut de clauses de coordination insérées au sein des instruments, on pourrait certes considérer que le code civil européen, adopté en la forme d'un règlement, en tant que droit communautaire dérivé, prime sur les accords conclus entre Etats membres.¹⁹⁴⁰ Cependant, la question de savoir quelle norme, communautaire ou internationale, doit l'emporter sur l'autre, pourrait aussi bien être résolue en s'appuyant sur les principes « *lex posterior priori derogat* » ou « *specialia generalibus derogant* » qui permettent de remédier aux conflits de conventions.¹⁹⁴¹ C'est ce second principe auquel la doctrine se référait lorsque surgissait un conflit entre la Convention de Rome et une convention internationale.¹⁹⁴² Dans un tel cas, l'application du principe « *specialia generalibus derogant* » conduisait à écarter la Convention de Rome de 1980, portant règle générale en matière de contrats, au bénéfice par exemple de la Convention de La Haye de 1955 portant loi applicable aux contrats de vente, donc règle spéciale. Dès lors, reste à déterminer au cas par cas quelle règle, de la norme communautaire et internationale, sera jugée générale ou spéciale, cette dernière devant s'appliquer au détriment de la première, étant convenu qu'en l'absence de différence de généralité, ce sera la règle la plus récente qui l'emportera.¹⁹⁴³ En outre, la persistance du droit international privé s'explique par la complémentarité nécessaire existant entre règles matérielles et règles conflictuelles.

NOURISSAT C., « Retour sur les lois de police en matière de contrats internationaux », RLDA 2006, n°10, page 69 et s.

¹⁹³⁸ Il convient de noter que l'Union européenne s'est engagée dans la voie d'une adhésion à la Conférence de La Haye, en tant que membre à part entière : Décision du Conseil du 5 octobre 2006, relative à l'adhésion de la Communauté européenne à la Conférence de La Haye de droit international privé, JO L n°297 du 26 octobre 2006.

¹⁹³⁹ BODENES-CONSTANTIN A., « La codification du droit international privé français », *op. cit.*, 2005, page 182.

¹⁹⁴⁰ BODENES-CONSTANTIN A., *ibidem*.

¹⁹⁴¹ AUDIT B., *Droit international privé*, *op. cit.*, page 47 ; voire aussi pour plus de détails sur les conflits de conventions, BRIERE C., *Les conflits de conventions internationales en droit privé*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 347, 2001.

¹⁹⁴² VAREILLES-SOMMIERES de P., « Un droit international privé européen ? », in *Le droit privé européen*, Economica, 1998, page 142.

¹⁹⁴³ AUDIT B., *Droit international privé*, *op. cit.*, page 47.

B) La complémentarité des règles matérielles et conflictuelles

624. Il ne s'agit pas de concevoir les relations entre règles matérielles et règles conflictuelles en termes de rivalité. Il existe au contraire une réelle complémentarité entre ces règles. L'adoption d'un Code civil européen ne conduira pas à la disparition du droit international privé, que ce dernier soit d'origine communautaire ou non.

625. Premièrement, il ne faut pas redouter que le droit international privé communautaire disparaisse du fait de l'harmonisation du droit communautaire substantiel. En effet, le seul fait que le Code civil européen édicte des règles matérielles ne suffit pas à écarter les règles conflictuelles.¹⁹⁴⁴ Comme le démontre Madame Pauline Rémy-Corlay, loin d'emporter son éviction, l'europeanisation des droits civils des Etats membres permettra au contraire de simplifier le droit international privé dans les relations intracommunautaires.¹⁹⁴⁵ S'appuyant sur le modèle américain, elle constate que « *si le conflit de lois occupe une place importante aux Etats Unis, malgré le fédéralisme, on observe cependant une grande communauté de droit d'un Etat à l'autre* »¹⁹⁴⁶. En assurant l'équivalence des droits en présence par le biais de l'harmonisation, la nécessité pour le juge de désigner la loi applicable ne disparaît pas toutefois, même si nous verrons plus loin que cela ne sera pas sans conséquence sur la nature du conflit à résoudre.¹⁹⁴⁷ Ainsi, « *l'europeanisation des droits des Etats membres serait donc naturelle dans la mesure où se développe cette "fédéralisation" du droit* », permettant par conséquent aux règles de conflit communautaires de retrouver une nécessaire neutralité.¹⁹⁴⁸ Cependant, cette complémentarité des règles communautaires matérielles et conflictuelles ne devra pas faire l'économie d'une coordination. Suite au reformatage des conventions de Bruxelles et de Rome en règlements communautaires, le problème se pose alors de concilier deux règlements, l'un support du Code civil européen, l'autre de règles communautaires de conflits. Par conséquent, pour certains, la solution la plus appropriée serait de prévoir expressément que les règlements communautaires de conflit

¹⁹⁴⁴ BODENES-CONSTANTIN A., « La codification du droit international privé français », *op. cit.*, 2005, page 182.

¹⁹⁴⁵ REMY-CORLAY P., « L'avenir du Code civil...européen ? », *Revue Lamy Droit des Affaires*, octobre 2004, n°75, page 10.

¹⁹⁴⁶ REMY-CORLAY P., *précitée*, page 10.

¹⁹⁴⁷ Voir dans la présente section, B) du § 2.

¹⁹⁴⁸ *Ibidem*.

réserver l'application des règles substantielles aux relations intracommunautaires.¹⁹⁴⁹ Le Code civil européen, adopté en la forme d'un règlement, peut lui aussi anticiper ces problèmes de coordination et définir son champ d'application spatial, en renvoyant aux règles de droit international privé communautaire.

626. Deuxièmement, on ne peut craindre que l'entrée en vigueur d'un Code civil européen entraîne la disparition du droit international privé classique, tout comme la mise en place d'un droit communautaire des conflits n'a pas totalement évincé le recours à la méthode conflictuelle classique. Il faut en effet préciser que dès l'origine, trois Etats membres, à savoir la Grande-Bretagne, l'Irlande et le Danemark, sont restés en marge du processus de communautarisation des conventions de Bruxelles et de Rome. Si les différents règlements pris sur le fondement de l'article 65 du Traité CE ne lient donc pas le Danemark, la Grande-Bretagne et l'Irlande, ces deux derniers Etats membres peuvent toutefois choisir d'y être parties puisqu'ils se sont réservés la possibilité d'exercer pour chaque texte une faculté d'*opt-in*, permettant de leur appliquer ou non lesdits règlements.¹⁹⁵⁰ Ces trois Etats membres peuvent donc en quelque sorte être considérés comme des pays tiers car non signataires ou n'ayant pas exercé leur faculté d'*opt-in*. Par conséquent, en cas de conflit entre un Etat membre signataire et un autre non signataire ou ne désirant pas se voir appliquer le règlement communautaire, les règles traditionnelles du droit international privé continueront à être utilisées. Il en résulte donc un défaut d'unité, qui bénéficiera au droit international privé traditionnel. De la même façon, l'adhésion de nouveaux Etats membres, tels la Bulgarie ou la Roumanie,¹⁹⁵¹ ne préjuge en rien de leur volonté de participer eux aussi à l'espace judiciaire européen en matière civile.¹⁹⁵² Bien que faisant partie de l'Union européenne, les règles classiques de droit international privé pourraient continuer à régir leurs relations avec les autres Etats membres en ce domaine. C'est pourquoi la persistance des règles classiques de conflit, aux côtés des règles matérielles du Code civil européen, devra conduire subséquemment le législateur européen à veiller à ce que soient prévus des mécanismes de coordination entre Code civil européen et droit international privé traditionnel.

¹⁹⁴⁹ BODENES-CONSTANTIN A., *précitée*, page 182.

¹⁹⁵⁰ GAUDEMET-TALLON H., « Brefs propos introductifs », LPA 12 décembre 2002, n°248 (n°spécial « Le droit international privé communautaire : émergences et incidences »), page 4.

¹⁹⁵¹ Ces deux pays avaient signé leur traité d'adhésion le 25 avril 2005 et sont entrés dans l'Union européenne le 1^{er} janvier 2007.

¹⁹⁵² PUSTORINO P., « Observations sur les principes généraux dans le droit international privé et procédural communautaire », RDUE 2005, n°1, page 146.

627. C'est à cette condition que l'adoption d'un Code civil européen dédié aux relations transfrontalières préservera l'intérêt du recours aux règles de résolution des conflits, que celles-ci soient d'origine communautaire ou internationale. La survie du droit international privé est d'autant plus fondamentale que cette matière semble contribuer à enrichir le droit communautaire. Ce code civil commun donne ainsi l'occasion aux juristes de déceler les apports potentiels du droit des conflits au droit matériel communautaire.

Paragraphe II - Les apports potentiels du droit international privé

628. Comme le souligne Madame Sylvaine Poillot-Peruzzetto, le droit communautaire, à la recherche de règles structurantes susceptibles de pallier les lacunes et les défauts de sa construction jusqu'ici empirique, se focalise désormais sur la méthode conflictuelle et sur ses apports potentiels à l'ordre communautaire.¹⁹⁵³ Or, les apports de la méthode conflictuelle ne s'observent pas seulement en matière de droit international privé communautaire mais aussi à propos du droit matériel communautaire.

629. La mise en place d'un Code civil européen aura pour effet subversif de mettre en lumière certaines lacunes du droit communautaire relativement d'une part, à une définition du lien de rattachement communautaire, soit quant à la qualification de la situation communautaire à laquelle devra répondre le Code civil européen (A) et d'autre part, quant à la véritable nature du conflit communautaire qui sera ainsi résolu par le Code civil européen (B), lacunes auxquelles la méthode conflictuelle est susceptible d'apporter des solutions.

A) Quant à la nature du conflit communautaire

630. *A priori*, lorsqu'un conflit survient entre deux Etats membres, il s'agit d'un conflit international, puisqu'il s'élève entre lois d'Etats souverainement indépendants.¹⁹⁵⁴ Ainsi, le conflit international se distingue en principe du conflit interne de lois, qui oppose

¹⁹⁵³ POILLOT-PERUZZETTO S., « La diversification des méthodes de coordination des normes nationales », LPA du 5 octobre 2004, n°199, page 25.

¹⁹⁵⁴ BATTIFOL H. et LAGARDE P., *Droit international privé*, Tome 1, 8^{ème} éd., L.G.D.J., 1993, page 430 et s.

plusieurs lois simultanément en vigueur sur le territoire d'un seul Etat.¹⁹⁵⁵ On peut se demander toutefois si le Code civil européen n'aurait pas vocation à résoudre un conflit de nature interne plutôt que de nature internationale. La catégorie des conflits internes recouvre plusieurs hypothèses. On distingue en effet le conflit interpersonnel, qui survient lorsque dans un espace délimité deux systèmes juridiques s'affrontent, dont chacun a pour ressort un groupe de personnes déterminé en fonction d'une qualité propre, du conflit interrégional qui surgit à l'intérieur d'un Etat ou ensemble d'Etats dans lequel plusieurs systèmes juridiques d'application territoriale sont en vigueur.¹⁹⁵⁶ Concernant cette seconde catégorie, on isole les conflits interprovinciaux, tel celui survenant entre droit national général et droit local, des conflits interfédéraux, intervenant entre droit fédéral et droit fédéré. Ne peut-on pas dès lors considérer que le conflit survenant entre législations civiles harmonisées, conflit donc intracommunautaire, qui se situe sur le territoire européen, doit être assimilé à un conflit interrégional de type fédéral ?

631. La réponse serait sans l'ombre d'un doute affirmative si l'Union européenne était considérée comme un « super-Etat » européen, doté de la pleine souveraineté. Cependant, la nature *sui generis* de la construction européenne ne permet pas pour le moment de dégager une solution claire,¹⁹⁵⁷ et admettre une telle solution reviendrait de la sorte à anticiper une intégration politique inachevée.¹⁹⁵⁸ Toutefois, la nature interne du conflit reste probante. Pour Monsieur David Lefranc, il est évident qu'au niveau intracommunautaire « *le traitement de la loi applicable cherche moins à trancher un véritable conflit qu'à répartir la compétence législative entre les Etats membres* »¹⁹⁵⁹. Il en déduit que « *ceci implique nécessairement que la Communauté se considère comme un ordre juridique unique, ne connaissant plus en son sein de conflits internationaux mais des conflits internes* »¹⁹⁶⁰. Il est vrai qu'en assurant, par le biais du Code civil européen, l'équivalence des législations civiles pour les situations transfrontalières, le conflit intracommunautaire perd quelque peu sa qualité de conflit international. Selon Monsieur Paul Lagarde et Madame Laurence Idot, on ne peut nier que les

¹⁹⁵⁵ BATTIFOL H. et LAGARDE P., *ibidem*.

¹⁹⁵⁶ RALSER E., « Pluralisme juridique et droit international privé », RRJ 2003, n°4, pp 2572-2573.

¹⁹⁵⁷ Cf Partie I, Titre I, Chapitre I.

¹⁹⁵⁸ LEFRANC D., « La spécificité des règles de conflit de lois en droit communautaire dérivé (aspects de droit privé) », RCDIP 2005, n°3, page 446.

¹⁹⁵⁹ LEFRANC D., « La spécificité des règles de conflit de lois en droit communautaire dérivé (aspects de droit privé) », RCDIP 2005, n°3, page 437.

¹⁹⁶⁰ LEFRANC D., *ibidem*.

relations intracommunautaires tendent à devenir des relations internes, « *en tout cas dans la mesure de l'harmonisation des législations et de la construction du marché intérieur* »¹⁹⁶¹.

632. Il faut néanmoins préciser que seul le conflit intracommunautaire doit être qualifié de conflit interne. En effet, dans un tel cas, le juge devra choisir, parmi les lois en présence, la *lex fori* nationale la plus appropriée en raison de leur équivalence et donc de leur interchangeabilité.¹⁹⁶² Ce qui implique *a contrario* que dans un conflit extracommunautaire, le juge aura le choix le choix entre la *lex fori* nationale, tenant alors lieu de *lex fori* européenne, et la loi étrangère, loi tierce, ce conflit étant de nature internationale et non plus interne. Il faudrait donc « *partir du principe que les législations nationales sont équivalentes et distinguer à l'instar des théories américaines entre les vrais et les faux conflits* »¹⁹⁶³. Ainsi, les conflits intracommunautaires seraient qualifiés de faux conflits et les conflits extracommunautaires de vrais conflits. Cette analyse semble confortée par les interrogations que ne manque pas de susciter la qualification de la situation communautaire.

B) Quant à la qualification de la situation communautaire

633. Si on considère le conflit intracommunautaire comme un conflit interne, l'adoption de règles substantielles communes aux Etats membres ne conduirait plus le juge à se demander quelle *lex fori* nationale s'applique. Au lieu de prendre pour point de départ le rapport de droit, le juge s'attacherait plutôt à une catégorie de règles matérielles afin de lui affecter un rattachement ou un domaine d'application déterminé. Si la situation en cause intéresse les relations civiles internes, le droit national s'applique et si la situation en cause se rattache aux relations civiles transfrontalières, le droit communautaire, donc les règles issues du code civil européen, s'appliquent. Centrée moins sur le rapport de droit que sur la norme, cette démarche semble donc se rapprocher par exemple de celle du juge français qui aurait à déterminer le champ d'application dans l'espace de deux lois civiles françaises.¹⁹⁶⁴

¹⁹⁶¹ LAGARDE P., « Rapport de synthèse », précité, LPA 12 décembre 2002, n°248, page 44. Dans le même sens, IDOT L., « L'incidence de l'ordre communautaire sur le droit international privé », LPA 12 décembre 2002, n°248, page 37.

¹⁹⁶² LEFRANC D., « La spécificité des règles de conflit de lois en droit communautaire dérivé (aspects de droit privé) », RCDIP 2005, n°3, page 438.

¹⁹⁶³ IDOT L., « L'incidence de l'ordre communautaire sur le droit international privé », LPA 12 décembre 2002, n°248, page 37.

¹⁹⁶⁴ BATTIFOL H. et LAGARDE P., *Droit international privé*, Tome 1, 8^{ème} éd., L.G.D.J., 1993, page 412 : dans une telle situation, on ne saurait dire réellement que le juge français résout un conflit de lois.

634. Une telle approche prévaut déjà lorsque le juge doit confronter une norme nationale à une norme communautaire. Selon Monsieur Emmanuel Putman, « *tout texte communautaire confronté au droit national crée problème dans la mesure où surgit un conflit de normes qui "mutatis mutandis" n'est pas sans parenté avec le conflit de lois cher aux internationalistes et dont la propre méthode peut donc être riche d'enseignements* »¹⁹⁶⁵. Ainsi, le juge national saisi d'un litige doit déterminer en fonction de la situation en cause quel droit, du droit national ou du droit communautaire, s'applique. En matière de droit de la concurrence par exemple, où le droit communautaire prévoit des règles matérielles très détaillées, l'hésitation du juge est possible. En effet, en ce domaine, la répartition du champ d'application respectif des dispositions nationales et communautaires n'est pas aisée. D'une part, l'application peut être distributive, le droit communautaire ayant vocation à s'appliquer de façon exclusive lorsque l'opération en cause atteint un certain seuil, de façon à qualifier cette opération de communautaire. En deçà de ce seuil, seul le droit interne pourra être appliqué. Tel est le cas notamment en matière de concentrations. D'autre part, l'application peut être cumulative. Ainsi, en matière d'ententes et d'abus de position dominante, une pratique anticoncurrentielle pourra donc être sanctionnée à la fois au titre du droit communautaire et au titre du droit national, dans la mesure où l'application du droit interne ne préjudicie pas à la pleine efficacité du droit communautaire.¹⁹⁶⁶ Même si le juge peut dans certains cas demander aux juridictions communautaires, par le biais du mécanisme de renvoi préjudiciel, si le droit communautaire s'applique ou non, la distinction entre situation interne, situation communautaire et situation internationale non communautaire n'est pas toujours aisée.¹⁹⁶⁷

635. De la même façon, la mise en place d'un Code civil européen applicable aux relations civiles transfrontalières conduit tout naturellement à s'interroger sur le lien de

¹⁹⁶⁵ PUTMAN E., « Suggestions pour une approche des méthodes d'intégration du droit communautaire au droit français (droit des affaires, droit international privé) », Cahiers de méthodologie juridique RRJ 2005, n°5 (article repris de RRJ 1991 n°4), page 2801.

¹⁹⁶⁶ CJCE 13 février 1969, Walt Wilhem, aff. C-14/68 : Recueil CJCE 1969, page 1. Il faut cependant souligner que le Règlement CE n°1/2003, qui a modifié les règles de procédure applicables aux ententes et abus de position dominante, semble contraindre les autorités nationales à mettre en œuvre les articles 81 et 82 du traité CE lorsque les conditions sont remplies : NOURISSAT C., *Droit communautaire des affaires*, Dalloz, 2003, page 195.

¹⁹⁶⁷ Sur la distinction en droit international privé entre situation interne et situation internationale, et sur l'analogie, opérée entre ces deux situations, par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme : MARCHADIER F., *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la CEDH*, Thèse sous la direction de J.-P. Marguénaud, Limoges, 2005, § 190 et s. spéc.

rattachement qui permettra au juge de privilégier le droit communautaire. D'une part, distinguer les situations purement internes des situations purement communautaires est loin d'être évident. Nous avons déjà constaté que le lien d'extranéité communautaire se révèle parfois plus ou moins virtuel et que la jurisprudence de la Cour de Luxembourg opère en pratique une réduction manifeste des situations purement internes.¹⁹⁶⁸ Par le biais de la théorie dite de l'effet, le cantonnement d'une situation à l'intérieur d'un Etat membre ne permet pas d'écarter le droit communautaire.¹⁹⁶⁹ Ainsi, une situation ne sera considérée comme purement interne à la double condition que la situation soit située à l'intérieur d'un seul Etat membre et que l'entrave soit elle aussi considérée comme interne, c'est-à-dire qu'elle produise des effets sur le seul territoire de l'Etat membre concerné et non sur le territoire d'un autre Etat membre ou sur le territoire communautaire en général.¹⁹⁷⁰ D'autre part, la dichotomie entre situation communautaire et situation internationale non communautaire est parfois elle aussi galvaudée en pratique. En matière de droit de la concurrence, une entente intervenue entre entreprises non communautaires qui aurait des effets anticoncurrentiels sur le marché communautaire tombera sous le coup de l'interdiction de l'article 81 CE, même en l'absence de lien de rattachement de ces entreprises avec le territoire communautaire.¹⁹⁷¹ Un même phénomène se vérifie également en matière de libre circulation.¹⁹⁷²

636. Par conséquent, le droit international privé pourrait permettre de dégager en la matière une logique et une méthode cohérente qui font pour le moment cruellement défaut au droit communautaire.

¹⁹⁶⁸ Cf Première partie, Titre I, Chapitre 2.

¹⁹⁶⁹ NOURISSAT C., *Droit communautaire des affaires*, Dalloz, 2003, page 193.

¹⁹⁷⁰ LE BAUT-FERRARESE B., « Dans quelle situation le droit de l'Union européenne trouve-t-il à s'appliquer en droit interne ? », LPA 17 mai 2005, page 7 et s. spéc. : l'auteur relève qu'en matière de libre circulation des marchandises, la Cour entend prendre en considération les effets potentiellement restrictifs pour le commerce intracommunautaire de la règle de droit national.

¹⁹⁷¹ CJCE 31 mars 1993, Ahlström, aff. C-125 à 129/85 : Recueil CJCE 1993, I, page 1307.

¹⁹⁷² Comme nous l'avons déjà souligné, le bénéfice de la liberté d'établissement ou la libre prestation de services peut par exemple avoir lieu à l'égard des ressortissants des Etats tiers, en cas d'existence d'accords, d'existence d'un lien entre ressortissants tiers et ressortissants d'Etats membres ou encore de double nationalité.

Conclusion du Chapitre II :

637. L'adoption d'un Code civil européen fait l'objet d'une vive critique concernant ses incidences futures sur le droit international privé. La thèse avancée d'une concurrence déloyale qui serait faite à la matière conflictuelle repose sur le postulat que l'entrée en vigueur d'un code commun, ayant vocation à régler les relations civiles transnationales de nature communautaire, aura pour principale conséquence de causer la perte tant des règles de droit international privé spécifiques au droit communautaire, que des autres règles conflictuelles internationales. S'il est vrai que le droit communautaire a quelque peu bouleversé les raisonnements traditionnels du droit international privé, on ne peut pas pour autant conclure à une éventuelle disparition du droit international privé, qu'il soit communautaire ou classique.

638. La complémentarité des règles matérielles édictées par le Code civil européen et des règles conflictuelles, résultant soit du droit communautaire, soit du droit international, doit être affirmée. Constatant une fertilisation croisée des matières, l'utilisation de la méthode conflictuelle perdurera au sein du droit communautaire, que ce soit pour déterminer la nature du conflit communautaire ou opérer la qualification de la situation en cause devant le juge. Par conséquent, le droit international privé conservera un intérêt certain, notamment pour combler les lacunes méthodologiques d'un droit communautaire finaliste, davantage tourné vers le but ou les résultats à atteindre. Les interactions entre code civil européen et droit international privé devront par conséquent être étudiées de façon préalable, soit dès l'élaboration du code commun.

Conclusion du Titre second :

639. Tant les effets actuellement observés et résultant de la réflexion entamée autour d'un possible code civil européen, que les effets pouvant potentiellement se produire à la suite de son adoption définitive, notamment sur le droit international privé, pourront être maîtrisés.

640. D'une part, la perspective d'un code civil européen, envisagé par les institutions communautaires à plus ou moins long terme, a suscité sur le plan interne un vaste chantier de recodification de notre code civil. On peut très bien analyser ce phénomène comme un repli sur soi de la doctrine française, un moyen de lutter contre la menace européenne d'un code commun, ou au contraire comme une volonté affichée de peser sur le débat européen et d'offrir un lustre nouveau à un code qui a perdu son titre de « code modèle ».¹⁹⁷³ Quoi qu'il en soit, il sera nécessaire de prendre conscience que réformer en profondeur notre code civil ne doit pas être fait à la hâte, l'adoption d'un code civil européen ne pouvant intervenir qu'à très long terme.

641. D'autre part, les conséquences futures de l'adoption d'un code civil européen commencent d'ores et déjà à être prises en considération par le législateur communautaire. Les propositions faites dans les futurs règlements Rome I et II témoignent de cette volonté d'anticiper d'éventuels dysfonctionnements et de coordonner au mieux règles communautaires matérielles et règles conflictuelles, qu'elles soient communautaires ou internationales. Une même démarche doit présider à l'élaboration du code civil européen, le codificateur devant veiller à bien délimiter le champ d'application des règles qui en découleront.

¹⁹⁷³ Revet Th. (dir.), *Code civil et modèles. Des modèles du code au code comme modèle*, Bibliothèque de l'Institut A. TUNC, LGDJ, 2005. Il semble qu'un même mouvement s'observe en Italie : ALPA G., « Le code civil et l'Italie », RIDC 2005, n°3, page 571 et s.

Conclusion de la seconde partie :

642. Sous l'influence du contexte particulier de la construction européenne, l'action de codifier va subir une transfiguration, tant sur le plan idéal ou conceptuel que formel. En s'affranchissant de la conception nationale et communautaire de codification à droit constant, elle devra renouer avec l'acception classique de la codification, dont le Code civil français était la figure de proue. Véritable opération de rationalisation et de systématisation, c'est la condition *sine qua non* pour remettre en ordre un droit civil européen manquant de structure et de cohérence, cette remise en ordre pouvant s'accompagner d'un développement progressif de ce dernier. En outre, le code civil européen ne devra pas être rigide. Une certaine souplesse, introduite par le recours aux notions floues, imprégnera cette codification, de façon à respecter la diversité des traditions nationales, tout en maintenant une certaine unité. Ainsi, même si le code civil européen revêt un caractère obligatoire, il ne pourra s'analyser en un rouleau compresseur d'uniformisation. Facilement accessible au citoyen européen, il aura vocation à régir les relations transfrontières et ne conduira pas à annihiler les codes civils nationaux.

643. Qu'il reste à l'état de projet ou qu'il soit à moyen ou long terme finalement adopté par les institutions communautaires, le code civil européen recèle en son sein un message subversif. Il produit des effets avant même son adoption définitive, puisqu'il est la cause directe du sursaut de la doctrine et a conduit à accélérer le mouvement de recodification de notre Code civil, dont la modernisation semblait nécessaire. Dans l'optique où le processus de codification européenne finirait par aboutir, des questions surgiront quant à la possibilité que ces règles matérielles, ayant vocation à régir les relations civiles transfrontalières au sein de l'Union européenne, neutralisent les règles conflictuelles ayant vocation à régir de façon générale les relations internationales. On ne peut toutefois se rallier à cette position, qui nie la complémentarité des règles matérielles et conflictuelles. Par anticipation, le législateur communautaire devra prévoir tout risque d'interaction entre ces règles, ce qu'il semble déjà envisager à l'occasion de la communautarisation de certaines conventions portant sur la matière conflictuelle.

Conclusion générale

644. Le processus de codification européenne semble d'ores et déjà enclenché. Le projet de code civil européen s'inscrit dans le souci permanent d'intégration de la construction européenne. Sur le plan normatif, cette intégration peut prendre différents aspects et avoir plusieurs degrés. En matière civile, seule l'harmonisation, dont l'image doit être détachée de celle des directives, est la mieux à même de résoudre le paradoxe de l'unité dans la diversité. Cette harmonisation sera menée à bien par le biais d'une codification d'un droit civil européen émergent. En effet, en dépit des traditions nationales juridiques *a priori* divergentes, l'europanisation des droits civils des Etats membres, sous l'effet combiné de la communautarisation et de la fondamentalisation de la matière civile, a participé à leur harmonisation tant sur la forme que sur le fond. Un droit civil européen est donc né et ne cesse de se développer. Ainsi, de nombreux travaux doctrinaux participent eux aussi à sa découverte, en raison de l'immensité de la tâche et de la difficulté à enserrer ce droit civil européen dans une définition stricte, figée.

645. Cependant, des obstacles devront être surmontés pour mener à bien cette entreprise. En raison de la dimension transnationale du projet et du plurijuridisme ambiant au sein de l'Union européenne, un dialogue devra être instauré, d'une part, au sein de la doctrine européenne qui en se fédérant autour de ce projet veillera au respect du pluralisme, et d'autre part, entre les juges européens et les juges nationaux qui auront pour tâche de coordonner un droit civil européen construit en réseau. D'autres obstacles, plus techniques car tenant notamment à la base juridique sur laquelle l'entreprise de codification devra reposer, devront eux aussi être surmontés. Le code civil européen pourrait ainsi voir le jour à moyen ou long terme, soit sous la forme d'un règlement qui pourrait s'appuyer sur l'article 17 du traité CE relatif à la citoyenneté, qui n'a pas encore dévoilé l'ensemble de ses potentialités, soit par la voie conventionnelle « ad hoc », sur le modèle de l'adoption de la charte communautaire des droits fondamentaux.

646. Toutefois, ce processus inédit de codification européenne devra nécessairement être piloté, faire l'objet d'ajustements. Pour que l'entreprise réussisse, soit qu'un véritable droit civil commun à l'ensemble des Etats membres voit le jour sous forme de code, il sera nécessaire d'en contrôler tant l'objet que ses effets. Tout d'abord, une vision renouvelée de la codification au niveau européen s'impose. Le code civil européen ne doit pas se cantonner à une codification à droit constant mais reposer sur une véritable remise en ordre, systématisation du droit civil européen émergent, celui-ci manquant cruellement de cohérence et d'unité conceptuelle. Contrairement à la définition prévalant jusqu'ici de la codification communautaire, le processus de codification ne devra pas se limiter au droit primaire et au droit dérivé, qui ne reflète pas l'ensemble des sources du droit civil européen. Pour autant, ce code commun ne devra pas reprendre *in extenso* l'ensemble des textes européens applicables en matière civile, ce qui n'aurait que peu d'intérêt.

647. Le code civil européen sera un code de principes généraux caractérisant le droit civil européen et n'aura pas vocation à tout régir dans le détail. En repensant la norme à l'échelle européenne, le code présentera une texture ouverte, comportant des notions floues. Son imprécision nécessaire permettra au juge de codéterminer le contenu du code. Ainsi, une marge de manoeuvre lui sera laissée afin de prendre en compte la diversité des traditions nationales. De même, cette souplesse conduira à pouvoir faire évoluer les principes du code, sans pour autant devoir textuellement les modifier. Une fois l'objet même du processus de codification maîtrisé, les effets de la codification devront être envisagés. Il s'agit d'une part, des effets déjà produits, alors même que le code civil européen n'est qu'à l'état de projet, ainsi que des effets futurs prévisibles, notamment à l'égard du droit international privé. Les effets potentiellement perturbateurs seront ainsi résolus de manière préalable, afin d'éviter toute complication ultérieure.

648. Loin de conduire à une unification du droit et à l'anéantissement de toute concurrence entre les droits nationaux, le code civil européen pourra avoir pour effet, à l'image du code de référence que fut le code Napoléon, d'augmenter la circulation des idées et modèles juridiques au sein de l'Union européenne. Gageons, avec une certaine sérénité et un peu d'optimisme, que l'avenir de la codification est résolument européen. Dans l'antre de

ce « laboratoire de la mondialisation »¹⁹⁷⁴ qu'est l'Europe, on peut souhaiter que soit découvert la solution aux maux communautaires de désordre et de prolifération, tout en espérant que la construction européenne laisse davantage place à l'expression des spécificités nationales qui font aussi sa richesse. Selon la célèbre formule de Sir Isaac Newton, « on construit trop de murs et pas assez de ponts » : un Code civil européen doit ainsi constituer une sorte de passerelle entre les systèmes nationaux qu'il relierait par des solutions harmonisées, mais non uniformes.

¹⁹⁷⁴ DELMAS-MARTY M., « L'espace judiciaire européen, laboratoire de la mondialisation », D. 2000, chronique, I, n°21, page 421.

Bibliographie

I- Ouvrages généraux

AGOSTINI E. :

- *Droit comparé*, PUF, coll. Droit fondamental-Droit politique et théorique, 1988

AUDIT B. :

- *Droit international privé*, 4^{ème} éd., Economica, 2006

BARAV A. et PHILIP C. :

- *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, PUF, 1993

BATTIFOL H. et LAGARDE P. :

- *Droit international privé*, Tome 1, 8^{ème} éd., L.G.D.J., 1993

CARBONNIER J. :

- *Droit civil, Tome I : Introduction, les personnes*, PUF, 25^{ème} éd.

CARTOU L. et autres :

- *L'Union européenne*, Précis, Dalloz, 3 éd., 2000

CLERGERIE JL :

- *Le principe de subsidiarité*, Ellipses, coll. Le droit en questions, 1997

COHEN-JONATHAN :

- *Aspects européens des droits fondamentaux*, Montchrétien, 2002

CONSTANTINESCO J.L. :

- *Traité de droit comparé, Tome II : la méthode comparative*, LGDJ/Economica, 1974

CORNU G. :

- *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, PUF, 2000

- *Linguistique juridique*, Montchrétien, 3^{ème} éd. 2005

DAILLIER P. et PELLET A. :

- *Droit international public*, 2000

DAVID R. et JAUFFRET-SPINOSI C. :

- *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, 11 éd., 2002

DUBOUIS L. ET BLUMANN C. :

- *Droit matériel de l'Union européenne*, Montchrétien, éd. 2004

FALLON M. :

- *Droit matériel général de l'Union européenne*, éd. 2002, Bruylant

FAVRET J.M. :

- *Droit et pratique de l'Union européenne*, Gualino Manuel, 4^{ème} éd., 2003

FRYDMAN B. ET HAARSCHER G. :

- *Philosophie du droit*, Dalloz, Connaissances du droit, 2^{ème} éd., 2002

GHESTIN J. et GOUBEAUX G. :

- *Traité de droit civil*, Introduction générale, Tome I, LGDJ, 1990

HEUZE V. :

- *La vente internationale de marchandises, droit uniforme*, Traité des contrats sous la dir. de Ghestin J., LGDJ 2000.

ISAAC G. ET BLANQUET M. :

- *Droit communautaire général*, 8 éd., A. Colin, 2001

JACQUE J.-P. :

- *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 3^{ème} éd., Cours Dalloz, Série droit public, 2004

JESTAZ P. et JAMIN C. :

- *La doctrine*, Dalloz, Coll. Méthodes du droit, 2004

LEGEAIS R. :

- *Grands systèmes de droit contemporains – Approche comparative*, Litec, 2004

LEGER P. :

- *Commentaire article par article des traités UE et CE*, Bruylant, Bruxelles, 2000

MALLAURIE P. et AYNES L. :

- *Les biens*, Defrénois, éd. 2005

MORVAN P. ET MALAURIE P. :

- *Introduction générale*, Defrénois, 2^{ème} éd., 2005

NOURISSAT C. :

- *Droit communautaire des affaires*, Dalloz, coll. Hypercours, 2005

QUERMONNE J.-L. :

- *Le système politique de l'Union Européenne*, Montchrétien, coll. Clefs Politique, 2005, 6^{ème} éd.

RAMBAUD P. :

- *Les grandes décisions de la jurisprudence communautaire*, Hachette supérieur, 2002

RIDEAU J. (sous la dir.) :

- *Union européenne – Commentaire des traités modifiés par le Traité de Nice du 16 février 2001*, LGDJ, 2001

SEROUSSI R. :

- *Introduction au droit comparé*, Dunod, 2^{ème} éd., 2003

SIMON D. :

- *Le système juridique communautaire*, PUF, coll. Droit fondamental, 2001

SUDRE F. :

- *Droit européen et international des droits de l'Homme*, 7^{ème} éd. Refondue, PUF, 2003

SUDRE F., MARGUENAUD J.-P., ANDRIANTSIMBAZOVINA J., GOUTTENOIRE A et LEVINET M.:

- *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme*, PUF, 2005.

II- Ouvrages spéciaux, thèses, monographies, cours, travaux collectifs

Association Congrès des Notaires de France :

- *Code civil : les défis d'un nouveau siècle*, 100^{ème} congrès des notaires de France, Paris, 2004.

ARNAUD A.-J. :

- *Pour une pensée juridique européenne*, PUF, coll. Les voies du droit, 1991.

Association Henri Capitant :

- *Les droits de tradition civiliste en question* (A propos des Rapports *Doing Business* de la Banque Mondiale), Vol.1, Société de législation comparée, 2006.

- *Les droits de tradition civiliste en question* (A propos des Rapports *Doing Business* de la Banque Mondiale), Vol.2, Société de législation comparée, 2007.

AUBRY H. :

- *L'influence du droit communautaire sur le droit français des contrats*, Thèse de doctorat sous la dir. d'A. Ghazi, PUAM, 2002.

BADINTER R. :

- *Une constitution européenne*, Fayard, 2002.

BENOIT-ROHMER F. ET KLEBES H. :

- *Le droit du Conseil de l'Europe – Vers un espace juridique paneuropéen*, éd. Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2005.

BODENES-CONSTANTIN A. :

- *La codification du droit international privé français*, Coll. Thèses Doctorat et Notariat, Tome 11, Defrénois, 2006.

BOELE-WOELKI K. :

- *Perspectives for the unification and harmonisation of family law in Europe*, Actes du colloque d'Utrecht des 11 au 14 décembre 2002, Intersentia, 2003.

BOUTOT-LAURENT C. :

- *La Cour de cassation face aux traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme*, Thèse de doctorat sous la dir. de J.-P. Marguénaud, Université de Limoges, 2006.

BRIERE C. :

- *Les conflits de conventions internationales en droit privé*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 347, 2001.

CABRILLAC R. :

- *Les codifications*, PUF, coll. Droit, éthique, société, 2002

CADIET L. (dir.) :

- *Le droit contemporain des contrats – Bilan et perspectives*, Actes du séminaire de l'année universitaire 1985-1986 de la Faculté de Rennes, Economica, 1987.

CEFL :

- *Principles of european family law regarding divorce and maintenance between former spouses*, Intersentia, Anvers, Oxford, 2004.

CHALTIEL F. :

- *La souveraineté de l'Etat et l'Union européenne. L'exemple français : recherches sur la souveraineté de l'Etat membre*, thèse, LGDJ, Coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 2000.

CHAPUT Y. :

- *Le droit au défi de l'économie*, Publications de la Sorbonne, coll. Droit économique, 2002.

CLAUDEL E. :

- *Ententes anticoncurrentielles et droit des contrats*, Thèse sous la dir. de BOUTHARD-LABARDE, 1994.

COASE R. :

- *Le coût du droit*, traduit par MORISSETTE Y.-M., coll. Droit, éthique et société, PUF, 2000.

COMAIR-OBEID N. :

- *Les contrats en droit musulman des affaires*, coll. Droit des affaires et de l'entreprise, Economica, 1995.

Commission pour le droit européen du contrat :

- *Les principes du droit européen du contrat*, version française préparée par ROUHETTE G. ; avec le concours de DE LAMBERTERIE I., TALON D. ET WITZ C., Société de Législation comparée, Paris, 2003.

CROISAT M. ET QUERMONNE JL. :

- *L'Europe et le fédéralisme*, Montchrétien, coll. Clefs Politique, 2^{ème} éd., 1999.

DEBET A. :

- *L'influence de la Convention européenne des droits de l'Homme sur le droit civil*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. n°15, Paris, 2002.

DEFFAINS B. :

- *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Cujas, Paris, 2002.

DEKEUWER-DEFOSSEZ F. :

- *Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille*, Actes des journées d'études des 15 et 16 décembre 1994, LERADP, Université de Lille II, LGDJ, Paris, 1996.

DELMAS-MARTY M. :

- *Critique de l'intégration normative – L'apport du droit comparé à l'harmonisation des droits*, PUF, Paris, 2004.

- *Le flou du droit*, PUF, éd. Quadrige, 2004.

- *Le pluralisme ordonné – Les forces imaginantes du droit (Tome II)*, éd. Seuil, Paris, 2006.

- *Pour un droit commun*, éd. Seuil, coll. Librairie du 20^{ème} siècle, Paris, 1994.

- *Raisonnement la raison d'Etat : vers une Europe des Droits de l'Homme*, PUF, coll. les voies du droit, Paris, 1989.

DUTOIT B., ARN R., SFONDYLIA B. et TAMINELLI C. :

- *Le divorce en droit comparé*, Travaux et recherches du centre de droit comparé et européen, Genève, 2000.

DUQUENNE A. :

- *La codification communautaire*, Thèse de doctorat sous la direction de J. Molinier, Université de Toulouse I, 2000.

FAUVARQUE-COSSON B. et PATRIS-GODECHOT S. :

- *Le code civil face à son destin*, Ministère de la Justice, La documentation française, Paris, 2006.

FENOUILLET D. et DE VAREILLES-SOMMIERES P. :

- *La contractualisation de la famille*, Economica, coll. Etudes juridiques, Paris, 2001.

FITOUSSI JP :

- *La règle et le choix - De la souveraineté économique en Europe*, Seuil, Paris, 2002.

FRUMER P. :

- *La renonciation aux droits et libertés – La convention européenne des droits de l'Homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, Bruylant, coll. de droit international, vol. n°47, Bruxelles, 2001.

GANDOLFI G. (coord.) :

- *Code européen des contrats : avant-projet*, Livre premier, Académie des privatistes européens (Pavie), 2004.

GANNAGE L. :

- *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé : étude de droit international privé de la famille*, LGDJ, coll. bibliothèque de droit privé, Paris, 2001.

GARCIA K. :

- *Le droit civil européen*, Thèse de doctorat sous la dir. de J.-P. Marguénaud, Université de Limoges, 2006.

GAUDEMET-TALLON H. :

- *Les conventions de Bruxelles et de Lugano : compétence internationale, reconnaissance et exécution des jugements en Europe*, LGDJ Montchrétien, 2^{ème} édition, Paris, 1996.

GAUDREAULT-DESBIENS J.- F. :

- *Les solitudes du bijuridisme au Canada*, éd. Thémis, Montréal, 2007

GEMAR JC. et KASIRER N. :

- *Jurilinguistique : entre langue et droit*, coéd. Thémis et Bruylant, 2005.

GERKENS JF et VAN DER MENSBRUGGHE F. :

- *L'utilisation de la méthode comparative en droit européen*, Presses universitaires de Namur, vol n°25, 2003.

GRATALOUP S. :

- *L'enfant et sa famille dans les normes européennes*, Thèse de doctorat, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, LGDJ, Paris, 1998.

GORDLEY J.:

- *The enforceability of promises in European contract law*, Cambridge university press, 2001.

GUIHÉRY L. :

- *Economie du fédéralisme : quelle constitution pour l'Europe ?*, L'Harmattan, coll. Questions contemporaines, 2001.

HALPERIN J.-L. :

- *Entre nationalisme juridique et communauté de droit*, PUF, coll. les voies du droit, Paris, 1999.

HART H.L.A. :

- *Le concept de droit*, trad. de l'anglais par M. van de Kerchove *et alii*, Bruxelles, 1994.

HERNU R. :

- *Principe d'égalité et principe de non discrimination dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, Thèse de doctorat, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Paris, 2003.

I.D.H.A.E. :

- *La protection du droit de propriété par la Cour européenne des droits de l'Homme*, Bruylant, Bruxelles, 2005.

JESTAZ Ph. et JAMIN Ch. :

- *La doctrine*, coll. Méthodes du droit, Dalloz, Paris, 2004.

KIENINGER E.-M. (éd.) :

- *Security rights in movable property in European private law*, Cambridge, 2004.

LASSERRE-KIESOW V. :

- *La technique législative – Etude sur les codes civils français et allemands*, Thèse de doctorat, Coll. Bibliothèque de droit privé, Tome n°371, L.G.D.J., 2002.

LETURCQ S. :

- *Standards et droits fondamentaux devant le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'Homme*, Thèse de doctorat, Bibliothèque constitutionnelle et de sciences politiques, LGDJ, 2005.

MAC GREGOR H.:

- *Contract code drawn up on behalf of the English Law Commission*, Milan, Giuffré, 1993.

MACKAAY E. :

- *Analyse économique du droit*, Tome I, Fondements, Thémis/Bruylant, Bruxelles/Montréal, 2003.

MAGNIER V. :

- *Rapprochement des droits dans l'Union européenne et viabilité d'un droit commun des sociétés*, Bibliothèque de droit privé, Tome n°317, LGDJ, 1999.

MARCHADIER F. :

- *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la CEDH*, Thèse de doctorat sous la dir. de J.-P. Marguénaud, Université de Limoges, 2005.

MARGUENAUD J.-P. (dir.) :

- *CEDH et droit privé : l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme sur le droit privé français*, GIP Recherche Droit et justice, La documentation française, Paris, 2001.

MEULDERS-KLEIN M-T. (dir.) :

- *La personne, la famille et le droit – 1968/1998. Trois décennies de mutations en Occident*, Bruylant/LGDJ, Bruxelles/Paris, 1999.

MOUTEL B. :

- *L'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'Homme en droit privé français : essai sur la diffusion de la CEDH dans les rapports entre personnes privées*, Thèse de doctorat sous la dir. de J.-P. Marguénaud, Université de Limoges, 2006.

NGUYHEN DINH A. :

- *Leçons de droit privé comparé*, Faculté de Droit de Liège, 2003/2004 (ronéo).

OGUS A. et FAURE M. :

- *Economie du droit : le droit français*, coll. Droit comparé, Ed. Panthéon-Assas, Paris, 2002.

OPPETIT B. :

- *Essai sur la codification*, PUF, Coll. Droit, éthique et justice, Paris, 1998.

OST F. et VAN DE KERCHOVE M. :

- *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Presses universitaires de St Louis, Belgique, 2002.

OUVRAGE COLLECTIF :

- *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées RENE SAVATIER (Poitiers, 24 et 25 octobre 1985), PUF, 1986.

PICHERAL C. :

- *L'ordre public européen : recherches sur une notion complexe en droit communautaire et droit européen des droits de l'Homme*, La documentation française, Paris, 2001.

PORTALIS J.-E.-M. :

- *Ecrits et discours juridiques et politiques*, PUAM, coll. des publications du centre de philosophie du droit, 1988.

POSNER R. :

- *Economic analysis of law*, 6th edition, Aspen publishers, New-York, 2003.

PRIETO C. :

- *Regards croisés sur les principes du droit européen du contrat et sur le droit français*, PUAM, Aix-Marseille, 2003.

RAMET S. :

- *Le droit communautaire et la famille*, Thèse de doctorat sous la dir. de L. Idot, Université de Paris I, 2001.

RAYNAUD J. :

- *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*, Thèse de doctorat sous la dir. de E. Garaud, Université de Limoges, éd. PUAM, 2001.

REMY-CORLAY P. et FENOUILLET D. (éd.) :

- *Les concepts contractuels français à l'épreuve des Principes du droit européen du contrat*, Dalloz, Paris, 2003.

RIALS S. :

- *Le juge administratif français et la technique du standard (Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, Thèse Paris II, Bibliothèque de droit public, LGDJ, 1980.

SACCO R. et CASTELLANI L. (dir.) :

- *Les multiples langues du droit européen uniforme*, L'harmattan Italia, 1999.

SCHULZE R., EBERS M., et GRIGOLEIT HC. :

- *Information requirements and formation of contract in the acquis communautaire*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2003.

STATI M.-O. :

- *Le standard juridique*, Thèse pour l'obtention du doctorat, LGDJ, Paris, 1927.

STEIN P. :

- *Le droit romain et l'Europe – Essai d'interprétation historique*, Bruylant, coll. Genevoise, Bruxelles, 2003.

STOFFEL-MUNCK Ph. :

- *Regards sur la théorie de l'imprévision – Vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain*, PUAM, 1994.

TEITGEN P. :

- *Aux sources de la Cour et de la Convention européennes des droits de l'Homme*, éd. Confluences, Bordeaux, 2000.

VANDERLINDEN J. :

- *Le concept de code en Europe occidentale du 13^{ème} au 19^{ème} siècle, Essai de définition*, éd. de l'institut de sociologie, Université libre de Bruxelles, 1967.

VAREILLES-SOMMIERES (de) P. (dir.) :

- *Le droit privé européen*, Economica, coll. études juridiques, Paris, 1998.

VOGEL L. (dir.) :

- *Droit global-Global Law. Unifier le droit : le rêve impossible ?*, éd. Panthéon-Assas, Paris, 2001.

VON BAR C. et DROBNIG U. :

- *The interaction of contract law and tort and property law in Europe : a comparative study*, European Law Publishers, 2004.

WERRO F. (dir.) :

- *L'eupéanisation du droit privé : vers un code civil européen ?*, Ed. universitaires, Fribourg, 1998.

WITZ C. et RANIERI F. :

- *La réforme du droit allemand des obligations*, Société de législation comparée, vol. 3, Paris, 2004.

ZIMMERMANN R. :

- *The law of obligation : Roman foundation of the civilian tradition*, Oxford, 1986.

ZIMMERMANN R. et WHITTAKER S.:

- *Good faith in European contract law*, Cambridge university press, 2000.

III- Articles, communications, chroniques

- A-

ALBERTINI P. :

- « Les enjeux politiques, juridiques et techniques de la codification », in Journées d'étude à l'occasion du bicentenaire du Code civil, *Le rayonnement du droit codifié*, vol. I, éd. des JO, 2004, page 28 et s.

ALPA G. :

- « Les nouvelles frontières du droit des contrats », RIDC 1998, n°4, page 1015 et s.

ANCEL M. :

- « Les aspects nouveaux de l'unification des droits », in *Miscellanae W.J. Ganshof van der Meersch*, Tome II, page 695 et s.

- « Rapprochement, unification ou harmonisation des droits ? », *Mélanges offerts à Gabriel Marty*, 1978, page 1 et s.

ANDRIANTSIMBAZOVINA J. :

- « Constitution européenne et droits fondamentaux », texte disponible sur <http://www.upmf-grenoble.fr/espace-europe/journal/andrian/textes/andrian.htm>.

- « La CEDH et la Cour de justice des Communautés européennes après le Traité d'Amsterdam : de l'emprunt à l'appropriation ? », Europe octobre 1998, chron. 7.

- « L'enrichissement mutuel de la protection des droits fondamentaux au niveau européen et au niveau national. Vers un contrôle de fondamentalité ? », RFDA 2002, n°2, page 124.

- « Les méthodes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'Homme, instrument de dialogue ? », in Lichère F., Potvin-Solis L. et Raynouard A. (dir.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?*, collection Droit et justice n°53, Bruylant, Bruxelles, 2004, page 167 et s.

AKAGUL D. :

- « Le cinquième élargissement de l'Union européenne et la question de la candidature turque », RMCUE 1998, page 359 et s.

AKYOL N. :

- « La Turquie et le processus d'élargissement », RMCUE 2002, page 239 et s.

ARNAUD A-J. :

- « Ces âpres particularismes », Droits 1991, n° 14, page 17 et s.

- « Philosophie des droits de l'Homme et droit de la famille », in Dekeuwer-Défossez F. (dir.), *Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille*, LGDJ, 1996, page 3 et s.

ATTAL M. :

- « Méthodes de droit international privé et droit communautaire », RJCom 2005, n°4, page 51 et s.

ATIAS C. :

- « Les rapports entre le style du code civil et sa pérennité et son évolutivité », in *Méthodes du code civil : pérennité et évolutivité, Les secrets d'un bicentenaire*, RRJ 2004, n° spécial, Les cahiers de méthodologie juridique n°19, PUAM, page 2757 et s.

AUBERT J.-L. :

- « La recodification et l'éclatement du droit civil hors le code civil », in Ouvrage collectif, *Le Code civil – 1804-2004 – Livre du bicentenaire*, page 123 et s.

AUDIT M. :

- « L'interprétation autonome du droit international privé communautaire », JDI 2004, n°3, page 789 et s.

- « Principe de non-discrimination et transmission du nom de famille en Europe », D. 2004, jurisprudence, page 1476 et s ;

- « Régulation du marché intérieur et libre circulation des lois », JDI 2006, n°4, page 1333 et s.

AYNES L. :

- « Présentation générale de la réforme », in « La réforme du droit des sûretés », D. 2006 (Cahier Droit des affaires), page 1289 et s.

AZOULAY L. :

- « Autonomie et antinomie du droit communautaire : la norme communautaire à l'épreuve des intérêts et des droits nationaux », in Colloque « *Internormativité et réseaux d'autorités : l'ordre communautaire et les nouvelles formes de relation* », LPA du 5 octobre 2004, n°199, page 16 et s.

- « La Constitution et l'intégration. Les deux sources de l'Union européenne en formation », RFDA 2003, page 859 et s.

- B -

BAR M. :

- « Apports des systèmes d'information à la légistique », in Morand C.-A., *Légistique formelle, légistique matérielle*, page 277 et s.

BASEDOW J. :

- « Un droit commun des contrats pour le marché commun », RIDC 1998, page 7 et s.

- « Rapport de synthèse : quel droit privé pour l'Europe », in Bergé J.S. et Niboyet M.L. (sous la dir.), *La réception du droit communautaire en droit privé des Etats membres*, Colloque international/Session internationale d'études doctorales, Université de Paris X-Nanterre, Bruylant, 2003, page 234 et s.

BASTARACHE M. :

- « Le bijuridisme au Canada », conférence du 4 février 2000, in Ministère de la Justice du Canada, *L'harmonisation de la législation fédérale du droit civil québécois et le bijuridisme canadien*, texte disponible sur <http://www.justice.gc.ca>

BAUDOIN J.L. :

- « Quo vadis ? », Revue « Les Cahiers de droit », vol.46, n°1-2, mars/juin 2005, n°spécial Colloque de Laval (Québec) des 19, 20 et 21 sept. 2004, page 613 et s.
- « Réflexions sur la codification comme mode d'expression de la règle de droit », Mélanges J.-C. Sauveplanne, Kluwer, 1984, page 17 et s.

BAYRAM M. :

- « Le droit turc confronté à l'acquis communautaire – L'exemple de l'application des règles de concurrence aux entreprises économiques publiques », RMCUE 2002, page 305 et s.

BEALE H. :

- « La Commission Lando : le point de vue d'un « common law lawyer » », in *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, Economica, 2001, page 127 et s.

BEAUCHARD J. :

- « L'absence de cause dans les principes européens de droit des contrats », in *Apprendre à douter, Mélanges Lombois*, PULIM, 2004, page 819 et s.

BEAUD O. :

- « L'Europe entre droit commun et droit communautaire », *Droits* 1991, n°14, page 3 et s.

BEAUTHIER R. :

- « Un "grand fait historique national" – La commémoration du Code civil dans le livre du bicentenaire », in *Le code Napoléon, un ancêtre vénéré ?*, Mélanges offerts à J. Vanderlinden, 2004, page 7 et s.
- « Le véritable sens de l'article 2 du Code civil. L'ambition du Code civil de remplacer l'ancien droit à la lumière de la jurisprudence belge de la première moitié du 19^{ème} siècle », in *Le code Napoléon, un ancêtre vénéré ?*, Mélanges offerts à J. VANDERLINDEN, 2004, page 217 et s.

BEAUTHIER R. et RORIVE I. :

- « Le paradis perdu de la codification...un Eden à reconquérir ? », *Revue de l'ULB* 2003, n°2, page 11 et s.

BEIGNIER B. :

- « Avant-propos », in *La codification*, sous la direction de Beignier B., Thèmes et commentaires, Dalloz, 1996, page 2.

BELORGEYS J.-M., GERVASONIC S. ET LAMBERT C. :

- « Actualité de droit communautaire », chronique, *AJDA* 2004, page 1076 et s.

BENABENT A. :

- « Une doctrine de masse ? », *D.* 2002, chronique, page 651.

BENOIT-ROHMER F. :

- « A propos de l'arrêt Bosphorus Air Lines du 30 juin 2005 : l'adhésion contrainte de l'Union à la Convention », *RTDH* 2005, page 827 et s.

BERGE J.-S. :

- « Le droit communautaire dévoyé : le cas Blood, » JCP 2000, doct. I, n°206, page 289 et s.
- « L'enchevêtrement des normes internationales et européennes dans l'ordre juridique communautaire : contribution à l'étude du phénomène de régionalisation du droit », LPA du 5 octobre 2004, n°199, page 32 et s.
- « Coexistence du droit communautaire et du droit des contrats », chronique, RDC 2005, n°4, page 1197 et s.
- « L'absence de frontières étatiques à l'intérieur de la Communauté européenne : de la réalité au mythe », LPA du 8 novembre 2005, page 12 et s.

BERGEL J.L. :

- « Avant-propos », in *Méthodes du code civil : pérennité et évolutivité*, Les secrets d'un bicentenaire, RRJ 2004, n° spécial, Les cahiers de méthodologie juridique n°19, PUAM, page 2741 et s ;
- « La méthode législative et sa longévité », in *Méthodes du code civil : pérennité et évolutivité*, Les secrets d'un bicentenaire, RRJ 2004, n° spécial, Les cahiers de méthodologie juridique n°19, PUAM, page 2765 et s.

BERGER K.-P.:

- «Harmonisation of European contract law : the influence of comparative law», ICLQ 2001, vol. 50, issue 4, page 877 et s.

BERNARDEAU L. :

- « Droit communautaire et droit des contrats : perspectives d'évolution », CCC 2001, chron 19, page 4 et s.

BERTHOU K. ET MASSELOT A. :

- « Le mariage, les partenariats et la CJCE : ménage à trois », RTDH 2004, page 679 et s.

BILLIAU M. :

- « La doctrine et les codes – Quelques réflexions d'un civiliste... », in Revue « Les Cahiers de droit », vol.46, n°1-2, mars/juin 2005, n°spécial Colloque de Laval (Québec) des 19, 20 et 21 sept. 2004, page 445 et s.

BIRSAN C. :

- « Le droit de propriété dans la Convention européenne des droits de l'Homme : applications jurisprudentielles », ronéo, 2004.

BLANC-JOUVAN X. :

- « L'influence du code civil sur les codifications étrangères récentes », in *1804-2004, Le livre du bicentenaire*, page 477 et s.

BLANQUER J.-M. :

- « Le projet de constitution européenne : entre pacte fédératif et ordre constitutionnel coopératif », RDP 2003, n°5, page 1275 et s.

BLOUD-REY C. :

- « Standard », in *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la dir. de D. Alland et S. Rials, Lamy/PUF, éd.2003, page 1439 et s.

BLUMANN C. :

- « Citoyenneté européenne et champ d'application personnel du droit communautaire », *Revue des affaires européennes* 2003/2004, n° 1, page 73 et s.
- « Quelques réflexions sur le projet de constitution de l'Union européenne », *RDP* 2003, n°5, page 1269 et s.

BONICHOT J.-C., « La Cour de Justice des Communautés européennes, la Cour européenne des droits de l'homme et l'intégration de l'Europe », in Tavernier P. (éd.), *Quelle Europe pour les droits de l'Homme ? La Cour de Strasbourg et la réalisation d'une « Union plus étroite »* (35 années de jurisprudence : 1959-1994), colloque, Bruylant, Bruxelles, 1996, page 98.

BOSCO D. :

- « Article 6.111 : Changement de circonstances », in Prieto C. (sous dir.), *Regards croisés sur les principes du droit européen du contrat et sur le droit français*, PUAM, 2003, page 346 et s.

BOULET-SAUTEL M. :

- « L'exégèse, la glose et leurs corps de référence », *Droits* 1996, n°24, page 17 et s.
- « Approche légistique et systémique de la codification », *Etude CNRS-UPRESA, Groupe IDL*, juin 1998, ronéo, 167 pages.

BOURCIER D. :

- « L'écriture de la loi : de la codification à l'informatisation », in Morand C.-A., *Légistique formelle, légistique matérielle*, page 263 et s.

BRAIBANT G. :

- « Codification », *Encyclopaedia universalis*, Paris, 1996, page 42.
- « Utilités et difficultés de la codification », *Droits* 1996, n°24, page 61 et s.
- « La Commission supérieure de codification », in Beignier B. (dir.), *La codification*, Thèmes et commentaires, Dalloz, 1996, page 97 et s.
- « Avant-propos », in *Journées d'étude à l'occasion du bicentenaire du Code civil, Le rayonnement du droit codifié*, vol.I, éd. des JO, 2004, page 8 et s ;

BRIBOSIA H. :

- « Différenciation et avant-gardes au sein de l'Union européenne – Bilan et perspectives du Traité d'Amsterdam », *CDE* 2000, n°1-2, page 57 et s.
- « Les coopérations renforcées au lendemain du Traité de Nice », *Revue du Droit de l'Union Européenne* 2001, n°1, page 111 et s.

BRIERE C. :

- « Réflexions sur les interactions entre la proposition de règlement Rome II et les conventions internationales », *JDI* 2005, n°3, page 677 et s.

BRISSE J.-F. :

- « Règles ou principes ? Le code civil à l'épreuve du droit public : transversalité et transcendance », in Saintourens B. (sous dir.), *Le code civil, une leçon de légistique ?*, coll. *Etudes Juridiques*, Tome n°24, *Economica*, 2006, page 85.

BRONDEL S. :

- « La loi de simplification du droit n'est pas inconstitutionnelle », AJDA 2004, p. 2365 et s.

BUREAU D. :

- « La codification », Dictionnaire de la culture juridique, sous la dir. de Alland D. et Rials S., Quadrige, Lamy/PUF, 2003, page 225 et s.

- « La codification du droit international privé », in Beignier B. (dir.), *La codification*, Thèmes et commentaires, Dalloz, 1996, p 119 et s.

BUSSANI M. :

- « Contrepoints sur le droit commun des obligations », in Delmas-Marty M. (dir), *Variations autour d'un droit commun*, Société de législation comparée, page 467 et s.

BUSSANI M. et MATTEI H. :

- « Le fonds commun du droit privé européen, » RIDC 2000, n°1, page 29 et s.

BUY F. :

- « Recodifier le droit du cautionnement (à propos du rapport sur la réforme du droit des sûretés) », RLDC 2005, page 28 et s.

- C -

CABRILLAC R. :

- « Recodifier », RTDC 2001, page 833 et s.

- « L'avenir du code civil », JCP 2004, I, n°121, page 547 et s.

- « Les principes et les méthodes de la codification – Introduction », in Journées d'étude à l'occasion du bicentenaire du Code civil, *Le rayonnement du droit codifié*, vol. I, éd. des JO, 2004, page 16 et s.

- « L'idéologie des tentatives contemporaines de codification : l'exemple français », in *Le code Napoléon, un ancêtre vénéré ?*, Mélanges offerts à J. Vanderlinden, 2004, page 409 et s.

- « Les enjeux de la codification en France », Revue « Les Cahiers de droit », vol.46, n°1-2, mars/juin 2005, n°spécial Colloque de Laval (Québec) des 19, 20 et 21 sept. 2004, page 533 et s.

CALAIS-AULOY J. :

- « L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats », RTDCiv. 1994, page 639 et s.

CAMPANA M.-J. :

- « Vers un langage juridique commun en Europe ? », in Sacco R. et Castellani L. (sous dir.), *Les multiples langues du droit européen uniforme*, L'harmattan Italia, 1999, page 7 et s.

CANIVET G. :

-« Introduction générale », in Delmas-Marty M. (dir), *Variations autour d'un droit commun*, page 13 et s ;

- « La pertinence de l'analyse économique du droit : le point de vue du juge », LPA 19 mai 2005, page 23 et s.

- « La convergence des systèmes juridiques au XXIème siècle », RIDC 2003, n°1, page 7 et s.

CARBASSE J.-M. :

- « Code pénal », in *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF/Lamy, 2003, page 210 et s.

CARBONNIER J. :

- « Le code civil des Français a-t-il changé la société européenne ? », D. 1975, chronique XXIX, page 171 et s.

- « Le code Napoléon en tant que phénomène sociologique », RRJ 1981, page 334 et s ;

- « Réflexions marginales », in Académie des privatistes européens, *Code européen des contrats, Avant-projet Livre 1^{er}*, 2004, page XVII.

CARLIER Y. :

- « Le code belge de droit international privé », RCDIP 2005, page 11 et s.

CATALA P. :

- « La genèse et le dessein du projet », in *Colloque « La réforme du droit des contrats : projet et perspectives »*, RDC 2006, n°1, page 11 et s.

- « Validité – Forme (articles 1127 à 1128-2) », in *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, page 30 et s.

CATTA E. :

- « Les techniques de codification : de la cire au silicium... », AJDA 1997, page 647 et s.

CHALTIEL F. :

- « Les perspectives du principe de primauté du droit communautaire », LPA du 20 octobre 2005, n°209, page 5 et s.

CHAMBOREDON A. :

- « La texture ouverte d'un code européen des contrats », JDI 2001, 1, page 5 et s.

CHAMBOREDON A. ET SCHMID C. U. :

- « Pour la création d'un « Institut européen du droit »-Entre une unification législative ou non législative, l'émergence d'une science juridique transnationale en Europe », RIDC 2001, n°3, page 685 et s.

CHARBIT N. :

- « L'esperanto du droit : la rencontre du droit communautaire et du droit des contrats », JCP 2002, doctrine, I, n°100, page 9 et s ; (même article référencé aussi en deux parties : LPA du 26 novembre 2001, page 8 et LPA 27 novembre 2001, page 4).

CHATILLON S. :

- « Droit et langue », RIDC 2002, n°3, page 687 et s.

CHETAIL V. :

- « Le code communautaire relatif au franchissement des frontières : une nouvelle étape dans la consolidation de l'acquis Schengen », Europe août/septembre 2006, étude n°9, page 4 et s.

CHEVALLIER J. :

- « Vers un droit postmoderne ? Les transformations de la régulation juridique », RDP 1998, n°3, page 659 et s.

COMMAILLE J. :

- « Effectivité », *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la dir. de Alland D. et Rials S., 2003, page 583 et s.

CORNU G. :

- « Codification contemporaine : valeurs et langage », in *L'art du droit en quête de sagesse*, PUF, 1998, page 365 et s.

- « Un code n'est pas un instrument communautaire », *D.* 2002, chron. page 351 et s.

- « L'art d'écrire la loi », *Pouvoirs* 2003, n°107, page 5 et s.

- « Les définitions dans la loi », in *L'art du droit en quête de sagesse*, PUF, 1998, page 259 et s.

- « Rapport de synthèse », in *Les mots de la loi*, sous la dir. de Molfessis N., page 99 et s.

CORTEN O. :

- « Les aspects idéologiques de la codification du droit international », in *Le code Napoléon, un ancêtre vénéré ?*, Mélanges offerts à J. Vanderlinden, 2004, page 495 et s.

COSTA J.-P. :

- « La Cour européenne des droits de l'Homme : vers un ordre juridique européen ? », in *Mélanges en hommage à L.-E. Pettiti*, Bruylant, Bruxelles, 1998, page 197 et s.

COT J.-P. :

- « La codification et la simplification du droit communautaire », in *Mélanges offerts à H. Thierry*, Pédone, Paris, 1998, page 135 et s.

CROCQ P. :

- « La future réforme du droit français des sûretés réelles », *RLDC* 2005, page 27 et s.

CUERRIER M., HASSAN S. ET GAUDREAU M. C. :

- « Symposium : bijuridisme canadien et harmonisation de la législation fiscale fédérale », *Revue fiscale canadienne* 2003, vol. 51, n°1, page 160 et s.

- D -

DANKERS-HAGENAARS D. :

- « Le nouveau code civil néerlandais, un cousin lointain dans la famille du droit français », in *Le code civil français dans le droit européen*, Bruylant, 2005, page 179 et s.

DAUNER-LIEB B. :

- « Vers un droit européen des obligations ? Enseignements tirés de la réforme allemande du droit des obligations », *RIDC* 2004, page 559 et s.

DE BECHILLON D. :

- « L'imaginaire du code », *Droits* 1998, n°27, page 173 et s.

DEBET A. :

- « Le code européen des contrats. Avant-projet », RDC octobre 2003, page 217 et s.

DE BEYS J. :

- « Le droit européen est-il applicable aux situations purement internes ? », Journal des Tribunaux 2001, page 137 et s.

DE GEEST G. :

- « Towards an (extremely detailed) international standard code », in Conference of Secola, Communication from the Commission on european contract law (harmonisation, code, optional code), Louvain, Belgique, 2001 : intervention disponible en anglais sur <http://www.secola.org/vortraege/leuven>.

DELABRUYERE S. :

- « Réflexions économiques sur l'Europe juridique et judiciaire », D. 2005, Point de vue, page 1652 et s.

DELEBECQUE Ph. et MAZEAUD D. :

- « Formation du contrat (article 1104 à 1107) », in *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, page 16 et s.

DELMAS-MARTY M. :

- « Avant-propos », in *Variations autour d'un droit commun*, Société de législation comparée, 2002, page 11 et s.

- « Introduction », in *Critique de l'intégration normative - L'apport du droit comparé à l'harmonisation des droits*, PUF, 2004, page 13 et s.

- « L'espace judiciaire européen, laboratoire de la mondialisation », D. 2000, chronique, page 421 et s.

- « Le phénomène de l'harmonisation – L'expérience contemporaine », in Jamin C. et Mazeaud D. (dir), *L'harmonisation du droit européen des contrats en Europe*, page 23 et s.

- « Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensemble juridiques », D.2006, chronique, page 951 et s.

- « Réinventer le droit commun », D.1995, chron., page 1 et s.

DELMAS-MARTY M. ET IZORCHE M.L. :

- « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit - Réflexion sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste », RIDC 2000, page 753 et s.

DEMARET P. :

- « Le juge et le jugement dans l'Europe d'aujourd'hui : la CJCE », in Jacob R. (sous dir.), *Le juge et le jugement dans les traditions juridiques européennes*, Actes de colloque, LGDJ, 1996, page 303 et s.

DE SCHUTTER O. :

- « L'adhésion de l'Union à la Convention comme élément du débat sur l'avenir de l'Union », in M. Dony et Bribosia E., *L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne*, Ed. Université de Bruxelles, 2002, page 216 et s.

DEUMIER P. :

- « La doctrine collective législatrice : une nouvelle source du droit ? », RTDC 2006, n°1, page 64 et s.

DEKEUWER-DEFOSSEZ F. :

- « Codifier le droit de la famille ? », Livre du bicentenaire, précité, page 219 et s.
- « Le nouveau droit de la filiation : pas si simple ! », RLDC 2005, n°21, page 34 et s.

DEVERS A. :

- « Le droit aux prestations familiales à l'épreuve de la mobilité intracommunautaire », AJ Famille 2005, n°11, page 380 et s.

DE VITA A. :

- « Au croisement des itinéraires des droits européens – Analyse comparative en matière de responsabilité civile : tentatives et tentations », in Vogel L. (dir), *Droit global – Unifier le droit : le rêve impossible ?*, éd. Panthéon-Assas, 2001, page 73 et s.

DEFFAINS B. :

- « Le défi de l'analyse économique du droit : le point de vue de l'économiste », LPA n° spécial 19 mai 2005, n°99, page 6 et s.

DESCHEEMAEKER E. :

- « Faut-il codifier le droit privé européen des contrats ? », Revue de droit Mac Gill 2002, vol. 47, page 791 et s.

DESMONS E. :

- « Droit privé/droit public », in Rials S. et Alland D. (sous dir.), Dictionnaire de la culture juridique, page 520 et s.

DEVINAT M. :

- « Les définitions dans les codes civils », Revue « Les Cahiers de droit », vol.46, n°1-2, mars/juin 2005, n°spécial Colloque de Laval (Québec) des 19, 20 et 21 sept. 2004, page 519 et s.

DRAGONE S. :

- « La codification communautaire : techniques et procédures », in C.-A. Morand, *Légistique formelle et matérielle*, PUAM, 1999, page 227 et s.

DROBNIG U. :

- « Traits fondamentaux d'un régime européen des sûretés personnelles », in Etudes offertes à Philippe Simler, Litec/Dalloz, 2006, page 315 et s.

DUBOS O. :

- « Les conflits entre normes communautaires et normes nationales », in *L'harmonisation du droit sur les continents africain et européen*, colloque Bordeaux des 20 et 21 septembre 2005, ronéo.

DUNAND PH. :

- « Le code : une quête d'éternité ? Analyse historique du concept de code », Leçon inaugurale donnée le 9 janvier 2004 à l'Université de Neuchâtel, ronéo.

DUNAND JP ET KELLER A. :

- « L'Europe, la Suisse et l'expérience du droit romain », Préface, in Stein P., *Le droit romain et l'Europe. Essai d'interprétation historique*, page XIV.

DUTHEIL DE LA ROCHERE J. :

- « Codification et droit de l'Union européenne », in Journées d'étude à l'occasion du bicentenaire du Code civil, *Le rayonnement du droit codifié*, vol. I, éd. des JO, 2004, page 74 et s.

- F -

FAGES B. :

- « Quelques évolutions du droit français des contrats à la lumière des principes de la Commission Lando », D.2003, chron., page 2386 et s.

- « Caractère raisonnable », in Ribeyre M.-A., *Principes du droit européen du contrat. Regards croisés avec le droit français*, Droit et patrimoine avril 2003, n°114, page 44 et s.

FAUVARQUE-COSSON B. :

- « Droit européen des contrats : première réaction au plan d'action de la Commission », D. 2003, page 1171 et s.

- « Faut-il un code civil européen ? », RTDC 2003, n°3, page 463 et s.

- Compte rendu de « *Towards a european civil code – Second revised and expanded edition* », JDI 1999, n°1, page 305.

- « Les contrats du commerce international, une approche nouvelle : les principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international », RIDC 1998, n°2, page 463 et s.

- « La réforme du droit des contrats : perspective comparative », in *La réforme du droit des contrats : projet et perspectives*, RDC 2006, n°1, page 147 et s.

- « Droit européen et international des contrats : l'apport des codifications doctrinales », D. 2007, chronique, page 96 et s.

FAVRET J.-M. :

- « L' Union européenne : « l'unité dans la diversité » - Signification et pertinence d'une devise », RTDE 2003, n°4, page 657 et s.

FENET A. :

- « Diversité linguistique et construction européenne », RTDE 2001, page 235 et s.

FERRAND F. :

- « Les principes de droit du divorce établis par la Commission de droit européen de la famille », RLDC 2005, n°17, page 29 (1^{ère} partie) et n°18, page 41 (2^{ème} partie).

FERRIER D. :

- « La politique d'harmonisation du droit des contrats de la distribution en Europe », in Jamin C. et Mazeaud D. (dir), *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, page 83 et s.

FINES F. :

- « L'application uniforme du droit communautaire dans la jurisprudence de la CJCE », in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle, Mélanges en l'honneur de G. Gautron*, 2004, page 333 et s.

FIN-LANGER L. :

- « L'intégration du droit des contrat en Europe », in Delmas-Marty M., *Critique de l'intégration normative - L'apport du droit comparé à l'harmonisation des droits*, PUF, 2004, page 37 et s.

FLAUSS J. F. :

- « Les conflits entre normes communautaires et normes régionales et internationales », in *L'harmonisation du droit sur les continents africain et européen*, colloque Bordeaux des 20 et 21 septembre 2005, ronéo.

FREMEAUX E. et DAUBLON G. :

- « La réforme du droit des sûretés (ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006) », Defrénois 2006, page 1085 et s.

FRISON-ROCHE M.-A. :

- « L'intérêt pour le système juridique de l'analyse économique du droit », LPA 19 mai 2005, page 15 et s.

FRUMER P. :

- « La discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans les relations de partenariat ou de cohabitation : une question d'intérêt général devant la Cour européenne des droits de l'Homme », RTDH 2004, page 663 et s.

FOYER J. :

- « Le code civil est vivant. Il doit le demeurer ! », Entretien, JCP 2004, doctrine I, n°120, page 543 et s.

FULCHIRON H. :

- « Vers une communautarisation des règles de conflit de lois en matière de divorce ? », AJ Famille 2005, n°11, page 390 et s.

- G -

GALLAS T. :

- « La rédaction multilingue dans l'Union européenne », in *Légistique formelle et matérielle*, page 217 et s.

GALLO G. :

- « Les juristes linguistes de la Cour de Justice des Communautés européennes. Quelques aspects de leurs activités », in Sacco R. et Castellani L. (sous dir.), *Les multiples langues du droit uniforme*, page 71 et s.

GALMOT Y. :

- « Réflexion sur le recours au droit comparé par la CJCE », RFDA 1990, page 261 et s.

GANDOLFI G. :

- « Introduction », in *Le code européen des contrats, Avant-projet*, éd. 2004, Milano-Giuffré, page LI et s.

- « Pour un droit européen des contrats », RTDC 1992, page 707 et s.

GANNAGE L. :

- « Le contrat sans loi en droit international privé et droit non étatique », Rapport général, 17^{ème} congrès de l'Académie internationale de droit comparé, ronéo.

- « Le droit international privé à l'épreuve de la hiérarchie des normes (l'exemple du droit de la famille) », RCDIP 2001, n°1, page 1 et s.

GARAUD E. :

- « La violation d'un droit fondamental », Lamy droit des contrats, étude n° 245.

- « Arrêt Pretty contre Royaume Uni : l'espoir déçu des partisans de l'euthanasie », RJPF 2002, n°10, page 12 et s.

- « La loi de validation intervenue dans l'affaire du tableau d'amortissement méconnaît le droit au respect des biens », Note sous CEDH 14 février 2006, LPA du 3 mai 2006, page 12 et s.

GARCIA-DURAN HUET P. :

- « Le traité d'Athènes, un traité d'adhésion comme les autres ? », RMCUE 2004, page 290 et s.

GARDE A. ET HARAVON M. :

- « La circulation de l'information juridique en Europe : plus de moyens pour appréhender les différences », D.2006, chronique, page 405 et s.

GARE Th. :

- « La réforme de la filiation », JCP G. 2005, actualité, page 144 et s.

GAUDEMET J. :

- « La codification, ses formes, ses fins », in *Sociologie historique du droit*, coll. Doctrine juridique, PUF 2000, page 121 et s.

- « Les transferts de droit », in *Sociologie historique du droit*, coll. Doctrine juridique, PUF 2000, page 91 et s.

GAUDEMET Y. :

- « Le code civil, "constitution civile de la France" », in *1804-2004 Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, page 297 et s.

GAUDEMET-TALLON H. :

- « Droit privé et droit communautaire : quelques réflexions », RMCUE 2000, page 228 et s.

- « La famille face au droit communautaire », in Dekeuwer-Défossez F., *Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille*, LGDJ, 1996, page 85 et s.

- « Brefs propos introductifs », LPA 12 décembre 2002, n°248 (n°spécial « Le droit international privé communautaire : émergences et incidences »), page 3 et s.

GAUDIN H. :

- « Diversité et évolution des champs d'application en droit communautaire », RAE 2003/2004 n°1, page 7 et s.

GAUTIER M. ET MELLERAY F. :

- « Le champ d'application matériel, limite à la primauté du droit communautaire », Revue des Affaires Européennes 2003/2004 n°1, page 27 et s.

GAUTIER Y. :

- « Le renvoi préjudiciel, un instrument efficace de dialogue ? », in Lichère F., Potvin-Solis L. et Raynouard A. (dir.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?*, collection Droit et justice n°53, Bruylant, Bruxelles, 2004, page 203 et s.

GAUTRON J-C. :

- « Rapport de synthèse », RAE 2003/2004 n°1, page 111 et s.

GAUTRON J.C. et GRARD L. :

- « Le droit international dans la construction de l'Union européenne (Rapport général) », in SFDI, *Droit international et droit communautaire : perspectives actuelles*, colloque de Bordeaux, Pédone, Paris, 2000, page 11 et s.

GENY F. :

- « La technique législative dans la codification civile moderne », in *Livre du centenaire*, Tome 2, réédition Duchemin 1969, page 994 et s.

GERVASONI S. :

- « La Cour de Justice et le dialogue des juges », in Lichère F., Potvin-Solis L. et Raynouard A. (dir.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?*, collection Droit et justice n°53, Bruylant, Bruxelles, 2004, page 143 et s.

GOMART T. :

- « Le partenariat entre l'Union européenne et la Russie à l'épreuve de l'élargissement », RMCUE 2004, page 349 et s.

GOUBEAUX G. :

- « Il était une fois ... la doctrine », RTDCiv. 2004, page 239 et s.

GRANET-LAMBRECHTS F. :

- « La filiation maternelle demain : entre mise en conformité à la Convention européenne des droits de l'Homme et originalité persistante de la législation française », in *Etudes offertes au Doyen Philippe Simler*, Litec/Dalloz, 2006.

GRIDEL JP. :

- « Déclin des spécificités françaises et éventuel retour d'un droit commun européen », D.1999, chronique, page 139 et s ;

- « Sur l'hypothèse d'un droit européen des contrats : les propositions de l'Académie des privatistes européens », GP des 21 et 22 février 2003, page 3 et page 7.

- « Le Code civil et l'Europe : influences et modernité (compte rendu) », RLDC 2004, n °11, page 56 et s.

GRIMALDI M. :

- « L'acte uniforme portant organisation du droit des sûretés », LPA 13 octobre 2004, n°205, page 30.
- « Présentation de la loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités », D. 2006, page 2551.
- « Codes et codification : pour souligner le 10^{ème} anniversaire de l'entrée en vigueur du code civil du Québec et le bicentenaire du Code Napoléon », Revue « Les Cahiers de droit », vol.46, n°1-2, mars/juin 2005, n°spécial Colloque de Laval (Québec) des 19, 20 et 21 sept. 2004, page 11 et s.

GROUPE D'ETUDE SUR LA JUSTICE SOCIALE EN DROIT PRIVE EUROPEEN :

- « Manifeste pour une justice sociale en droit européen des contrats », RTDCiv. 2005 n°4, page 713 et s.

GRUA F. :

- « Le code civil, code résiduel ? », RTDCiv. 2005, page 253 et s.

GRYNBAUM L. :

- « Coexistence du droit communautaire et du droit des contrats », RDC octobre 2005, page 1197 et s.
- « Ouvrage : une avancée pour le droit européen des contrats », RDC octobre 2006, page 1311 et s.

GUEZ Ph. :

- « L'avenir du droit international privé de la famille », LPA 6 novembre 2006, n°221, page 17 et s.

GUILLEMARD S. et PRUJINER A. :

- « La codification internationale du droit internationale privé : un échec ? », Cahiers De Droit 2005, vol.46, page 179 et s.

GUY S. :

- « La codification : une utopie », RFDC 1996, page 272 et s.

- H -

HALPERIN JL. :

- « L'approche historique et la problématique du jus commune », RIDC 2000, page 717 et s.
- « Code Napoléon (Préparation, rédaction et évolution) », *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la dir. de D. Alland et S. Rials, Lamy/PUF, éd. 2003, page 200 et s.
- « L'historiographie du code civil en France », in Beauthier R. et Rorive I. (sous la dir.), *Le code Napoléon, un ancêtre vénéré ?*, Mélanges offerts à J. Vanderlinden, 2004, page 43 et s.

HAUSER J. :

- « Des filiations à la filiation », RJPF 2005, page 6 et s.
- « Les difficultés de la recodification : les personnes », in *Livre du bicentenaire*, page 201 et s.

HERAUD G. :

- « La communauté européenne et la question linguistique », *Revue d'intégration juridique* 1981, page 8 et s.

HESSELINK M.:

- "The politics of European contract law : who has an interest in what kind of contract law for Europe ?", intervention disponible sur <http://www.secola.org>.

HEUSSE M.-P. :

- « Le multilinguisme ou le défi caché de l'Union européenne », *RMCUE* 1999, page 202 et s.

HEUZE V. :

- « A propos d'une initiative européenne en matière de droit des contrats », *JCP* 2002, doctrine, I, n°152, page 1341 et s.

- « L'Europe désenchantée », *JCP éd. G* 2005, Doctrine, I, n°157, page 1439 et s.

- « Recodifier le droit international privé ? », in *1804-2004, Le livre du bicentenaire*, page 401 et s.

HONDIUS E. :

- « Finding the law in a new millennium prospects for the development of civil law in European union », *Mélanges Tallon*, page 93 et s.

- « General introduction », in *Towards a European Civil Code*, Nijhoff Publishers, 1994, page 12 et s.

- « Le code civil néerlandais – les douze premières années », *Journal des Tribunaux* 2004, page 235 et s.

- « Les bases doctrinales du nouveau code néerlandais », in *colloque « Traditions savantes et codifications »*, Colloque de Poitiers des 8, 9 et 10 septembre 2005, Congrès ARISTEC, LGDJ, 2007, page 257 et s.

HOSHINO E. :

- « L'influence du code civil au Japon », in *1804-2004 Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, Université Panthéon-Assas (Paris II), Dalloz, 2004, page 871 et s.

HOUIN R. :

- « Pour une codification européenne du droit des contrats et des obligations », in *Etudes juridiques offertes à L. Julliot de la Morandière*, Dalloz, Paris, 1964, page 223 et s.

HUET J. :

- « Les sources communautaires du droit des contrats », *PA* 21/03/1997, page 8 et s.

- « Nous faut-il un « euro » droit civil ? », *D.* 2002, Point de vue, page 2611 et s.

HUSA J. :

- « Classification of legal families today : Is it time for a memorial hymn ? », *RIDC* 2004, n° 1, page 11 et s.

- I -

IDOT L. :

- « Les bases communautaires d'un droit privé européen », in *Le droit privé européen*, sous la dir. de P. de Vareilles-Sommières, page 22 et s.
- « Propos introductifs », in *Internormativité et réseaux d'autorités : l'ordre communautaire et les nouvelles formes de régulation*, PA du 5/10/2004, n°199, page 3 et s.
- « Rapport introductif », in Bergé J.S. et Niboyet M.L, *La réception du droit communautaire en droit privé des Etats membres*, page 17 et s.
- « L'incidence de l'ordre communautaire sur le droit international privé », LPA 12 décembre 2002, n°248, page 27 et s.

INGEN-HOUSZ A. :

- « Du Code civil français aux BW et NBW hollandais. A propos de la règle prédominante de la raison et de l'équité », ronéo, 25 février 2004.

ISAAC G. :

- « La codification du droit communautaire », *Revue Europe* 1977, page 79 et s.

IZORCHE M-L. :

- « Propositions méthodologiques pour la comparaison », RIDC 2001, n° 2, page 289 et s.
- « La marge nationale d'appréciation, enjeu de savoir et de pouvoir, ou jeu de construction ? », RSC 2006, n°1, page 25 et s.

- J -

JACQUE JP. :

- « Droit communautaire et CEDH – L'arrêt Bosphorus, une jurisprudence Solange II de la Cour européenne des droits de l'Homme ? », RTDE 2005, page 749 et s.
- « Le rôle du droit dans l'intégration européenne », *Philosophie politique*, 1991, n° 1, page 119 et s.

JAN P. :

- « La constitution européenne : l'An I d'une fédération européenne d'Etats nations », RDP 2003, n°5, page 1253 et s.

JALUZOT B. :

- « Méthodologie du droit comparé. Bilan et prospective », RIDC 2005, n°1, page 31 et s.

JAMIN C. :

- « Un droit européen des contrats ? », in *Le droit privé européen*, sous la dir. de P. De Vareilles-Sommières, page 40 et s.
- « Le rêve de Saleilles et de Lambert revisité », RIDC 2000, page 733 et s.
- « Le vieux rêve de Saleilles et de Lambert revisité. A propos du centenaire du congrès international de droit comparé de Paris », in *Variations autour d'un droit commun, Société de législation comparée*, 2001, page 31 et s.
- « Vers un droit européen des contrats ? (Réflexion sur une double stratégie) », RJCom 2006, n°2, page 94 et s.

JAUFFET-SPINOSI C. :

- « La structure du droit français », RIDC 2002, n°2, page 265 et s.
- « Pérennité, évolution ou désuétude des codes : aspects de droit comparé », in *Méthodes du code civil : pérennité et évolutivité, Les secrets d'un bicentenaire*, RRJ 2004, n° spécial, Les cahiers de méthodologie juridique n°19, PUAM, page 2753.
- « La clause générale dans le droit européen du contrat », Conférence SECOLA, Paris 27 et 28 juin 2003, ronéo.

JAZOTTES G. :

- « L'incidence du droit international privé communautaire sur l'ordre communautaire », LPA 12 décembre 2002, page 38 et s.

JEAMMAUD A. :

- « Unification, uniformisation, harmonisation, de quoi s'agit-il ? », in *Vers un code européen de la consommation*, Bruxelles, Bruylant, 1998, page 35 et s.

JESTAZ P. :

- « Les standards dans les divers systèmes juridiques », Cahiers de méthodologie juridique, RRJ 1988, n°4, page 1181 et s.
- « Les sources du droit : le déplacement d'un pôle à un autre », RTDC 1996, page 299 et s.

JOERGES C. :

- « Sur la légitimité d'europeaniser le droit privé. Plaidoyer pour une approche procédurale », RIDE 2004, page 133 et s.

JOLY G. :

- « Le processus d'élargissement de l'Union européenne », RMCUE 2002, page 239 et s.

JULLIOT DE LA MORANDIERE L. :

- « La réforme du code civil », D. 1948, chron., page 117 et s.

JUTRAS D. :

- « Enoncer l'indicible : le droit entre langue et traditions », RIDC 2000, n°4, page 781 et s.

- K -

KASIRER N.,

- « Le real estate existe-t-il en droit civil ? Un regard sur le lexique juridique de droit civil de langue anglaise », in Sacco R. et Castellani L. (sous dir.), *Les multiples langues du droit uniforme*, page 89 et s.
- « The Common core of European private law in boxes and bundles », ERPL 2002, n°3, page 417 et s.

KATZ D. :

- « Les critères de Copenhague », RMCUE 2000, page 483 et s.

KERAMEUS K.D. :

- « L'influence du code civil en Europe centrale et orientale », in *1804-2004 Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, Université Panthéon-Assas (Paris II), Dalloz, 2004, page 789 et s.

KESSEDIAN C. :

- « La codification du droit international privé », in S.F.D.I., *La codification du droit international*, Colloque d'Aix-en-Provence, Pédone, Paris, 1998, page 101 et s.

- « Un exercice de rénovation des sources du droit des contrats du commerce international », RCDIP 1995, page 641 et s.

- « La mondialisation du droit : un défi pour la codification », in *1804-2004 Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, Université Panthéon-Assas (Paris II), Dalloz, 2004, page 917 et s.

- « Le passé et l'avenir du droit international privé dans le cadre de l'intégration de l'Union européenne », RAE 2001/2002, page 411 et s.

- « Le temps du droit au XXIème siècle. Compatibilité avec la codification ? », Revue « Les Cahiers de droit », vol.46, n°1-2, mars/juin 2005, n°spécial Colloque de Laval (Québec) des 19, 20 et 21 sept. 2004, page 547 et s.

KNUDSEN H. :

- « L'information en droit comparé – Expériences étrangères, l'Institut Max Planck », RIDC 1996, page 371 et s.

KNÜTTEL R. :

- « L'unité du droit en Europe et le droit romain », Revue d'hist. des facultés de droit 1998, n°19, page 125 et s.

KREUZER K. :

- « La communautarisation du droit international privé : les acquis et les perspectives », in *Droit Global : Unifier le droit. Un rêve impossible ?*, sous la dir. de Vogel L., pages 96 et s.

KRYNEN J. :

- « Le droit romain, droit commun de la France », Droits 2003, n°38, page 21 et s.

KOHLER C. ET ENGEL J.-C. :

- « Le choix approprié de la base juridique pour la législation communautaire : enjeux constitutionnels et principes directeurs », Europe 2007, Etude n°1, page 7 et s.

KOUBI G. :

- « Code et codification : du civil à l'incivil », Revue droit et cultures 2004, n°2, page 133 et s.

- L -

LAGARDE P. :

- « Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) », RCDIP 2006, n°2, page 331 et s.

- « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la convention de Rome du 19 juin 1980 », RCDIP 1991, page 287 et s.
- « Note sous CJCE 2 octobre 2003, Carlos Garcia Avello c. Etat belge », RCDIP 2004, n°1, page 198.
- « Rapport de synthèse », LPA 12 décembre 2002, n°248, page 44 et s.

LAFFINEUR J. :

- « L'évolution du droit communautaire relatif aux contrats de consommation », REDC 2001, page 19 et s.

LANDO O. :

- « Principles of european contract law : an alternative to or a precursor of european legislation ? », AJCL 1992, page 573 et s.

LAROUCHE P. :

- « L'intégration, les systèmes juridiques et la formation juridique », Revue de droit McGill 2001, n°46, page 1011 et s.

LARROUMET C. :

- « Le code civil, instrument de propagande politique », in *1804-2004 Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, page 225 et s.

LASSERRE-KIESOW V. :

- « Le discours final de Portalis », JCP 2004, I, n°122, page 552 et s.
- « L'ordre des sources ou le renouvellement des sources du droit », D. 2006, chronique, page 2279 et s.

LAURENT C. :

- « Un droit à la vie en matière environnementale reconnu et conforté par une interprétation évolutive du droit des biens pour les habitants des bidonvilles », RTDH 2003, page 261 et s.

LE BAUT-FERRARESE B. :

- « Dans quelle situation le droit de l'Union européenne trouve-t-il à s'appliquer en droit interne ? », LPA 17 mai 2005, page 4 et s.

LECOMTE C. :

- « De la difficulté de codifier », LPA du 13 novembre 2003, n°227, page 4 et s.

LEFEBVRE M. :

- « Le grand bond vers l'Est : une nouvelle Europe », RMCUE 2004, page 282 et s. ;

LEFEBVRE-TEILLARD A. :

- « Les différents facteurs d'unification dans l'ancien droit », in *1804-2004 Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, page 77 et s.

LEFRANC D. :

- « La spécificité des règles de conflit de lois en droit communautaire dérivé (aspects de droit privé) », RCDIP 2005, n°3, page 413 et s.

LEGENDRE P. :

- « Revisiter les fondations du droit civil », RTDCiv.1990, page 639 et s.

LEGRAND P. :

- « Against a European civil code », *Modern Law Review* 1997, page 44 et s.

- « La leçon d'Apollinaire », in *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, page 37 et s.

- « Le primat de la culture », in de Vareilles-Sommières B., *Le droit privé européen*, Economica, 1998, page 1 et s.

- « Sens et non sens d'un code civil européen », RIDC 1996, n°4, page 779 et s.

- « Sens et non sens d'une codification réformatrice du droit européen », RFAP, avril-juin 1997, page 227 et s.

- « The impossibility of legal transplants », *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 1997, page 111 et s.

LEMAIRE H. ET MAURIN A. :

- « Droit français et principes européens du contrat », n° spécial LPA du 7 mai 2004, « Code civil : les défis d'un siècle nouveau », page 38 et s.

LENAERTS K.,

- « Interlocking legal orders in the European Union and comparative law », *ICLQ* 2003, vol.52, page 873 et s.

- « Le droit comparé dans le travail du juge communautaire », RTDE 2001, n°3, page 487 et s.

LEQUESNE C. :

- « Adhérer à l'Union européenne : réflexion sur les critères, in Les dynamiques du droit européen en début de siècle », *Mélanges en l'honneur de GAUTRON G.*, 2004, page 745 et s.

LEQUETTE Y.,

- « Quelques remarques à propos du code civil européen de M. von Bar », *chron. D.* 2002, page 2202 et s.

- « Vers un code civil européen », *Revue Pouvoir* 2003, n°107, page 97 et s.

LEQUETTE Y. et LEVENEUR L. :

- « Avant-propos », in *1804-2004 Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, Université Panthéon-Assas (Paris II), Dalloz, 2004, page VII et s.

LEQUETTE Y., LOISEAU G. et SERINET Y.-M. :

- « Validité du contrat – Consentement (article 1108 à 1115-1) », in *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, page 18 et s.

LEROYER A.-M. :

- « Chronique droit interne », RTDCiv. 2006, n°3, page 612.

LEURQUIN DE VISSCHER F. :

« Existe-t-il un principe de subsidiarité ? », in Delpérée F. (sous la direction de), *Le principe de subsidiarité*, coll. Bibliothèque de la faculté de droit de l'Université Catholique de Louvain, Bruylant, 2002, page 22.

LEVENEUR L. et LECUYER H. :

- « Exécution des obligations (article 1152 à 1156-2) », *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, page 38 et s.

LEVILLAIN N. :

- « Loi du 23 juin 2006 : principales nouveautés relatives aux successions », JCP N. 2006, page 1231 et s.

LEVINET M. :

- « L'article 3 de la CEDH et l'excision », RTDH 1996, page 695 et s.

LEYTE G. :

- « Le code civil et les autres codifications napoléoniennes », in *1804-2004 Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, page 123 et s.

LIBCHABER R. :

- « La recodification du droit des biens », in *Livre du bicentenaire*, page 297 et s.

LOPES SABINO A. :

- « Les langues dans l'UE – Enjeux, pratique et perspectives », RTDE 1999, page 159 et s.

LOUIS J.-V. :

- « La cour de Justice après Nice », in M. Dony et Bribosia E., *L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne*, Ed. Université de Bruxelles, 2002, page 5 et s.

- M -

MACKAAY E. :

- « Faut-il un code civil européen ? Une analyse économique », Revue « Les Cahiers de droit », vol.46, n°1-2, mars/juin 2005, n°spécial Colloque de Laval (Québec) des 19, 20 et 21 sept. 2004, page 217 et s.

MAGNETTE P. :

- « Questions sur la constitution européenne », in Institut d'études européennes, *La constitution de l'Europe*, éd. De l'Université de Bruxelles, 2002, page 9 et s.

MAGNIN S. :

- « La codification du droit communautaire », AJDA 1997, page 678 et s.

MAHIOU A. :

- « Rapport général », in S.F.D.I., *La codification du droit international*, colloque d'Aix-en-Provence, Pédone, Paris, 1999, page 13 et s.

MALAUURIE P. :

- « Les enjeux de la codification », AJDA 1997, page 642 et s.

- « Le code européen des obligations et des contrats. Une question toujours ouverte », JCP 2002, chronique, I, n°110, page 281 et s.

- « La Convention européenne des droits de l'Homme et le droit civil français », JCP 2002, I, n°143, page 1123 et s.

- « Rapport de synthèse », in de Vareilles-Sommières P. (dir.), *Le droit privé européen*, Economica, 1998, page 243 et s.
- « Rapport de synthèse », in BEIGNIER B. (dir.), *La codification*, Thèmes et commentaires, Dalloz, 1996, page 197 et s.
- « L'utopie et le bicentenaire du Code civil », in *1804-2004 Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, Université Panthéon-Assas (Paris II), Dalloz, 2004, page 1 et s.
- « La révolution des sources », LPA 25 juillet 2006, n°147, page 10 et s.
- « Présentation de l'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription », RDC 2006, n°1 spéc. Colloque *La réforme du droit des contrats : projet et perspectives*, page 7 et s.
- « Grands arrêts, petits arrêts et mauvais arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme », LPA du 21 août 2006, n°166, page 4 et s.

MALINVAUD P. :

- « Réponse hors délai à la Commission européenne : à propos d'un code européen des contrats », D.2002, chronique, page 2542 et s.

MALLET-BRICOUT B. :

- « Libres propos sur l'efficacité des systèmes de droit civil », RIDC 2004, n°4, page 865 et s.

MANCIAUX H. :

- « L'introuvable citoyenneté de l'Union dans le projet de constitution pour l'Europe », Europe avril 2004, chronique n° 5, page 4.

MARAIS A. :

- « Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, Droit européen des contrats et révision de l'acquis : la voie à suivre », RDC octobre 2005, page 1204 et s.
- « Cadre commun de référence et code civil européen : résolution du Parlement européen sur le droit européen des contrats et la révision de l'acquis du 23 mars 2006 », RDC octobre 2006, page 1276 et s.
- « Codification et simplification du droit à l'aune du droit européen des contrats : premier rapport sur l'état d'avancement du droit européen des contrats et de la révision de l'acquis », RDC avril 2006, page 523 et s.

MARGUENAUD J.P. :

- « Liquidations des régimes matrimoniaux et des successions – Notion de délai raisonnable », Defrénois 2001, article n°37420, page 1238 et s.
- « La Convention européenne des droits de l'Homme et le droit français : approche par le droit privé », in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle, Etudes en l'honneur de Jean-Claude Gautron*, page 155 et s.
- « Les conséquences patrimoniales du divorce au regard de la CEDH », Defrénois 2003, n°24, page 1596 et s.
- « L'effectivité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme en France », Journal des droits de l'Homme 2001, n° 1, page 7 et s.

MARKENISIS B. :

- « Why a code is not the best way to advance the cause of european legal unity », ERPL 1997, n°5, page 519 et s.
- « Unité ou divergence : à la recherche des ressemblances dans le droit européen contemporain », RIDC 2001, n°4, page 807 et s.

MARTIN X. :

- « Les fondements politiques du Code Napoléon », RTDC 2003, page 247 et s.

MASSIP J. :

- « Le nouveau droit de la filiation », Defrénois 2006, doct. n°38303, page 6 et s.

MATHIEU B. :

- « La sécurité juridique : un produit d'importation « made in France » (à propos des décisions 99-421 DC et 99-422 DC du Conseil constitutionnel) », D. 2000, Actua n°4, page VII.

MATHIEU B. ET VERPEAUX M. :

- « Brèves remarques sur le projet de constitution européenne », D.2003, Actua, n°520, page 1909 et s.

MAUBERNARD C. :

- « Chronique Droit communautaire des droits fondamentaux », RTDH 2004, page 721 et s.

MAZEAUD D. :

- « A propos du droit virtuel des contrats : réflexions sur les principes d'Unidroit et de la Commission Lando », in *Mélanges Michel Cabrillac*, Litec, Paris, 1999, page 205 et s.

- « Faut-il avoir peur d'un droit européen des contrats ? », *De tous horizons : mélanges Xavier Blanc-Jouvan*, Société de législation comparée, Paris, 2005, page 309 et s.

- « Faut-il avoir peur d'un droit européen des contrats (bis sed non repetita...) ? », *Etudes offertes à Philippe Malinvaud*, Litec, Paris, 2007, page 397 et s.

- « La Commission LANDO : le point de vue d'un juriste français », in *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, page 141 et s.

- « Regards positifs et prospectifs sur le nouveau monde contractuel », LPA du 7 mai 2004, page 47 et s.

- « Observations conclusives », RDC 2006, n°1 spéc. Colloque *La réforme du droit des contrats : projet et perspectives*, page 177 et s.

MAZEAUD D. et REVET T. :

- « Editorial », in *Colloque « La réforme du droit des contrats : projet et perspectives »*, RDC 2006, n°1, page 3 et s.

MENGOZZI P. :

- « Les principes fondamentaux du droit communautaire et le droit des Etats membres », *Revue du droit de l'Union européenne* 2002, n°3, page 435 et s.

MERCADAL B. :

- « Des différences entre la Common law et la Civil law ? », RJ Com 2000, chronique, page 145 et s.

MERTENS DE WILMARS J. :

- « Le droit comparé dans la jurisprudence de la CJCE », *Journal des tribunaux* 1991, page 37 et s.

MESTRE J. :

- « Bonne foi », in Ribeyre M.-A., « Principes du droit européen du contrat. Regards croisés avec le droit français », *Droit et patrimoine* avril 2003, n°114, page 42 et s.
- « Faut-il réviser le Titre II du Livre III du Code civil ? », *RDC* 2004, page 1167 et s.

MEULDERS-KLEIN M-T. :

- « Quelle unité pour le droit de la famille en Europe ? », *RMCUE* 2000, page 328 et s.

MIALOT C. ET DIMA EHONGO P. :

- « De l'intégration normative à géométrie et à géographie variables », in *Critique de l'intégration normative – L'apport du droit comparé à l'harmonisation des droits*, PUF, 2004, page 25 et s.

MILLARD E. :

- « Un problème de transposition de concepts : la traduction de la théorie d'Alf Ross », in Matzner E. (dir.), *Droit et langues étrangères : concepts, problèmes d'application, perspectives*, PUP, 1999, page 63 et s.

MILLET F. :

- « La vérité affective ou le nouveau dogme de la filiation », *JCP G.* 2006, I, n°112, page 303 et s.

MOCCIA L. :

- « Les bases culturelles du juriste européen : un point de vue continental », *RIDC* 1997, n°4, page 799 et s.
- « Du marché à la citoyenneté : à la recherche d'un droit privé européen durable et de sa base juridique », *RIDC* 2004, n°2, page 291 et s.

MOLFESSIS N. :

- « Les illusions de la codification à droit constant et la sécurité juridique », *RTDC* 2000, page 186 et s.
- « Le Code civil et le pullulement des codes », in Lequette Y. et Leveneur L. (éd.), *1804-2004 Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, Université Panthéon-Assas (Paris II), Dalloz, 2004, page 307 et s.

MONACO R. :

- « Notes sur l'intégration juridique dans les Communautés Européennes », in *Miscellanae W.J. Ganshof van der Meersch*, Tome II, page 309 et s.

MONJAL P.-Y. :

- « Les instruments normatifs de l'Union dans le projet de constitution : les limites de la simplification », *AJDA* 2003 page 2177 et s.

MONZER R. :

- « Les effets de la mondialisation sur la période précontractuelle – Régimes juridiques romano-germaniques et anglo-saxons », *RIDC* 2007, n°3, page 523 et s.

MORAND C.-A. :

- « Eléments de légistique formelle et matérielle », in Morand C.-A. (dir.), *Légistique formelle et matérielle*, PUAM, 1999, page 17 et s.

MOREAU J. et TERRE F. :

- « La simplification du droit », in *Droit et actualité - Etudes offertes à Jacques Béguin*, Litec, 2005, page 533 et s.

MORETEAU O. :

- « L'anglais peut-il devenir la langue juridique commune en Europe ? », in Sacco R. et Castellani L. (dir.), *Les multiples langues du droit européen uniforme*, page 143 et s.

- « Le standard et la diversité », in Bussani M. et Graziadei M. (éd.), *Human diversity and the law – La diversité humaine et le droit*, Stampfli Publishers Ltd, Berne, 2005, page 71 et s.

MORVAN P. :

- « Les visas de principes dans la jurisprudence de la Cour de cassation : inventaire d'un droit hors-la-loi », LPA du 8 juin 2005, n° 113, page 5 et s.

MOYSAN H. :

- « L'accessibilité et l'intelligibilité de la loi », AJDA 2001, page 428 et s.

- « La codification à droit constant ne résiste pas à l'épreuve de la consolidation », JCP 2002, n°147, page 1231 et s.

MUIR-WATT H. :

- « La codification du droit international privé », Droits 1998, n°27, page 149 et s.

- « La fonction subversive du droit comparé », RIDC 2000, page 503 et s.

- « L'entrave à la prestation transfrontière de services : réflexions sur l'impact des libertés économiques sur le droit international privé des Etats membres », in *Droit et actualité - Etudes offertes à Jacques Béguin*, Litec, 2005, page 545 et s.

MÜLLER-GRAFF P.-C. :

- « Les perspectives d'un droit privé européen », RAE 1998, page 242 et s.

- N -

NIORT J.F. :

- « "Notre code civil..." Quelques remarques sur l'interprétation du code civil français et du code civil du Bas-Canada au Québec », in Beauthier R. et Rorive I. (sous la dir.), *Le code Napoléon, un ancêtre vénéré ?*, Mélanges offerts à J. Vanderlinden, 2004, page 173 et s.

- « Le code civil dans la mêlée politique et sociale – Regards sur deux siècles de lecture d'un symbole national », RTDC 2005, page 257 et s.

- « Portalis, le père du Code civil ? A propos du rôle de Portalis dans la confection du Code civil de 1804 », RRJ 2005, n°1, page 479 et s.

NORMAND S. :

- « L'expérience québécoise de recodification du droit civil », Journal des Tribunaux-Droit européen du 18 mars 2004, n°spécial Bicentenaire du code civil, page 230 et s.

NOURISSAT C. :

- « Droit civil de l'Union européenne (1^{er} semestre 2003) », D. 2003, chronique, p. 2450 et s.

- « Droit civil de l'Union européenne (2nd semestre 2003) », D. 2004, chronique, p.1321 et s.

- « Droit civil de l'Union européenne : panorama 2004 », D. 2005, chronique, p. 608 et s.
- « Droit civil de l'Union européenne : panorama 2005 », D. 2006, chronique, p.1259 et s.
- « Droit du contrat et droit du marché intérieur », RDC octobre 2006, page 1355 et s.
- « Le droit communautaire des successions : le livre vert de la Commission et ses suites », Droit et patrimoine 2006, page 59 et s.
- « Le droit communautaire des successions : le livre vert de la Commission et ses suites... », Droit et patrimoine 2006, n°150, page 59 et s.
- « Retour sur les lois de police en matière de contrats internationaux », RLDA 2006, n°10, page 69 et s.

- O -

OLIVER D. :

- « Pourquoi n'y a-t-il pas vraiment de distinction entre droit public et droit privé en Angleterre ? », RIDC 2001, n°2, page 327 et s.

OPPETIT B. :

- « La décodification du droit commercial français », in *Etudes Rodières*, Dalloz, 1981, page 197 et s.
- « L'expérience française de codification en matière commerciale », D.1990, chronique, page 1 et s.
- « Droit commun et droit européen », in *Mélanges en l'honneur de Y. Loussouarn*, Paris, 1994, page 311 et s.
- « De la codification », D. 1996, chronique, page 33 et s.
- « Retour à un droit commun européen », in *Droit et modernité*, PUF, 1998, page 73 et s.
- « Les tendances régressives dans l'évolution du droit contemporain », *Mélanges Holleaux*, page 317 et s.

OUDIN M. :

- « Un droit européen...pour quel contrat ? Recherches sur les frontières du contrat en droit comparé », RIDC 2007, n° 3, page 475 et s.

OST F. :

- « La codification : idéal et métamorphoses », *Journal des tribunaux* 18 mars 2004, n° spécial bicentenaire du Code civil, page 226 et s.

- P -

PAISANT G. :

- « Le Code de la consommation et l'avant-projet de réforme du droit des obligations : quelle influence et quelle harmonisation ? », JCP 2006, actua. n°429, page 1737 et s.

PAPADOPOULOU R.-E. :

- « Situations purement internes et droit communautaire : un instrument jurisprudentiel à double fonction ou une arme à double tranchant ? », *Cahiers de droit européen* 2002, n°1/2, page 95 et s.

PERRUCHOT-TRIBOULET V. :

- « Article 9.505 : réduction du préjudice », in *Regards croisés sur les principes du droit européen du contrat et sur le droit français*, PUAM, 2003, page 529 et s.

PESCATORE P. :

- « Le recours dans la jurisprudence de la CJCE à des normes déduites de la comparaison des droits des Etats membres », RIDC 1980, page 352 et s.

- « L'interprétation des lois et conventions plurilingues dans la Communauté européenne », *Les Cahiers du droit européen* 1984, page 989 et s.

PETER B. :

- « La base juridique des actes en droit communautaire », RMCUE 1994, page 324 et s.

PETITE M. :

- « La codification et le droit communautaire – L'approche de la refonte », in Journées d'étude à l'occasion du bicentenaire du Code civil, *Le rayonnement du droit codifié*, vol. I, éd. des JO, 2004, page 52 et s.

PFERMANN O. :

- « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », in *Variations autour d'un droit commun, Travaux préparatoires*, Société de législation comparée, 2001, page 121 et s.

PICARD E. :

- « Common law », in *Dictionnaire de la culture juridique*, page 238 et s.

- « Droits fondamentaux », in *Dictionnaire de la culture juridique*, page 544 et s.

PLANIOL M. :

- « Inutilité d'une révision générale du code civil », in *Livre du centenaire*, Tome 2, page 961 et s.

POILLOT E. :

- « Le droit comparé au service de la compréhension de l'acquis communautaire en droit privé », RIDC 2005, page 1017 et s.

POILLOT-PERUZZETTO S. :

- « La codification du droit de l'Union européenne », in *La codification*, colloque sous la direction de B. BEIGNIER, 1996, page 145 et s.

- « L'incidence du droit communautaire sur le droit de la famille », Journées de la CEDECE, octobre 2000, ronéo.

- « La diversification des méthodes de coordination des normes nationales », in *Colloque Internormativité et réseaux d'autorités : l'ordre communautaire et les nouvelles formes de relation*, n° spécial LPA du 5 et 6 octobre 2004, page 17 et s.

- « Trajectoire du droit et construction européenne », RJCom 2006, page 203 et s.

- « Proposition de règlement Rome I et Rome II : vers un code européen de droit international privé », RJCom 2006, n°3, page 229 et s.

- « Les dispositions de droit international privé relatives au commerce électronique dans la loi du 21 juin 2004 transposant la directive du 8 juin 2000 », RJCom 2005, n°4, page 38 et s.

PONZANO P. :

- « Après l'échec du sommet de Bruxelles : constitution européenne ou coopérations renforcées ? », *Revue du droit de l'Union européenne* 2003, n°3, page 549 et s.
- « Le défi des lois européennes », *RDUE* 2005, n°3, page 427 et s.

POPOVICI A. :

- « Droit comparé et enseignement du droit », *Revue juridique Thémis de Montréal*, 2002, volume 36, n° 3 , page 803 et s.

PRIETO C. :

- « Une culture contractuelle commune en Europe », in *Regards croisés sur les principes du droit européen du contrat et sur le droit français*, PUAM, 2003, page 17 et s.
- « Pour l'expérimentation d'un droit commun des contrats transfrontaliers sous l'égide d'un Institut du droit européen », in *Regards croisés sur les principes du droit européen du contrat et sur le droit français*, PUAM, 2003, page 67 et s.
- « Un code civil européen : de l'utopie à la prospective juridique », *PA* n° spécial 7/05/2004, page 19 et s.

PUSTORINO P. :

- « Observations sur les principes généraux dans le droit international privé et procédural communautaire », *RDUE* 2005, n°1, page 113 et s.

PUTMAN E. :

- « L'incidence du droit communautaire en droit privé français », *RRJ* 1997, n°2, page 435 et s.
- « Réflexions sur la question de la codification du droit international privé », in S.F.D.I., *La codification du droit international*, Colloque d'Aix-en-Provence, Pédone, Paris, 1998, page 111 et s.
- « L'évolution des rapports entre le droit communautaire et le droit privé français », *RRJ* 2003, n°1, page 97 et s.
- « Article 1.101 – Application des principes », in *Regards croisés sur les principes du droit européen du contrat et sur le droit français*, PUAM, 2003, page 103 et s.
- « Suggestions pour une approche des méthodes d'intégration du droit communautaire au droit français (droit des affaires, droit international privé) », *Cahiers de méthodologie juridique RRJ* 2005, n°5, page 2801 et s.
- « Le Code civil, la personne, la cité », *RRJ* 2005, n°2, page 653 et s.

- R -

RACINE J.-B. :

- « Pourquoi unifier le droit des contrats en Europe ? Plaidoyer en faveur de l'unification », *RDUE* 2003, n°2, page 369 et s.

RALSER E. :

- « Pluralisme juridique et droit international privé », *RRJ* 2003, n°4, page 2547 et s.

RANCE P. :

- « Le rôle du droit comparé dans l'émergence d'un droit commun, Interview de Mme Delmas Marty », D. 2001, page 1326 et s.

RAYNARD J. :

- « Les principes du droit européen du contrat : une *lex mercatoria* à la mode européenne ? », RTDC 1998, page 1006 et s.

REMILLARD G. :

- « Codification et mondialisation », Revue « Les Cahiers de droit », vol.46, n°1-2, mars/juin 2005, n°spécial Colloque de Laval (Québec) des 19, 20 et 21 sept. 2004, page 601 et s.

REMY-CORLAY P. :

- Chronique « sources internationales », RTDC avril/juin 2005, page 350 et s.

- « L'avenir du Code civil... européen ? », RLDA octobre 2004, chron. n°4685, page 5 et s.

REMY Ph. :

- « La recodification civile », Droits 1997, n° 26, page 3 et s.

- « Regards sur le code », in *Livre du bicentenaire*, page 99 et s.

- « Le processus de dé-codification », in Dunand J.-Ph. et Winiger B., *Le code civil français dans le droit européen*, Bruylant 2005, page 197 et s.

- « Réviser le titre III du livre III du Code civil ? », RDC 2004, n°4, page 1169 et s.

RENOUX-ZAGAME MF

- « La méthode du droit commun : réflexions sur la logique des droits non codifiés », Revue Histoire des facultés de droit et de la science juridique 1990, n° 10/11, page 133 et s.

- « Le droit commun européen entre histoire et raison », Revue Droits 1991, n° 14, page 27 et s.

REMET T. :

- « Le droit civil hors-la-loi – Présentation », PA du 8 juin 2005, page 3.

- « Les modèles du code », in *Code civil et modèles. Des modèles du code au code comme modèle*, Bibliothèque de l'Institut A. TUNC, LGDJ, 2005, page IX et s.

- « La recodification, entre tentation et illusions », in *1804-2004, Le livre du bicentenaire*, page 453 et s.

RIBEYRE A.-M. :

- « Le code européen des contrats : histoire d'un malentendu », Droit et patrimoine 2003, page 6 et s.

- « Principes du droit européen : regards croisés avec le droit français », Droit et patrimoine 2003, page 6 et s.

RICHEZ-PONS A. :

- « Les rapports patrimoniaux entre personnes mariées ou non mariées », AJ Famille 2005, n°11, page 386 et s.

RIEKER P. ET SVERDRUP U. :

- « L'élargissement de l'Union européenne dans une perspective norvégienne », RMCUE 2004, page 355 et s.

Rigaux F. :

- « Droit international privé et droit communautaire », in *Mélanges en hommage à Y. Loussouarn*, page 341 et s.

ROBERT V. ET USUNIER L. :

- « Du bon usage du droit comparé », in *Critique de l'intégration normative – L'apport du droit comparé à l'harmonisation des droits*, PUF, 2004, page 227 et s.

RODOTA S. :

- « Sur l'avenir de la codification », in Journées d'étude à l'occasion du bicentenaire du Code civil, *Le rayonnement du droit codifié*, vol. I, page 210 et s.

RORIVE I. :

- « L'image du code dans le contexte de la Common law », in Beauthier R. et Rorive I. (sous la dir.), *Le code Napoléon, un ancêtre vénéré ?*, Mélanges offerts à J. Vanderlinden, 2004, page 201 et s.

ROUHETTE G. :

- « Les codifications du droit des contrats », *Droits* 1996, n°24, page 113 et s.

RUFFINI-GANDOLFI M.-L. :

- « Problèmes d'unification du droit en Europe et le code européen des contrats, » *RIDC* 2002, page 1075 et s.

- « Le code européen des contrats – Livre I à l'Institut de France (et les travaux préparatoires du Livre II à l'Université de Pavie) », *RIDC* 2006, n°3, page 953 et s.

RYSSSEN B. :

- « « Présentation générale du congrès », *PA* 7/05/2004, n° spécial « le code civil : les défis d'un nouveau siècle », page 11.

- S -

SACCO R. :

- « Non, oui, peut-être », in *Mélanges Mouly* 1998, Tome 1, page 163 et s.

- « Les problèmes d'unification du droit », in *Droit global, Unifier le droit : le rêve impossible ?*, 2001, page 9 et s.

- « L'idée de droit commun par circulation de modèles et par stratification », in *Variations autour d'un droit commun*, Société de législation comparée, 2002, page 195 et s.

SAGAUT J.F. et CAGNIART M. :

- « Lettre ouverte pour une codification du droit international privé français », *LPA* du 27 janvier 2006, n°20, page 5.

SALVIA (DE) M. :

- « L'élaboration d'un *ius commune* des droits de l'Homme et des libertés fondamentales dans la perspective de l'unité européenne : l'œuvre accomplie par la Commission et la Cour européennes des droits de l'Homme », in *Mélanges Wiarda*, page 555 et s.

SAMUEL G. :

- « L'esprit de non-codification : le *common law* face au code napoléon », *Revue Droits* 2005, n°41, page 123 et s.

SANHOURY A.L. :

- « Le standard juridique », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. GENY*, Tome II, Paris, 1934, page 145.

SAVATIER R. :

- « Le marché commun au regard du droit international privé », *RCDIP* 1959, page 237 et s.

SCHLEY M. :

- « La grande réforme du droit des obligations en Allemagne », *D.2002*, chron., page 1738.

SCHMID C. U. :

- « Le projet d'un code civil européen et la constitution européenne », *Revue « Les Cahiers de droit »*, vol.46, n°1-2, mars/juin 2005, n°spécial Colloque de Laval (Québec) des 19, 20 et 21 sept. 2004, page 115 et s.

SCHMID D. :

- « Europe/Turquie : en attendant l'heure », *RMCUE* 2004, page 492 et s.

SCHOETTL J.-E. :

- « Codification par ordonnances », *AJDA* 2000, page 31 et s.

SCHÜBEL-PFISTER I. :

- « Enjeux et perspectives du multilinguisme dans l'Union européenne : après l'élargissement, la « babélisation » ? », *RMCUE* 2005, page 325 et s.

SCHULZE R. :

- « L'histoire du droit européen – un nouveau domaine de recherche en Allemagne », *Revue hist. de droit fr. et étranger* 1992, page 29 et s.

- « Le droit privé commun européen », *RIDC* 1995, n°1, page 7 et s.

- « La renaissance de l'idée de jus commune », in *Variations autour d'un droit commun*, Société de législation comparée, 2002, page 181 et s.

SCHWARTZ R. :

- « La codification à droit constant », in *Journées d'étude à l'occasion du bicentenaire du Code civil, Le rayonnement du droit codifié*, vol. I, éd. des JO, 2004, page 38 et s.

SEFTON-GREEN R. :

- « Compare et contrast : monstre à deux têtes », *RIDC* 2002, n°1, page 85 et s.

- « Le défi d'un droit commun des obligations », in *Variations autour d'un droit commun*, Société de législation comparée, 2002, page 443 et s.

- « Les codes manqués », *RTDC* 2005, page 539 et s.

SERIAUX A. :

- « Droit civil », in *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF/Lamy, 2003, page 435 et s.

- « Le frêle pouvoir de durer : la permanence du code civil des français de 1804 à nos jours », *RRJ* 2006, n°1, page 19 et s.

SERINET Y.-M. :

- « Restitutions après anéantissement du contrat (articles 1161 à 1164-7) », in *Avant-projet Catala*, page 43 et s.

SIMLER PH :

- « Avant-propos », JCP G. 17 mai 2006, supplément au n°20, page 3 et s.

- « Codifier ou recodifier le droit des sûretés personnelles ? », in Ouvrage collectif, *1804-2004, Le livre du bicentenaire*, Litec, 2004, page 373 et s.

SIMON D. :

- « Répétition de l'indu », Répertoire Dalloz Droit communautaire

- « Droit communautaire », in *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF/Lamy, 2003, page 452.

SIMONART H. :

- « La codification en droit belge : rayonnement et limite de la codification napoléonienne », *AJDA* 1997, page 672 et s.

SLOT P.-J. :

- « Harmonisation », *European Law Review* 1996, page 375 et s.

STEINER E. :

- « Adoption en Angleterre du style législatif en vigueur sur le continent : espoirs déçus et perspectives d'avenir », *RIDC* 2006, n°3, page 809 et s.

SOBIESKY T. :

- « L'Union européenne et les pays des Balkans – Le processus de stabilisation et d'association », *RMCUE* 2002, page 299 et s.

SONNENBERGER H.-J. :

- « L'harmonisation ou l'uniformisation européenne du droit des contrats sont-elles nécessaires ? Quels problèmes suscitent-elles ?- Réflexions sur la Communication de la Commission du 11 juillet 2001 et la résolution du PE du 15 novembre 2001 », *RCDIP* 2002, page 405 et s.

SOURIOUX J.L. :

- « Codification et autres formes de systématisation du droit à l'époque actuelle – Le droit français », *RIDC* 1989, n° spécial, page 145 et s.

- « Le rôle du premier Consul dans les travaux préparatoires du Code civil », in *1804-2004 Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, page 107 et s.

STAUDENMAYER D. :

- « Le plan d'action de la Commission européenne concernant le droit européen des contrats », *JCP* 2003, doct. I, n°127, page 709 et s.

- « Un instrument optionnel en droit européen des contrats », *RTDC* 2001, page 629 et s.

STEIN P. :

- « Compte rendu du livre de Zimmermann R. », in *Roman Law, contemporary law, European law : the civilian tradition today*, *The Legal History Review* 2002, n°3-4, page 394.

STOFFEL-MUNCK Ph. :

- « Preuve des obligations (articles 1283 à 1326-2) », in *Avant-projet Catala*, page 61 et s.
- « Les résultats de la codification », *Revue Juridique de l'Océan Indien* 2004, page 121 et s.

SUDRE F. :

- « Introduction », in *Réalités et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, sous la dir. de Sudre F. et Labayle H., page 7 et s.
- « L'ordre public européen », in *L'ordre public : Ordre public ou ordres publics ?*, sous dir. de M-J. Redor, page 109 et s.
- « La « conventionnalité » du système communautaire de protection des droits fondamentaux », *JCP G* 2005, II, n°10128, page 1764.

SYNVET H. :

- « Opérations sur créances (articles 1251 à 1282) », in *Avant-projet Catala*, page 58 et s.

- T -

TALLON D. :

- « Droit communautaire et droit comparé », in *Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch*, Tome II, 1972, page 943 et s.
- « Le nouveau code civil des Pays Bas NBW », in *La codification*, Thèmes et commentaires, Dalloz, 1996, page 181 et s.
- « Les travaux de la Commission Lando », in *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, 2001, page 119 et s.
- « Les principes pour le droit européen du contrat : quelles perspectives pour la pratique ? », *Defrénois* 2000, art. n°37182.
- « Le choix des mots au regard des contraintes de traduction – L'exemple des principes européens du droit des contrats et des principes Unidroit relatifs aux contrats de commerce international », in *Les mots de la loi*, 1999, page 31 et s.
- « Droit uniforme américain, code civil européen – Quels rapports ? », in *Pensée juridique française et harmonisation européenne du droit*, page 61 et s.
- « Teneur et valeur du projet appréhendé dans une perspective comparative », *RDC* 2006, n°1 spéc. Colloque « La réforme du droit des contrats : projet et perspectives », page 131 et s.
- « Hardship » (chapter 27), in HARTKAMP A. et autres (éd.), *Towards a European civil code, Third fully revised and expanded edition*, Kluwer law international, 2004, page 503 et s.

TAORMINA G. :

- « La codification est-elle encore utile ? Eléments pour une méthodologie juridique », *RRJ-Droit prospectif* 2002, n°1, page 21 et s.

TERRE F. :

- « Les problèmes de codification à la lumière des expériences et situations actuelles », in *Etudes de droit contemporain : VIème congrès international de droit comparé*, tome 13, Cujas, 1962, page 175 et s.

- « Inestimable code civil », in *1804-2004 Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, page 899 et s.

TERRE F. et OUTIN-ADAM A. :

- « Codifier est un art difficile. A propos d'un... "code de commerce" », D. 1994, chronique, page 99 et s.

TESTU F.-X. :

- « La distinction du droit public et du droit privé est-elle idéologique ? », D. 1998, chron. page 345 et s.

TEZCAN E., « La Turquie et l'Union européenne : le point sur les arguments des partisans et des adversaires de l'adhésion à la Turquie à l'Union européenne », RMCUE 2004, page 569 et s.

TIMSIT G. :

- « La codification, transcription ou transgression de la loi ? », Droits 1996, n°24, page 83 et s.

THIBIERGE C. :

- « Le droit souple. Réflexions sur les textures du droit », RTDC 2003, n°3, page 599 et s.

THIREAU JL. :

- « Droit commun », in Dictionnaire de la culture juridique, PUF/Lamy, 2003, page 445 et s.

THUNIS X. :

- « L'empire de la comparaison », in *L'utilisation de la méthode comparative en droit européen*, vol n°25, Presses universitaires de Namur, 2003, page 5 et s.

- « Résistances aux codes, résistance des codes », in Beauthier R. et Rorive I. (sous la dir.), *Le code Napoléon, un ancêtre vénéré ?*, Mélanges offerts à J. Vanderlinden, 2004, page 393 et s.

THUNIS X. ET VAN DER MENSBRUGGHE F. :

- « Codification et décodification: le droit comparé à contribution », Annales de droit de Louvain 2001, vol.1, page 65 et s.

TOULIEUX F. :

- « Aperçu sur le recouvrement des aliments en Europe », AJ Famille 2005, n°11, page 383 et s.

TRAVELY B. :

- « Quel code deux cents ans après ? » (1^{ère} partie), Defrénois 2006, article n°38343, page 379 et s. ; (2^{ème} partie) Defrénois 2006, article n°38353, page 483 et s.

TULKENS F. et DONNAY L. :

- « L'usage de la marge d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'Homme. Paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature ? », RSC 2006, n°1, page 3 et s.

TUNC A. :

- « Préface », in *Le code de commerce uniforme des Etats Unis, Livre I et II*, Société de législation comparée, 1971, page 13 et s.
- « L'unification du droit des contrats en Europe : avec ou sans loi ? », RIDC 1993, n°4, page 877 et s.
- « Présentation de la 1^{ère} édition », in *Le code européen des contrats – Avant-projet*, 2001, page XXXIX.

- V -

VAN DER MENSBRUGGHE F.,

- « Préface », in *L'utilisation de la méthode comparative en droit européen*, vol n°25, Presses universitaires de Namur, 2003, page 1 et s.
- « Conclusions générales : l'enfance de la méthode comparative », in *L'utilisation de la méthode comparative en droit européen*, vol n°25, Presses universitaires de Namur, 2003, page 205 et s.

VANDERSANDEN J. :

- « La protection juridictionnel effective : une justice ouverte et rapide ? », in M. Dony et Bribosia E., *L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne*, Ed. Université de Bruxelles, 2002, page 119 et s.

VANDERLINDEN J. :

- « Qu'est-ce qu'un code ? », Revue « Les Cahiers de droit », vol.46, n°1-2, mars/juin 2005, n°spécial Colloque de Laval (Québec) des 19, 20 et 21 sept. 2004, page 29 et s.

VAN GERVEN W. :

- « Rapport introductif », in *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, Economica, 2001, page 3 et s.
- « Codifying european private law ? Yes, if ... ! », *European Law Review* 2002, n°27, page 156 et s.

VAREILLES-SOMMIERES (De) P. :

- « Un droit international privé européen ? », in *Le droit privé européen*, Economica, 1998, page 136 et s.

VERPEAUX M. :

- « La codification devant le Conseil Constitutionnel », *AJDA* 2004, page 1849 et s.

VERWILGHEM M. :

- « Le droit comparé et l'élaboration de la norme européenne », in *L'utilisation de la méthode comparative*, vol n°25, Presses universitaires de Namur, 2003, page 19 et s.

VIENNOIS J.-P. :

- « La portée du droit communautaire de la concurrence et le mythe du champ d'application exclusif du droit national », *RTDCom* 2002, n°1, page 1 et s.

VIGNES D. :

- « Le rapprochement des législations mérite-t-il encore son nom ? », in *Mélanges J. Boulouis*, 1991, page 533 et s.

VINEY G. :

- « Projet de réforme du droit des obligations : les éléments clés en matière de droit de la responsabilité », *RLDC* 2005, n°22, page 13 et s.

VOGEL L. :

- « Introduction », in *Droit global-Unifier le droit : le rêve impossible ?*, éd. Panthéon-Assas, 2001, page 7 et s.

VOGENAUER S. ET WEATHERHILL S. :

- « La compétence de la Communauté européenne pour harmoniser le droit des contrats – Une analyse empirique », *RDC* 2005, page 1215 et s.

VOLLOT C. :

- « Vers une interprétation extensive des frontières du droit communautaire ou une disparition des situations purement internes ? », *LPA* 9 novembre 2005, n°223, page 10 et s.

VON BAR C. :

- « Le groupe d'études sur un code civil européen », *RIDC* 2001, n°1, page 125 et s.
- « Des principes européens à la codification : perspectives d'avenir pour le droit privé européen », *Les annonces de la Seine* 3/06/2002, n°33, page 1 et s.

- W -

WALD A. :

- « L'influence du code civil en Amérique latine », in *1804-2004 Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, Université Panthéon-Assas (Paris II), Dalloz, 2004, page 855 et s.

WATSON A. :

- « Legal transplants and european private law », *EJCL* 2000, vol 4.4

WASCHMANN A., « Le contentieux de la base juridique dans la jurisprudence de la Cour », *Europe*, janvier 1993, page 1 et s.

WASCHMANN P. :

- « De la qualité de la loi à la qualité du système juridique », *Mélanges offerts à G. COHEN-JONATHAN*, vol. II, page 1687 et s.

WAINWRIGHT R.:

- « Use of the comparative law method in European law », in *L'utilisation de la méthode comparative en droit européen*, vol n°25, Presses universitaires de Namur, 2003, page 99 et s.

WERRO F. :

- « La dénationalisation du droit privé dans l'Union européenne », in *L'eupéanisation du droit privé : vers un code civil européen ?*, page 3 et s.

WILDERSPIN M. et LEWIS X. :

- « Les relations entre le droit communautaire et les règles de conflits de lois des Etats membres », RCDIP 2002, page 1 et s. ; (suite et fin de l'article), RCDIP 2002, page 289 et s.

WITZ C. :

- « Plaidoyer pour un code européen des obligations », D.2000, page 79 et s.

- « Rapport de synthèse », in *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, 2001, page 161 et s.

- « La nouvelle jeunesse du BGB insufflée par la réforme du droit des obligations », D.2002, chronique, page 3156 et s.

- « La longue gestation d'un code européen des contrats – Rappel de quelques initiatives oubliées », RTDC 2003, page 447 et s.

- « L'influence des codifications nouvelles sur le Code civil de demain », in *1804-2004, Le livre du bicentenaire*, page 687 et s.

- Y -

YAKEMTCHOUK R. :

- « La Croatie deviendra-t-elle membre de l'Union européenne ? », RMCUE 2005, page 317 et s.

YASUE N. :

- « Le multilinguisme dans l'Union européenne et la politique linguistique des Etats membres », RMCUE 1999, page 278 et s.

- Z -

ZENATI F. :

- « Les notions de code et de codification (Contribution à la définition du droit écrit) », *Mélanges C. Mouly*, Tome I, 1998, page 217 et s.

IV- Jurisprudence

➤ Juridictions européennes

- **Cour de Justice des Communautés européennes et Tribunal de première instance des Communautés européennes**

- Arrêts de la CJCE

CJCE 15 juillet 1960, Lachmuller et Fiddelaar, aff. C-43 à 48/59 et 44/59

CJCE 23 février 1961, Gezamerlikje Steenkolenmijnen, aff C-30/59

CJCE 5 février 1963, Van Gend En Loos, aff. C-26/62

CJCE, 15 juillet 1964, Costa c/ ENEL, aff. C-6/64

CJCE 13 février 1969, Walt Wilhem, aff. C-14/68

CJCE 6 octobre 1970, Franz Grad c/ Finanzamt Traustein, aff. C-9/70

CJCE 17 décembre 1970, Internationale Handelsgesellschaft, aff. C-11/70

CJCE 1^{er} février 1972, Hagen OHG, aff. C-49/71

CJCE 1^{er} février 1972, Wünsche, aff. C-50/71

CJCE 12 décembre 1972, International Fruit Company NV et autres c/ Produktschap Voor Groeten en Fruit, aff. C-21 à 24/72

CJCE 4 décembre 1974, Yvonne Van Duyn c/ Home Office, aff. C-41/74

CJCE 12 décembre 1974, Walrave et Koch, aff. C-36/74

CJCE 8 avril 1976, Defrenne, aff. C-43/75

CJCE 14 octobre 1976, LTU c/ Eurocontrol, aff. C-29/76

CJCE 16 décembre 1976, Rewe, aff.C-33/76

CJCE 19 mars 1978, Simmenthal, aff. C-106/77

CJCE 20 février 1979, Rewe-Zentral AG (affaire dite « Cassis de Dijon »), aff. C- 120/78

CJCE 10 janvier 1980, Jordens-Vosters, aff. C-69/79

CJCE 6 mars 1980, De Calvel, aff. C-120/79.

CJCE 6 octobre 1982, CILFIT c/ Ministère de la Santé, aff. C-283/81

CJCE 31 janvier 1984, Luisi et Carbone, aff. C-286/82 et 26/83

CJCE 23 avril 1986, Les Verts c/ Parlement, aff C-294/83

CJCE 15 mai 1986, Johnston, aff. C-222/84

CJCE 27 septembre 1988, Commission c/ Conseil, aff. C-165/87

CJCE 21 septembre 1989, Hoescht AG c/ Commission, aff. C- 46/87 et 227/88.

CJCE 18 octobre 1990, Dzodzi, aff. C-297/88 et C-197/89

CJCE 23 octobre 1990, Driancourt, aff. C-355/85.

CJCE 13 novembre 1990, Marleasing SA, aff. C-106/89

CJCE 24 janvier 1991, Alsthom, Aff. C-339/89

CJCE 11 juin 1991, Commission c/ Conseil (aff. Dioxyde de titane), C-300/89

CJCE 18 juin 1991, E.R.T., aff. C-260/89

CJCE 25 juillet 1991, Stoeckel c/ France, aff. C-345/89

CJCE 4 octobre 1991, The society for the protection of unborn children Ireland Ltd c/ Stephen Grogan, aff. C-159/90

CJCE 19 novembre 1991, Francovich et Bonifaci, aff. jointes C-6/90 et 9/90

CJCE 17 juin 1992, Jakob Handte c/ TMCS, aff. C-26/91

CJCE 13 janvier 1993, Commission c/ France, aff. C-293/91
 CJCE 30 mars 1993, Konstantinidis, aff. C.168/91
 CJCE 31 mars 1993, Ahlström, aff. C-125 à 129/85
 CJCE 14 juillet 1994, Faccini Dori c/ Recreb, aff. C-91/92
 CJCE 9 août 1994, Lancry, aff. C-363/93.
 CJCE 14 septembre 1995, Simitzi, aff. C-485/93
 CJCE 15 décembre 1995, Bosman, aff. C-415/93
 CJCE 5 mars 1996, Brasserie du pêcheur et Factortame III, affaires jointes, C-46/930 et 48/93
 CJCE 2 juillet 1996, Commission c/ Grand Duché de Luxembourg, aff. C-473/93
 CJCE 12 novembre 1996, Royaume Uni c/ Conseil, C-84/94
 CJCE 7 mai 1997, Pistre, aff. C-32/94.
 CJCE 29 mai 1997, Kremzov, aff. C-299/95
 CJCE 5 juin 1997, Uecker et Jacquet, aff. C-64/96 et C-65/96
 CJCE 17 juillet 1997, Leur-Bloem, aff. C-28/95
 CJCE 4 décembre 1997, aff. C-253/96 à C-258/96
 CJCE 27 octobre 1998, Réunion européenne, aff. C-51/97
 CJCE 17 décembre 1998, Baustahlgewebe c/ Commission, aff. C- 185/95,
 CJCE 25 février 1999, Parlement c/ Conseil, aff. C- 164/97 et C-165/97
 CJCE 23 novembre 1999, Arblade et Leloup, aff. C-369/96 et 376/96

CJCE 06 février 2000, Eyüp, aff. C-65/98
 CJCE 24 février 2000, Commission c/ France, C-434/97
 CJCE 6 juin 2000, Roman Angonese, aff. C-281/98
 CJCE 4 juillet 2000, Commission c/ Portugal, aff. C-62/98
 CJCE 9 novembre 2000, Ingmar GB , aff. C-381/98
 CJCE 5 décembre 2000, Guimont, aff. C-448/98
 CJCE 11 janvier 2001, Tanja Kreil c/ République allemande, aff. C-285/98
 CJCE 31 mai 2001, D. et Royaume de Suède, aff. C-122/99
 CJCE 20 septembre 2001, Grzelczyk, affaire C-184/99
 CJCE 9 octobre 2001, Pays Bas c/ Parlement européen et Conseil, aff. C-377/98
 CJCE 11 février 2002, D'Hoop, aff. C-224/98
 CJCE 12 mars 2002, Simone Leitner, aff. C-168/00
 CJCE 25 avril 2002, Commission c/ France, aff. C-52/00
 CJCE 11 juillet 2002, Mary Carpenter c/ Secretary of State for the Home Department, aff. C-60/00
 CJCE 17 septembre 2002, Baumbast, aff. C-413/99
 CJCE 1^{er} octobre 2002, Henkel, aff. C-167/00
 CJCE 22 octobre 2002, Roquettes Frères SA, aff. C-94/00
 CJCE 5 novembre 2002, Uberseering BV, aff. C-208/00
 CJCE 10 décembre 2002, British American Tobacco, C- 491/01
 CJCE 7 janvier 2003, Banque internationale pour l'Afrique occidentale, aff. C-306/99
 CJCE 11 février 2003, Gözotök et Brügger, aff. C-187/01 et C-385/01
 CJCE 15 mai 2003, Préservatrice foncière TIARD c/ Etat néerlandais, aff. C-266/01
 CJCE 20 mai 2003, Österreichischer Rundfunk c/ Autriche, aff. jtes C-465/00, C-138 et 139/01
 CJCE 12 juin 2003, Eugen Schmidberger c/ Autriche, aff. C-112/00
 CJCE 30 septembre 2003, Köbler c/ Autriche, aff. C-224/01
 CJCE 2 octobre 2003, Carlos Garcia Avello, aff. C-148/02
 CJCE 6 novembre 2003, Gambelli, aff. C-243/01
 CJCE 18 novembre 2003, Budvar, aff. C-216/01

CJCE 11 décembre 2003, Héritiers de M. Barbier c/ Inspecteur van de Belastingdienst Particulieren, Ondernemingen buitenland te heerlen, aff. C-364/01
CJCE 7 janvier 2004, K.B., aff. C-117/01
CJCE 5 février 2004, Rieser Internationale Transporte, aff. C-157/02
CJCE 5 février 2004, Frahuil SA, aff. C-265/02
CJCE 29 avril 2004, Commission c/ Conseil, C-338/01
CJCE 7 septembre 2004, Trojani, aff. C-456/02
CJCE 9 septembre 2004, Carbonati Apuani, aff. C-72/03.
CJCE 9 septembre 2004, Commission c/ Royaume d'Espagne, aff. C-70/03
CJCE 5 octobre 2004, Pfeiffer et autres, aff. jointes C-397/01 à 403/01
CJCE 14 octobre 2004, Omega Spielhallen und Automatenaufstellungs GmbH, aff. C-36/02
CJCE 19 octobre 2004, Zhu et Chen, aff. C-200/02
CJCE 16 juin 2005, Maria Pupino, aff. C-105/03
CJCE 12 juillet 2005, Schempp c/ Finanzamt München, aff. C-403/03
CJCE 12 juillet 2005, Commission c/ France (affaire dite « poisson de taille »), aff. C-304/02
CJCE 13 octobre 2005, Brigitte et Marcus Klein c/ Rhodus Management Ltd, aff. C-73/04
CJCE 25 octobre 2005 (gde chbre), Elisabeth Schulte, aff. C-350/03
CJCE 13 décembre 2005 (gde chbre), Commission c/ Aktionsgemeinschaft recht und Eigentum eV, aff. C-78/03 P.
CJCE 1^{er} décembre 2005, Burtscher, aff. C-213/04
CJCE 27 avril 2006, Richards, affaire C-423/04
CJCE 14 mars 2006, Commission c/ France, aff. C-177/04
CJCE 30 mai 2006, Parlement européen c/ Conseil, aff. C-317/04
CJCE 27 juin 2006, Parlement européen c/ Conseil, aff. C-540/03

TPICE 15 janvier 2003, Philip Morris International Inc. et autres, affaires jointes T-377/00, T-379/00, T-380/00, T-260/01 et T-272/01
TPICE 14 octobre 2004, I. c/ CJCE, aff. T-256/02

- Avis

Avis CJCE 28 mars 1996, aff. C-2/94

▪ Cour européenne des droits de l'Homme et Commission européenne des droits de l'Homme

- Arrêts de la CourEDH

CEDH 28 février 1978, König c/ RFA, requête n° 6232/73
CEDH 13 juin 1979, Marckx c/ Belgique, requête n° 6833/74

CEDH 2 août 1984, Malone c/ Royaume Uni, requête n°8691/79
CEDH 26 mars 1985, X. et Y. c/ Pays Bas, requête n° 8978/80

CEDH 25 mars 1992, B. c/ France, requête n°13343/93
CEDH 25 mai 1993, Kokkinakis c/ Grèce, requête n°14307/88
CEDH 22 février 1994, Burghartz c/ Suisse, requête n°16213/90
CEDH 25 novembre 1994, Sterjna c/ Finlande, requête n°18131/91

CEDH 23 février 1995, Gasus Dosier c/ Pays-Bas, requête n°15375/89
CEDH 23 mars 1995, Loizidou c/ Turquie, requête n°15318/89
CEDH 22 novembre 1995, SW et CR c/ Royaume Uni , requêtes n°20166/92 et 20190/92
CEDH 24 octobre 1996, Guillot c/ France, requête n°22500/93
CEDH 15 novembre 1996, Cantoni C/ France, requête n°17862/91
CEDH 22 avril 1997, X., Y., et Z. c/ Royaume Uni, requête n°21830/93
CEDH 18 février 1999, Matthews c/ Royaume-Uni, requête n°24833/94

CEDH 5 janvier 2000 (gde chbre), Beyeler c/ Italie, requête n° 33202/96
CEDH 1^{er} février 2000, Mazurek c/ France, requête n°34406/97
CEDH 3 octobre 2000, Kanoun c/ France, requête n°35589/97
CEDH 28 novembre 2000, Siegel c/ France, requête n°36350/97
CEDH 2 février 2001, Tammer c/ Estonie, requête n°41205/98.
CEDH 22 mars 2001, K.-H.W. c/ Allemagne, requête n°37201/97
CEDH 12 janvier 2002, Zvolsky et Zvolska c/ République Tchèque, requête n° 46129/99
CEDH 26 février 2002, Fretté c/ France, requête n°36515/97
CEDH 16 avril 2002, Sté Colas Est c/ France, requête n° 37971/97
CEDH 29 avril 2002 (gde chbre), Pretty c/ Royaume Uni, requête n°2346/88
CEDH 18 juin 2002, Oneryildiz c/ Turquie, requête n° 48939/99
CEDH 11 juillet 2002 (gde chbre), I. et C. Goodwin c/ Royaume Uni, requête 28957/95
CEDH 25 juillet 2002, Sovtransavto Holding c/ Ukraine, requête n° 48553/99
CEDH 26 novembre 2002, Nagy c/ Roumanie, requête n° 32268/96
CEDH 12 juin 2003, Van Kück c/ Allemagne, requête n°35968/97
CEDH 24 juin 2003, Allard c/ Suède, requête n°35179/97
CEDH 16 décembre 2003, Palau-Martinez c/ France, requête n°64927/01
CEDH 27 mai 2004, Connors c/ Royaume-Uni, requête n°66746/01
CEDH 22 juin 2004, Broniowski c/ Pologne, requête n°31443/96
CEDH 8 juillet 2004, Vo c/ France, requête n° 53924/00
CEDH 13 juillet 2004, Pla et Puncernau c/ Andorre, requête n° 69498/01
CEDH 24 juillet 2004, Karner c/ Autriche, requête n° 400016/98
CEDH 16 novembre 2004, Unal Tekeli c/ Turquie, requête 29865/96
CEDH 30 novembre 2004 (gde chbre), Oneryildiz c/ Turquie, requête n°48939/99
CEDH 22 décembre 2004, Merger et Cros c/ France, requête n°68864/01
CEDH 30 juin 2005 (gde chbre), Bosphorus c/Irlande, requête n°45036/98
CEDH 14 février 2006, Lecarpentier c/ France, requête n°67847/01
CEDH 7 mars 2006, Evans c/ Royaume Uni, requête n°6339/05
CEDH 18 avril 2006, Dickson c/ Royaume Uni, requête n°444362/04
CEDH 4 juillet 2006 (gde chbre), Ramirez Sanchez c/ France, requête n°59450/00

- Arrêts de la ComEDH

ComEDH 9 février 1990, M et Co c/ RFA : RUDH 1991, page 134.

- Opinions séparées

Opinion dissidente de M. le juge Göcükli, sous l'arrêt CEDH 22 février 1989, Barfod c/ Danemark, req uête n°11508/85.

Opinion concordante des juges Rozakis, Tulkens, Traja, Botoucharova, Zagrebelski et Garlicki sous l'arrêt CEDH (gde chbre) 30 juin 2005, Bosphorus c/ Irlande, requête n°45036/98.

➤ Juridictions nationales

▪ Juridictions françaises

Conseil constitutionnel

Décision n°2005-530 DC du 29 décembre 2005, « Loi de finances pour 2006 »

Décision du Conseil Constitutionnel n° 2003-473 DC 26 juin 2003, Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit : JO du 03 juillet 2003, page 11205.

Décision du Conseil Constitutionnel n°2004-506 DC 2 décembre 2004, Loi de simplification du droit : Jo du 10 décembre 2004, page 20876.

Cour de cassation

AP, 2 juin 2000, Pauline Fraisse (D. 2000, page 865)

AP, 1^{er} décembre 1995 (D.1996, page 13)

AP, 11 décembre 1992, René X (JCP 1993, II, n°21991)

Civ., 1^{ère}, 24 février 1998, Vialaron (RTDC 1998, pages 458 et 520)

Civ., 1^{ère}, 6 mars 1996, Mel Yédéi (RTDC 1996, page 580)

Civ., 1^{ère}, 22 février 2000 (D.2001, page 39)

Civ., 1^{ère}, 24 octobre 2000 (pourvoi n°98-14.386)

Civ., 1^{ère} 27 février 2001 (Bull. civ. 2001, I, n°50, page 30)

Civ., 1^{ère}, 29 janvier 2002 (RTDC 2002, pages 347 et 865)

Civ., 3^{ème}, 19 mars 2003 (Bull. civ. 2003, III, n°68, page 62)

Civ., 1^{ère}, 14 juin 2005 (D. 2005, page 825)

Civ. 1^{ère}, 17 janvier 2006, Société Koogar (Bull. civ. I, n°19 ; D. 2006, IR, page 322)

Civ., 1^{ère}, 14 février 2006 (D.2006, page 1029)

Civ. 1^{ère}, 4 juillet 2006 (Bull. civ. I, n°342, page 295)

Civ. 1^{ère}, 13 mars 2007 (D.2007, page 935)

Conseil d'Etat

Ass. 30 octobre 1998, Sarran, Levacher et autres : GAJA, n° 117 ; RFDA 1998, page 1081.

CE 3 décembre 2001, Syndicat national de l'industrie pharmaceutique

Juges du fond

TA Lyon 12/06/1996, Mme Condé, D. 1998, som 304, obs. VASSEUR.

▪ Juridictions étrangères

Court of Appeal, Lord Woolf, R. v. Human Fertilisation and Embryology Authority (HFEA), ex parte Blood, 1997.

Cour suprême du Canada, 12 septembre 2002, Schreiber c/ Procureur du Canada, [2002] CSC 62. (disponible sur <http://www.canlii.org/ca/jug/CSC/2002/2002CSC62.html>)

Opinion dissidente du Juge HOLMES sous l'arrêt de la Cour suprême des EU du 17 avril 1905, Lochner c/ Etat de New York : 198 US 45 (1905).

IV- Textes, documents institutionnels

A) Textes et documents institutionnels communautaires

➤ Règlements

Règlement n°1/58 du 15 avril 1958 portant fixation du régime linguistique de la Communauté économique européenne, JO CE du 9 octobre 1958, n°385

Règlement CEE n° 1983/83 du 22 juin 1983 sur les accords de distribution exclusive

Règlement CEE n° 1984/83 du 22 juin 1983 relatif aux accords d'achats exclusifs

Règlement CEE n° 4087/88 du 30 novembre 88 concernant les accords de franchise

Règlement CEE n°2913/92 du Conseil établissant le code des douanes communautaire : JO CE du 19 octobre 1992, L, n°302, page 1.

Règlement CEE n°1475/95 du 28 juin 1995 à propos des contrats de concession automobile

Règlement n° 2790/1999 du 22 décembre 1999 général à tous les accords verticaux.

Règlement du Conseil n° 1347/2000 du 29 mai 2000 : JO CE, n° L 160, page 19.

Règlement du Conseil n° 44/2001 du 22 décembre 2000 : JO CE, n° L12, page 1.

Règlement n° 1400/2002 du 31 juillet 2002 relatif aux contrats de concession automobile.

Règlement du Conseil n° 2201/2003 du 27 novembre 2003, relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions matrimoniales et en matière de responsabilité parentale : JO UE, n° L 338, page 1.

Règlement du Conseil n° 805/2004 du 21 avril 2004, JO UE, n°L 143, page 155.

Règlement CE n°930/2004 du Conseil du 1^{er} mai 2004 relatif à des mesures dérogatoires temporaires concernant la rédaction en maltais des actes des institutions de l'Union européenne, JO UE, n° L 169, page 1.

Règlement CE n°562/2006 du PE et CE du 15 mars 2006 : JO UE du 13 avril 2006, L n°105, page 1 et s.

Proposition de la Commission du 26 mai 2004, de règlement portant « code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes », COM (2004), 391 : JO C n° 323 du 30 décembre 2004.

Proposition de Règlement du PE et Conseil sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), Exposé des motifs, COM (2005) 650 final, 2005/0261 COD

Proposition de Règlement du PE et Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II) du 21 février 2006, COM 2006, 083 final.

➤ Directives

Directive 85/577/CEE du Conseil du 20 décembre 85 concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux.

Directive 87/102/CEE du Conseil du 22 décembre 86 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de contrats de crédit à la consommation, JO CE n° L 042 du 12 février 87 page 48.

Directive 90/232/CEE du Conseil du 14 mai 1990 sur l'assurance de responsabilité résultant de la circulation des véhicules automoteurs, JO CE n° L 129 du 19 mai 1990, page 33.

Directive 90/314/CE du Conseil du 13 juin 90 sur les contrats de voyage à forfait.

Directive 93/7/CE du 15 mars 1993 sur la restitution des biens culturels ayant quitté illicitement le territoire d'un Etat membre, JO CE n° L74 du 27 mars 1993.

Directive 93/13/CEE du Conseil du 05 avril 93 sur les clauses abusives dans les contrats conclu avec les consommateurs, JO CE n° L 095 du 21 avril 93, page 29.

Directive 94/47/CE du Parlement et du Conseil du 26 octobre 94 concernant la protection des acquéreurs pour certains aspects des contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation à temps partiel de biens immobiliers (time-share), JO CE n° L 280 du 29 octobre 1994 page 83.

Directive 95/46/CE du Parlement et du conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ses données, JO CE n° L 281 du 23 novembre 95, page 31

Directive 97/7/CE du Parlement et du Conseil du 20 mai 97 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, JO CE n° L 144 du 4 juin 97.

Directive 99/34/CE du Parlement et du Conseil du 10 mai 1999, modifiant la directive 85/374/CE du Conseil, relative à la responsabilité du fait des produits défectueux, JO CE n° L 141 du 4 juin 99 page 20.

Directive 99/44/CE du Parlement et du Conseil du 25 mai 99 sur certains aspects de la vente et les garanties de biens de consommation, JO CE n° L 171 du 07 juillet 99.

Directive 2000/26/CE du Parlement et du Conseil du 16 mai 2000, modifiant les directives 73/239/CEE et 88/357/CEE du Conseil, relative à la responsabilité civile du fait des accidents de la circulation, JO CE n° L 181 du 20 juillet 2000.

Directive 2000/31/CE du parlement et du Conseil du 08 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société d'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, JO CE n° L 178 du 17 juillet 2000, page 1.

Directive du PE et CE du 6 novembre 2001 : JO CE du 28 novembre 2001, L, n°311, page 67.

Directive 2002/58/CE du Parlement et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques, JO CE n° L 201 du 31 juillet 2002, page 37.

Directive 2002/65/CE du Parlement et du Conseil du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance des services financiers auprès des consommateurs, JO CE n° L 271 du 9 octobre 2002.

Directive du 22 septembre 2003 sur le regroupement familial, JO UE L 251 du 3 octobre 2003, page 12.

Directive 2004/83/CE du Conseil du 29 avril 2004 concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale et relative au contenu de ces statuts, JO UE du 30 septembre 2004, n° L304, page 12

Directive 2005/29/CE du Parlement et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur : JO UE du 11 juin 2005, L n°149, page 22.

Directive du 15 novembre 2006, relative à la libéralisation des services dans les marchés intérieurs.

➤ **Traités, conventions**

- Convention de Bruxelles sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale du 27 septembre 1968, JO n° C027 du 26 janvier 1968, page 1.
- Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles du 19 juin 1980, JO n° L 266 du 9 octobre 1980, page 1.
- Traité d'Athènes du 16 avril 2003, relatif à l'adhésion à l'Union européenne de la République Tchèque, de l'Estonie, de Chypre, de la Lettonie, de la Lituanie, de la Hongrie, de Malte, de la Pologne, de la Slovénie et de la Slovaquie, JO CE du 23 septembre 2003, L n°236 (entré en vigueur le 1^{er} mai 2004).
- Traité relatif à l'adhésion de la Roumanie et de la Bulgarie à l'Union européenne, 25 avril 2005, JO UE du 21 juin 2005, L, n°157, page 11

➤ **Décisions des institutions européennes**

- Parlement européen

▪ Résolutions :

- du 26 mai 1989 sur un effort de rapprochement du droit privé des Etats membres, JOCE du 26 juin 1989, C n° 158, page 400
- du 6 mai 1994 sur l'harmonisation de certains secteurs du droit privé des Etats membres, JOCE du 25 juillet 1994, C n° 205, page 518.
- du 6 mai 1994 sur la transparence du droit communautaire et la nécessité de sa codification : JO C n°205 du 25 juillet 1994, page 514.
- de 1995 sur le 11^{ème} rapport de la Commission sur le contrôle de l'application du droit communautaire.
- de 1997 relative au contrôle de l'application du droit communautaire, JO C n°55 du 24 février 1997, page 47.
- du 15 novembre 2001 sur le rapprochement du droit civil et commercial des Etats membres, COM(2001) 398 – C5-0471/2001
- du 2 septembre 2003, sur la communication de la Commission intitulée « un droit européen des contrats plus cohérent », COM (2003), 68-2003 (INI)
- du 23 mars 2006, sur le droit européen des contrats et la révision de l'acquis : la voie à suivre, 2005/2022 (INI)

▪ Documents :

- Document de travail, « The private systems in the EU : discriminations on grounds of nationality and the need for a European civil code », (juin 1999) DG du PE n° IV, JURI, 103, http://www4.europarl.eu.int/estudies/internet/workingpaper/juri/pdf/103_en.pdf

- Commission européenne

▪ Communications

- du 11 juillet 2001, sur le droit européen des contrats, JO CE du 13 septembre 2001, C, n° 255, page 1.

- du 28 novembre 2001, « Codification de l'acquis communautaire », COM 2001, 645, final, JOCE n°77 du 28 mars 2002.
- du 12 février 2003, Plan d'action : Pour un droit européen des contrats plus cohérent, JO CE du 15 mars 2003, C , n° 063.
- du 11 mars 2003, intitulée « l'Europe élargie – un nouveau voisinage », COM (2003) 104 déf.
- du 11 octobre 2004 « Droit européen des contrats et révision de l'acquis : la voie à suivre », COM (2004), 651 final

▪ **Autres documents**

- Accord inter-institutionnel du 20 décembre 1994, relatif à une méthode travail accélérée en vue d'une codification officielle des textes législatifs : JO C n°102 du 4 avril 1996, page 1 et s.
- Accord interinstitutionnel du 28 novembre 2001 « Pour un recours plus structuré à la technique de la refonte des actes juridiques », JO C n°77 du 28 mars 2002, page 1 et s.
- Commission européenne, Egalité et non discrimination - Rapport annuel 2005, DG Emploi et affaires sociales, avril 2005.
- Rapport de la Commission européenne du 6 octobre 2004, COM (2004) 676 final – SEC (2003) 1212, non publié au JO.
- Livre vert de la Commission sur la protection des consommateurs dans l'Union européenne 2001, COM (2001), 531
- Livre vert de la Commission du 14/01/2003 Proposition de la Commission, COM 2003, 427 final, 2003/0168 COD
- Livre vert de la Commission européenne du 19 juillet 2005 sur le crédit hypothécaire : COM (2005) 327 final.
- Livre vert de la Commission européenne du 1^{er} mars 2005, COM (2005) 65 final.

- Autres institutions européennes

Conclusions du Conseil de Tampere des 15 et 16 octobre 1999.

Décision du Conseil européen du 19 mai 2003 concernant les principes, priorités, objectifs intermédiaires et conditions du partenariat pour l'adhésion de la Turquie, JO UE du 12 juin 2003, L n°145, page 42.

Rapport du Conseil de l'Union du 16 novembre 2001, sur la nécessité de rapprocher les législations des Etats membres en matière civile, doc. 13017, Justciv 129

Avis Comité économique et social sur la communication de la Commission concernant le droit européen des contrats, 17 juillet 2002, JO CE du 7 octobre 2002, C n° 241, page 1

Résolution du Conseil du 14 octobre 2003, relative à un droit européen des contrats plus cohérent, JOCE 2003, C n°246, page 1.

Conclusions du Conseil de l'Union européenne des 28 et 29 novembre 2005 sur le projet de droit européen des contrats et la révision de l'acquis en matière de protection des consommateurs, http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/in dex_fr.htm. (texte disponible en anglais seulement)

Décision du Conseil du 5 octobre 2006, relative à l'adhésion de la Communauté européenne à la Conférence de La Haye de droit international privé, JO L n°297 du 26 octobre 2006.

- Divers

DG « Espace de liberté, de sécurité et de justice », *Etude sur les régimes matrimoniaux des couples non mariés et sur le patrimoine des couples non mariés dans le droit international privé et le droit interne des Etats membres* : http://europa.eu.int/comm/justice_home/doc_centre/civil/studies/doc/regimes/report_regimes_030703_fr.pdf.

DG de la traduction de la Commission européenne, *Multilinguisme et traduction*, Brochure, mars 2005.

DÖRNER H. ET LAGARDE P., *Etude de droit comparé sur les règles de conflit de juridictions et de conflits de lois relatives aux testaments et successions dans les Etats membres de l'Union européenne*, http://europa.eu.int/comm/justice_home/doc_centre/civil/studies/doc/testaments_successions_fr.pdf

B) Textes et documents institutionnels français, étrangers et internationaux

➤ Textes et documents institutionnels français

- Textes

Loi du 16 décembre 1999 : JO n°296 du 22 décembre 1999, page 19040.

Loi n°2000-321 du 12 avril 2000, dite « DCRA » : JO du 13 avril 2000.

Loi du 4 mars 2002 n°2002-305 relative à l'autorité parentale et loi du 4 mars 2002 n°2002-304 relative au nom de famille de l'enfant.

Loi du 2 juillet 2003 habilitant le Gouvernement à simplifier le droit : JO n°152 du 3 juillet 2003, page 11192 (texte n°2).

Loi n°2003-1210 du 19 décembre 2003 : JO AN n°294 du 20 décembre 2003.

Loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique : JO n°143 du 22 juin 2004, page 1168.

Loi d'habilitation n°2004-1343 du 9 décembre 2004 de simplification du droit : JO n°287 du 10 décembre 2004.

Ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés : JO du 24 mars 2006, page 4475.

- Documents

Délégation du Sénat pour l'UE, L'application du principe de subsidiarité, Rapport d'information du Sénat 1996/1997, n°46.

Exposé des motifs du projet de loi n°1048 autorisant la ratification du Traité d'adhésion à l'Union européenne de la République Tchèque, de l'Estonie, de Chypre, de la Lettonie, de la Lituanie, de la Hongrie, de Malte, de la Pologne, de la Slovénie et de la Slovaquie, présenté devant l'Assemblée nationale le 22 juillet 2003.

Rapport VINÇON, Sénat 2003/2004

➤ **Textes et documents institutionnels étrangers**

- Loi n°1 visant à harmoniser le droit fédéral avec le droit civil du 10 mai 2001 (S-4), http://www.parl.gc.ca/37/1/parlbus/chambus/house/bills/government/S-4/S-4_4/S-4_coverF.html
- Loi n°2 visant à harmoniser le droit fédéral avec le droit civil du 15 décembre 2004 (S-10), http://www.parl.gc.ca/38/1/parlbus/chambus/house/bills/government/S-10/S-10_4/S-10_coverf.html.
- « Notes pour une allocution au colloque sur l'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil québécois et le bijuridisme canadien », le 24 novembre 1997, Montréal.
- Projet de loi C-50, Loi d'harmonisation n°1 du droit fédéral avec le droit civil, <http://www.parl.gc.ca/36/1/parlbus/chambus/house/bills/summaries/c50-f.htm>.

➤ **Textes internationaux**

Convention sur la vente internationale de marchandises du 11 avril 1980, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1988.

Index alphabétique

(Les numéros renvoient aux paragraphes ; ceux en gras à une série de paragraphes)

A

Acquis communautaire : **84**, 333, 498

Acquis Group : 185

Adhésion :

- des Etats à l'Union européenne : 205, **221**, 286
- de l'Union à la CEDH : 277, 282

Analyse économique du droit : 299, 310

Avant-projet :

- de réforme du droit des obligations (Projet Catala) : 515, **517**, 574, **524**, **529**
- de code européen des contrats (Projet Gandolfi) : 185, 213, 475, 477, 527, 576, 579

B

Base juridique : 74, 86, 188, 197, 294, **296**

Bijuridisme : 116, 211, **214**, 291

C

Cadre commun de référence : 57, 79, **84**, **89**, 307, 540

Citoyenneté :

- européenne : 5, 150, **254**, 297, **330**, **335**, 592

Charte communautaire des droits fondamentaux : 5, 70, 139, **151**, **165**, 169, 278, 284, 336, 360, 421, 475

Code :

- à texture ouverte : **463**, **465**, 473, **478**, 482, 488, 505, 647
- BGB : 382, 386, 456, 466, 470, 521
- Civil du Québec : 240, 243, 345, **386**, 466, 469, 473, 521
- Cybercode : **492**
- de commerce : 358
- détaillé : **444**, **447**
- de principes : **442**
- NBW : 243, 466, 476
- Optionnel : **456**, 505
- Synthétique : 442, **452**
- Uniforme de commerce : 237

Coexistence :

- des ordres juridiques européens : 196, 200, **245**, **273**, 292, 581

Codification :

- à droit constant : 75, 352, 376, 378, 386, **388**, **413**, 423, 427, 435, 438, 448, 642, 646
- communautaire : 199, 401, **411**, 646
- décodification : 351, 354, 357, **358**, 385
- effets endogènes : **341**
- effets exogènes : **351**
- harmonisatrice : 431
- internationale : **400**, 410, 414, 419
- nationale : 347, **378**, 399, 414, 423
- recodification : 240, 243, **344**, 353, 378, 383, 473, 510, **512**, 640, 643
- réformatrice : **399**, 406, 430
- souple : 368
- tranfigurée : 375, 425, 503

Common law : 10, 101, 106, **108**, 120, 132, 172, 194, 208, 215, 228, 295, 339, 455, 543

Communautarisation :

- des règles civiles : 140, 189
- des règles de DIP : 409, 626, 643
- directe : **141**
- indirecte : **146**

Compétences :

- communautaires : 6, 24, **88**, 91, 138, 140, 297, 306, 314, 319, 332
- implicites : 314, 297

Constitution européenne : **34**, 44, 93, 152, 165, 333, 421

Convention européenne des droits de l'Homme : 17, 20, 40, 70, 96, 139, 152, **190**, 228, 267, 273, **275**, 284, 339, 548

Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 : 142, 173, **179**, 326, 607

Conventions de Rome du 19 juin 1980 : 142, 185, 577, 607, 617, 623

Cour européenne des droits de l'Homme : 4, 17, 139, 151, **158**, 259, 261, 268, **273**, 396, 474, 484, 489, 543, 548, 562

Cour de justice des Communautés européennes : 5, 30, 46, 52, 130, 148, **165**, 178, **180**, 262, 277, **279**, 302, 309, 337, 349, 356, 421, 475, 485, 543, **590**, 610, **614**

Coûts : 196, 199, 207, 211, 216, **230**, 308, 479, 493

- de transaction : **304**
- financiers : **239**
- scientifiques : **231**

D

Diversité : 122, 441, 462, 482, 485, 488, 603, 642, 647

- culturelle : 103, 205
- juridique : 61, 11, 146, 191, 193, **303**, 317, 485, 582
- linguistique : 214, 217

Directives : 5, 46, **49**, 66, **69**, 74, **85**, 130, **143**, 181, 301, **307**, 420, 433, 460, 475, 543, 588, **595**, 610, **614**

Droit civil :

- définition : 6, 9, 11, **171**

Droit communautaire :

- champ d'application : 95, 150, 151, **170**
- effet direct : **40, 49**, 336
- primauté : **40**, 53, 96, 221

Droit de la consommation : 5, 6, 144, **175**, 304, 307

Droit international privé : 90, 142, 289, 316, 325, 369, 402, **407**, 423, 508, **581**

- classique : **606**
- communautaire : **586**

E

Effectivité :

- des droits : 40, **47**, 52, 159, 309, 597
- des règles codifiées : 437, **491**

F

Fondamentalisation : **151**, 545, 644

H

Hiérarchie

- des normes : 123, 168, 200, 279, 391

I

Institutions européennes

- Commission : 7, 8, 11, 57, **73**, 178, 240, 289, 567, 569
- Comité économique et social : 88, **91**
- Conseil de l'Union : 36, 73, **89**, 283
- Conseil de l'Europe : 3, 4, 17, 40, 114, 139, 153, 158, 204, 276, 474, 485
- Parlement européen : 6, 7, **36**, 57, **73**, 136, 166, 178, 205, 232, 293, 321, 337, 569

Instrument optionnel : 57, 79, 80, **84**, 289, **497**, 540, 576

Intégration : **19, 24**, 58, 93, 120, 125, 130, 247, 319, **330**, 434, **582**, 598, 603

- normative : 25, **39**, 215, 561
- structurelle : 25, **26**

J

Jus commune : 9, 20, **99**, **121**, 212

M

Méthode :

- historique : 135
- comparative : 20, 129, **130**
- communautaire : 588
- conflictuelle : 600, **603**, 619, 626, **628**, 638

Multilinguisme : 130, **203**, 230, 291

O

Office du juge : **154**

Ordre public : 145, 471, 476, 528

- européen : 153, **278**

P

Principe :

- du pays d'origine : 255, **597**
- règle : 66, 83, 85, 100, 114, 128, 126, 234, 356, 434, **442**, **475**, 488, 505, **575**, 622, 647

Principes du droit européen des contrats (PEDC) : 5, 83, 133, 185, 187, 213, 515, 526, 528

Principes généraux du droit communautaire : 152, 167, 453

Principes Unidroit : 404, 575, 576

Pluralisme juridique : 101, 127, 196, 200, 245, 433

Plurijuridisme : 363, 372, 441, 464, 480, 645

Proportionnalité : 29, 31, 156, 167, 308, 314, 322, 531

R

Rapprochement des législations : 19, 23, 29, **55**, 127, 140, 197, 296, **300**, 598

- coordination : 23, 56, 59, 64, **65**
- harmonisation : 7, 15, 23, 56, 59, **65**, 74, 77, **89**, 104, 110, 115, 125, 127, 133, 141, **144**, 184, **189**, 301, 308, 368, 405, 425, 434, 488, **498**, 518, 540, 602, 604, 625, 631, 644
- unification : 15, 23, 35, 41, 56, 59, **60**, 74, 86, 125, 133, **142**, 295, 324, 347, 379, 403, 434, **518**, 548
- uniformisation : 23, 56, 59, **60**, 93, 103, 193, 301, 323, 485, 540, 604, 642

Reconnaissance mutuelle : 65, **590**

Règlements : 46, 51, 63, **142**, 181, 307, 321, 407, 420, 460, 584, 593, 595, 601, **607**, 628

Réseau : 246, 347, 365, 431, 645

S

Sécurité juridique : 209, 284, 304, 386, **395**, 412, 429, 489, 531, 539

Situation :

- communautaire : 178, 617, 629, **632**
- interne : 252, 255, 262, 634
- internationale : 608, **634**

Sources du droit : 9, 113, 242, 348, 376, 378, 382, 386, 504, 578, 646

Souveraineté : 28, 33, 34, 103, 347, 424

- européenne : **34**

Standards : 260, 326, 433, 468, 471, **474**, **483**, 505

Subsidiarité : **29**, 252, 294, 308, 314, 322, 332, 603

Système juridique : 115, 427, 505

T

Traditions juridiques : 91, **106**, 191, 215, 365, 490

U

Utopie : 14, 94, 126, 354, 454, **565**, **571**

Table des matières

INTRODUCTION.....17

**Première Partie : L'enclenchement du processus de
codification européenne.....31**

TITRE I – Des conditions à réunir35

CHAPITRE I – Le facteur institutionnel : la dynamique propre de l'Union
européenne.....37

SECTION I- Le contexte général : le souci permanent d'intégration.....38

Paragraphe I - Une intégration structurelle.....39

A) Une construction européenne *sui generis*.....40

B) Un système politique inachevé.....43

Paragraphe II - Une intégration normative.....47

A) La primauté et l'effet direct du droit communautaire.....48

1) La primauté du droit communautaire.....48

2) L'effet direct du droit communautaire.....51

B) L'effectivité des droits reconnus par le droit communautaire.....52

1) Le contrôle opéré par le juge national.....52

2) Les sanctions.....54

SECTION II - Le contexte technique : la géométrie variable de l'intégration normative.....	56
Paragraphe I - Le choix du mode adéquat de rapprochement des législations civiles.....	57
A) La diversité des modes de rapprochement.....	58
1) Unification et uniformisation.....	58
2) Harmonisation et coordination.....	60
B) Les critères du choix.....	62
Paragraphe II - La position des institutions communautaires.....	65
A) La position du Parlement Européen quant au <i>modus operandi</i>	65
B) La position de la Commission européenne.....	69
1) Une action limitée au seul droit des contrats.....	70
2) Une action limitée à un instrument optionnel.....	72
C) La position des autres institutions communautaires.....	76
1) La position du Conseil de l'Union.....	76
2) La position du Comité économique et social.....	77
Conclusion du CHAPITRE I	79
CHAPITRE II – Le facteur matériel : l'émergence d'un droit civil européen.....	81
SECTION I - La redécouverte d'un droit commun européen.....	82
Paragraphe I - La levée des obstacles à la renaissance d'un droit commun européen.....	83
A) La conciliation des spécificités culturelles.....	84
B) La conciliation des traditions juridiques.....	86
1) Des traditions juridiques <i>a priori</i> opposées.....	87
2) Des traditions juridiques en réalité convergentes.....	91
Paragraphe II - Les méthodes de rétablissement d'un droit commun européen.....	95
A) L'approche historique de la notion de droit commun européen.....	95
1) La définition du <i>jus commune</i>	96
2) La méthode du <i>jus commune</i>	98

B) L'approche contemporaine de la notion de droit commun européen.....	99
1) La définition contemporaine.....	100
2) Le recours à la science comparée : la méthode comparative	103
SECTION II - L'étendue du droit commun européen.....	108
Paragraphe I - Un cantonnement à la matière civile : l'eupéanisation croissante des droits civils des Etats membres.....	108
A) La communautarisation des droits civils des Etats membres.....	109
1) La communautarisation directe	110
a) La communautarisation directe conduisant à l'unification	110
b) La communautarisation directe conduisant à l'harmonisation.....	112
2) La communautarisation indirecte.....	114
B) La fondamentalisation des droits civils des Etats membres.....	118
1) Le contrôle opéré par le juge national.....	120
2) Le contrôle opéré par les juges européens.....	123
a) Le contrôle opéré par la Cour européenne des droits de l'Homme.....	123
b) Le contrôle opéré par la Cour de Justice des Communautés européennes.....	129
Paragraphe II – Les contours de la matière civile : le périmètre du code civil européen.....	133
A) L'approche prévalant au sein de l'Union européenne.....	134
1) La pluralité de définitions données par les Etats membres.....	135
2) La définition retenue par les instances communautaires.....	137
B) La tendance ressortant des projets de codification	141
1) La limitation du projet de codification au droit des obligations et des contrats.....	141
2) La nécessaire extension au droit des personnes et de la famille.....	145
Conclusion du CHAPITRE II	149
Conclusion du TITRE PREMIER.....	151

TITRE II – Des obstacles à surmonter.....	153
CHAPITRE I – Les obstacles extrinsèques.....	155
SECTION I - Les difficultés générales inhérentes au caractère international du projet.....	156
Paragraphe I - Le multilinguisme.....	156
A) Les problèmes engendrés par le multilinguisme.....	157
1) La réalité du multilinguisme au sein de l'Union européenne.....	157
2) La diversité linguistique, entrave au Code civil européen.....	160
B) Les remèdes envisagés.....	162
1) L'usage d'une langue unique.....	162
2) Les enseignements tirés du bijuridisme québécois.....	164
Paragraphe II - L'élargissement de l'Union européenne.....	168
A) Les élargissements prévus.....	168
B) Les conséquences sur l'entreprise de codification.....	171
Paragraphe III - Les coûts.....	173
A) Le coût scientifique.....	173
1) L'élaboration du code par des initiatives privées.....	173
2) La création d'un Institut fédérateur d'une doctrine européenne émergente.....	176
B) Le coût financier.....	178
1) Le coût lié à l'élaboration du code.....	178
2) Le coût lié à la mise en application du code.....	179
SECTION II- Les difficultés spéciales liées à la superposition et à la coexistence des ordres juridiques.....	181
Paragraphe I- Les problèmes inhérents à la superposition des ordres juridiques nationaux et de l'ordre juridique communautaire.....	182

A) La détermination des critères d'applicabilité du code civil européen	183
B) La détermination des juges en charge du code civil européen.....	187
1) La compétence pour l'interprétation et l'application du Code civil européen....	188
a) La nécessaire unité dans l'interprétation et l'application du code	188
b) Les écueils de l'unité d'interprétation et d'application du code	191
2) La compétence pour la sanction du Code civil européen.....	194
 Paragraphe II - Les problèmes inhérents à la coexistence de l'ordre juridique communautaire et de l'ordre international	196
A) Les difficultés liées à la coexistence des deux « <i>ordres juridiques</i> » européens.....	197
1) Les conflits entre code civil européen et ordre public européen humaniste.....	197
2) Vers une résolution de tels conflits.....	199
B) Les interférences entre droit communautaire et droit international.....	201
 Conclusion du CHAPITRE I	205
 CHAPITRE II – Les obstacles intrinsèques.....	207
 SECTION I- Les difficultés inhérentes à la base juridique de la codification.....	209
 Paragraphe I - Le fondement textuel avancé par les institutions communautaires : les articles 94 et 95 CE	210
A) Les principes régissant la base légale proposée.....	211
B) La fragilité de la base légale proposée.....	216
 Paragraphe II- La recherche d'un fondement textuel alternatif.....	221
A) Les propositions doctrinales.....	222
1) Les bases juridiques écartées.....	222
a) L'article 65 CE.....	223
b) L'article 308 CE.....	225
2) La base juridique privilégiée	227

B) Les propositions en marge de la doctrine.....	230
1) Le recours à la coopération renforcée : les articles 11 et 11A du Traité CE.....	231
2) La citoyenneté européenne : les articles 17 et 18 CE.....	234
SECTION II- Les difficultés inhérentes à la technique de codification.....	236
Paragraphe I - Les effets endogènes.....	238
A) L'effet de contenu.....	238
1) La dimension symbolique du code.....	238
2) La dimension politique du code.....	240
B) L'effet de complétude.....	242
Paragraphe II - Les effets exogènes.....	243
A) L'effet de rupture.....	244
B) L'effet de cristallisation.....	245
1) La pétrification du droit codifié.....	246
2) Le risque d'une « décodification ».....	248
Conclusion du CHAPITRE II	251
Conclusion du TITRE II	253
Conclusion de la PREMIERE PARTIE	255
 Seconde Partie : La réalisation du processus de codification européenne.....	 257
 TITRE I – La maîtrise de l'objet : l'action de codifier à l'épreuve du droit européen.....	 261

CHAPITRE I – L’action de codifier soumise à un renouvellement conceptuel..	
.....	265
SECTION I - La diversité des modèles de codification.....	266
Paragraphe I - La codification d’envergure nationale : l’exemple français.....	267
A) Le modèle napoléonien.....	268
1) Une codification unificatrice et réformatrice	269
2) Une codification entre systématisation et rationalisation.....	271
B) Le modèle de codification à droit constant.....	274
1) Les principes directeurs de la codification à droit constant.....	275
2) La réalité de la codification à droit constant.....	278
Paragraphe II - La codification d’envergure internationale.....	282
A) La codification du droit international.....	283
1) La conception internationale de la codification.....	283
2) La codification du droit applicable aux rapports internationaux : le cas du droit international privé.....	286
B) La codification communautaire.....	288
1) La définition de la codification communautaire.....	289
2) Les écueils de la codification communautaire.....	292
SECTION II - La nécessité d’une dynamique propre à la codification européenne.....	294
Paragraphe I - Le besoin codificateur au sein de l’Union européenne.....	296
Paragraphe II - Pour une codification adaptée au paysage européen : une codification harmonisatrice.....	299
Conclusion du CHAPITRE I.....	303
CHAPITRE II – L’action de codifier soumise à un renouvellement substantiel.....	305

SECTION I - La formulation des règles codifiées.....	306
Paragraphe I - Un code de principes, réducteur de la complexité.....	307
A) Le rejet d'un code pléthorique.....	308
1) Les arguments en faveur d'un code détaillé.....	308
2) Les arguments contre un code détaillé.....	310
B) La nécessité d'un code synthétique.....	312
1) Les arguments contre un code de principes.....	312
2) Le sens d'un code de principes.....	314
Paragraphe II - Un code « à texture ouverte », respectueux de la diversité.....	317
A) La multiplicité des normes « à texture ouverte ».....	318
1) Les normes à texture ouverte au sein des codes civils nationaux.....	319
2) Les normes à texture ouverte au sein des projets européens.....	323
B) L'adaptabilité des normes « à texture ouverte ».....	326
1) Les aspects positifs de l'adaptabilité.....	327
2) Les aspects négatifs de l'adaptabilité.....	329
SECTION II - L'effectivité des règles codifiées.....	331
Paragraphe I - Le support matériel : code papier ou cybercode.....	332
Paragraphe II - La force contraignante du code : code optionnel ou code imposé.....	334
Conclusion du CHAPITRE II	337
Conclusion du TITRE PREMIER	339

Titre II – La maîtrise des effets : la fonction subversive d’un code civil européen.....	341
CHAPITRE I – Les effets suscités par la perspective d’un Code civil européen.....	343
Section I – L’influence normative : le mouvement français de « recodification » du droit civil.....	344
648	
Paragraphe I - Le code civil européen, cause directe de la recodification.....	345
A) La genèse du projet Catala.....	346
1) Une réforme annoncée.....	346
2) Une réforme provoquée.....	348
B) Le bilan du projet Catala.....	351
1) Les avancées	352
2) Les résistances	354
Paragraphe II - Le Code civil européen, cause indirecte de la recodification	358
A) En droit des sûretés et des biens.....	359
1) La réforme du droit des sûretés.....	360
2) La réforme du droit des biens.....	362
B) En droit des personnes et de la famille.....	364
1) Les aspects patrimoniaux.....	365
2) Les aspects extrapatrimoniaux.....	367
SECTION II – L’influence doctrinale : la mobilisation internationale des juristes.....	370
Paragraphe I - Le code civil européen, utopie critiquable.....	371
Paragraphe II - Le code civil européen, utopie créatrice.....	374
Conclusion du CHAPITRE I	379

CHAPITRE II – Les effets découlant de l’adoption d’un Code civil européen : l’exemple du droit international privé.....	381
Section I - Une concurrence déloyale faite au droit international privé.....	383
Paragraphe I - Une concurrence déloyale faite au droit international privé communautaire.....	384
A) Le développement croissant du droit international privé communautaire.....	384
1) L’application de la logique communautaire au droit international privé.....	384
2) Des règles communautaires de conflit empreintes d’unilatéralisme.....	388
B) La disparition progressive du droit international privé communautaire	392
Paragraphe II - Une concurrence déloyale faite au droit international privé classique.....	395
A) Un rétrécissement du droit international privé classique opéré par les autorités communautaires.....	395
B) Un rétrécissement du droit international privé classique opéré par les autorités nationales	400
SECTION II - Une préservation de l’intérêt du droit international privé.....	404
Paragraphe I - La persistance indispensable du droit international privé.....	404
A) L’absence de complétude des règles matérielles.....	405
B) La complémentarité des règles matérielles et conflictuelles.....	407
Paragraphe II - Les apports potentiels du droit international privé.....	409
A) Quant à la nature du conflit communautaire.....	409
B) Quant à la qualification de la situation communautaire.....	411
Conclusion du CHAPITRE II	415
Conclusion du TITRE SECOND.....	417
Conclusion de la SECONDE PARTIE	419

CONCLUSION GENERALE.....	421
BIBLIOGRAPHIE.....	425
INDEX.....	483

