

# **UNIFORM LAW REVIEW**

# **REVUE DE DROIT UNIFORME**

**NS - Vol. XIII**

**2008-1/2**

*Actes du Colloque sur "L'harmonisation du droit  
OHADA des contrats" tenu à Ouagadougou  
(Burkina Faso) du 15 au 17 novembre 2007*

---

**Nouvelles tendances en droit des  
obligations – Quel droit s'applique ?**

**Eleanor CASHIN RITAINE**

---

*Tiré à part*

## Nouvelles tendances en droit des obligations – Quel droit s’applique ?

*Eleanor Cashin Ritaine* \*

### INTRODUCTION

Parler de nouvelles tendances en droit des obligations pour déterminer le droit applicable à une relation contractuelle<sup>1</sup> est un défi. Tel un commentateur de la nouvelle mode saisonnière, il s’agit d’observer un phénomène, de l’analyser et d’en tirer des conclusions, voire des projections, pour l’avenir. Or tout phénomène de mode s’exprime différemment selon l’endroit où il est dévoilé<sup>2</sup>, et surtout son impact est différent selon que l’on soit à Paris, à Milan, à New York, sur la Grande Muraille de Chine<sup>3</sup> ou à Ouagadougou. Peut-on dire la même chose des tendances en droit des obligations ? Doit-on considérer que ces tendances seront nécessairement confinées à un espace géographique déterminé, selon un modèle juridique étatique, ou est-il concevable d’imaginer que ces tendances suivront l’actuel phénomène de globalisation générale ?

\* Directrice, Institut suisse de droit comparé (Lausanne, Suisse).

Rapport présenté au Colloque sur “L’harmonisation du droit OHADA des contrats” tenu à Ouagadougou (Burkina Faso) du 15 au 17 novembre 2007, ayant notamment pour objet, la discussion de l’avant-projet d’Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats (2005) élaboré par UNIDROIT à la demande de l’OHADA. Ce texte, ainsi que la *Note explicative* y relative rédigée par le Professeur Marcel FONTAINE sont accessibles sur le site Internet d’UNIDROIT (<<http://www.unidroit.org>>) et sont reproduits en annexe au présent volume.

<sup>1</sup> L’ensemble des développements ci-après se limite exclusivement aux obligations contractuelles et n’abordera pas la problématique spécifique des obligations délictuelles ni des obligations issues de relations quasi-contractuelles.

<sup>2</sup> Simplement parce que les attentes des spectateurs diffèrent tenant notamment à des expériences personnelles, culturelles, historiques et sociologiques différentes.

<sup>3</sup> L’évènement le plus marquant de la mode en 2007 fut certainement la présentation le 19 octobre 2007 de la collection de prêt-à-porter printemps-été 2008 de la marque Fendi/Karl Lagerfeld sur la Grande Muraille de Chine qui tendait à rapprocher les modes occidentale et orientale.

En Europe, le concept de contrat connaît des variations significatives<sup>4</sup> selon que l'on se trouve en pays de *common law*<sup>5</sup>, en pays de droit civil romaniste (Code Napoléon)<sup>6</sup> ou en pays de droit civil germanique<sup>7</sup>. L'obligation contractuelle s'en trouve affectée intrinsèquement, en tout cas dans son mode de formation<sup>8</sup>. Il ne s'agit pas d'analyser et de commenter ici ces différences, mais plutôt d'essayer de dégager des tendances communes à un droit des obligations considéré de façon "apatride", pour ainsi lui conférer une sorte de *passport Nansen* et garantir "sa" liberté de circulation transfrontière, tel un droit uniforme.

Si l'on considère que le droit des obligations est une forme "d'algèbre du droit"<sup>9</sup> qui, semblable à tout instrument de nature mathématique et technique, se doit d'être universel<sup>10</sup>, il est alors difficile de parler de "mode" parisienne ou milanaise. Les tendances que nous devons découvrir sont ainsi, par hypothèse, partagées par plusieurs systèmes juridiques.

Pour parvenir à cette nécessaire universalité, détachons nous alors des droits nationaux et observons la scène de loin, au travers des lunettes du

4 Michele GRAZIADEI, "Variations on the Concept of Contract in a European Perspective : Some Unresolved Issues", in : Reiner Schulze (Ed.), *New Features in Contract Law*, Sellier (2007), 311-324 (spéc. 314-317), qui distingue le contrat en tant qu'acceptation volontaire d'une obligation (droits allemand et écossais), le contrat en tant que transaction à titre onéreux fondée sur la *consideration* (droits anglais et irlandais) et le contrat en tant qu'acceptation d'une obligation fondée sur une *cause* suffisante (droits français et italien).

5 Konrad ZWEIGERT / Hein KÖTZ / Tony WEIR (translation), *Introduction to Comparative Law*, Clarendon Press, Oxford (1992), 187 et suiv.

6 *Ibid.* 76.

7 *Ibid.* 138.

8 Toutefois peut-être pas dans ses effets. Le champ de cette étude ne permet néanmoins pas d'étudier plus en avant cette question des effets des obligations contractuelles selon leur mode de formation.

9 Pour une prétention similaire à propos de la comptabilité : D. LEDOUBLE, "La comptabilité est-elle encore l'algèbre du droit ?", *Revue française de Comptabilité* (2005), n° 380, 18-21.

10 Même si dans son contenu, il serait présomptueux de prétendre à une universalité du phénomène juridique. Il ne s'agit ici que de discuter de mécanismes et non de règles concrètes, qui relèvent de la seule compétence étatique et qui sont aujourd'hui strictement nationales. Présentant une méthodologie d'"approche horizontale" proposant des réponses aux problèmes concrets qui se posent dans un cas déterminé : Urs PORTMANN, "Les contrats internationaux – techniques et défis d'une harmonisation internationale", in : Ch. Chappuis / B. Foëx / T. Kadner Graziano, *L'harmonisation internationale du droit*, Coll. 3e cycle de droit, Schulthess (2007), 191-207 (200).

comparatiste<sup>11</sup>. L'analyse sera (peut-être) moins précise, mais l'impression générale plus juste, car une mode ou une simple tendance, ne peut être observée que de façon globale et holistique.

De manière grossière, ce qui frappe de prime abord l'observateur, c'est l'apparition de nouvelles sources en droit des obligations, le plus souvent sur le plan international. En effet, les praticiens soutenus par les universitaires, et parfois même par les pouvoirs publics ont développé de nouveaux instruments non contraignants, une "*soft law*" des obligations, en droit (interne et international) des obligations (I). Parallèlement, les sources nationales changent de nature, conduisant à une transformation du droit interne, bouleversant ainsi la "*hard law*", des obligations (II). Enfin, l'évolution européenne du droit international *stricto sensu* au travers l'adoption des règlements Rome I et Rome II consacre un "mariage platonique" inévitable de la *soft* et de la *hard law* (III).

#### I. – LES NOUVELLES SOURCES INTERNES ET INTERNATIONALES EN DROIT DES OBLIGATIONS

De nouvelles sources en droit des obligations apparaissent tant comme *hard* et comme *soft law* (A), dans un contexte de compétition et de convergence internationale du droit des obligations (B).

##### A. Le droit des obligations entre *hard law* et *soft law*

Ce qu'il est convenu d'appeler la "*hard law*" constitue le noyau dur du droit<sup>12</sup> puisque celle-ci fixe les normes juridiques qui établissent les règles de conduite pouvant être imposées par une autorité publique<sup>13</sup>. De telles règles

<sup>11</sup> Ayant une approche similaire : Reiner SCHULZE, "The New Challenges in Contract Law", in : Schulze (Ed.), *supra* note 4, 3-21.

<sup>12</sup> Cette distinction entre *hard* et *soft law* n'est pas universelle. Par exemple, selon le professeur Harro VON SENER (*Einführung in das Recht der Volksrepublik China*, Conférence juin 2004), en droit chinois, la "*hard law*" constitue le droit intransigeant qui protège les intérêts du parti communiste chinois alors que le *soft law* représente le droit qui ne concerne pas le Parti communiste chinois et qui est appliqué plus souplement tels les droits de l'adoption ou de la circulation routière.

<sup>13</sup> Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Capitant, PUF (2002), 752 : "La règle de droit désigne toute norme juridiquement obligatoire (normalement assortie de la contrainte étatique), quels que soient sa source (règle légale, coutumière), son degré de généralité (règle générale, spéciale), sa portée (règle absolue, rigide, souple, etc.)" ; Raymond GUILLIEN / Jean VINCENT, *Termes juridiques* (dir. Serge Guinchard), 10<sup>e</sup> éd., Dalloz (1995) : la règle de droit ou règle juridique est "une règle de conduite dans les rapports sociaux, générale, abstraite et

juridiques sont formulées de manière générale et sont obligatoires, c'est-à-dire elles ne visent pas un individu en particulier et elles sont sanctionnées par l'autorité publique<sup>14</sup>.

L'obligation civile *stricto sensu* représente un lien de droit (*vinculum juris*) entre un débiteur et un créancier, en vertu duquel le créancier peut contraindre le débiteur à exécuter une prestation<sup>15</sup>. A ce titre, l'obligation a une portée relative et n'a donc, en principe, d'effets qu'entre les parties contractantes<sup>16</sup>. Il s'agit d'une relation de droit privé à laquelle l'autorité étatique assure et garantit l'efficacité juridique<sup>17</sup>.

obligatoire, dont la sanction est assurée par la puissance publique"; Peter MANKOWSKI, "Stillschweigendes Rechtswahl und wählbares Recht", in : Leible (Hrsg.), *Das Grünbuch zum Internationalen Vertragsrecht*, Sellier, München (2004), 63-107 (86-87 et 94-95).

<sup>14</sup> Il convient néanmoins de souligner que si cette conception de la règle de droit est généralement partagée dans les pays de tradition judéo-chrétienne, d'autres sociétés peuvent avoir une approche très différente de la règle de droit et par là même de l'obligation. En Chine, par exemple, dans les années 1970, les études juridiques étaient quasi inexistantes et perçues comme inutiles (voir à cet égard, VON SENGER, *supra* note 12). Néanmoins, les Principes Généraux de Droit Civil de la République Populaire de Chine adoptés le 12 avril 1986 et entrés en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1987 reconnaissent désormais la notion d'obligation comme une relation spécifique [*special relationship*] entre un débiteur et un créancier (art. 84), inaugurant ainsi une renaissance de l'utilisation de contrats en Chine et s'alignant sur une conception de l'obligation similaire à celle des pays de droit civil (particulièrement le droit allemand). Cette nouvelle approche a été confirmée dans la Loi chinoise sur les Contrats du 15 mars 1999, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 1999. Voir à cet égard, MO ZHANG, *Chinese Contract Law*, Martinus Nijhoff Publishers (2006), 70 et suiv. – Utilisant, de façon surprenante, les critères de "cohérence et de densité normative" pour qualifier certains instruments d'unification de "droit" : PORTMANN, *supra* note 10, 191-207 (195).

<sup>15</sup> F. TERRE/PH. SIMLER/Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 9<sup>e</sup> éd., Dalloz (2005), 1, n° 2.

<sup>16</sup> Hormis, l'application du principe général d'opposabilité des droits subjectifs. Voir par exemple, pour la Belgique, S. STIJNS, "Les contrats et les tiers", in : P. Wéry (Ed.), *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil* (2004), 189-239 (spéc. 196, 205). – Egalement, Eleanor CASHIN RITAINE, "Obligatory and Proprietary Rights: Where to Draw the Dividing Line – If at all?", in : *Rules on the Transfer of Movable – A Candidate for European Harmonisation or National Reforms ?*, Wolfgang Faber / Brigitta Lurger (Eds.), Sellier (2008), 175-196.

<sup>17</sup> La merveilleuse formule de l'art. 1134 al. 1<sup>er</sup> du Code civil français illustre très bien ce fait : "Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites". Remarquons toutefois, que le Code français évoque la notion de convention tandis que l'art. 241 du BGB, se réfère au concept d'obligation. La terminologie n'est ainsi pas uniforme. Notons également que, si en général, une obligation exprime juridiquement une relation économique entre deux ou plusieurs personnes, certains droits n'en tirent pas toutes les conséquences. Ainsi, en droit danois, l'obligation ne se fonde pas sur l'intention du débiteur d'être juridiquement lié mais sur ce que le créancier peut raisonnablement espérer eu égard aux circonstances sociales, économiques ou commerciales. Sur cette question, P. MØGELVANG-HANSEN, "Contracts and Sales in Denmark", in : Dahl / Melchior / Tamm (Eds.), *Danish Law in a European Perspective*, Thomson Publishers Copenhagen, 2<sup>nd</sup> ed. (2002), 237-276 (239).

Ces dernières années, de nombreuses codifications étatiques sont intervenues dans le domaine du droit des obligations<sup>18</sup>, notamment pour adapter, en Europe, les droits nationaux aux évolutions européennes<sup>19</sup>. Citons ainsi, pêle-mêle, la codification néerlandaise de 1992<sup>20</sup>, la révision allemande du droit des obligations en 2001<sup>21</sup>, la réforme dite “Catala” en France en 2006<sup>22</sup>. La liste s’allonge si l’on y ajoute toutes les codifications récentes intervenues, ou en cours d’élaboration en Europe de l’Est, suite à l’adhésion d’un certain nombre d’Etats à l’Union Européenne<sup>23</sup>. Plus loin de nous encore, la Chine a adopté le 15 mars 1999 un nouveau droit des contrats<sup>24</sup>. Une tendance forte de ces dernières années est ainsi un développement et un

18 Voir en particulier, A. Harmathy / A. Németh (Eds.), *Questions of Civil Law Codification*, Budapest (1990).

19 Sous l’influence notamment des directives intervenues en droit européen de la consommation, voir Geraint HOWELLS, “Consumer Concepts for a European Code?”, in : Schulze (Ed.), *New Features in Contract Law*, *supra* note 4, 119-135.

20 A. HARTKAMP, “International Unification and National Re-codification of Civil Law: the Dutch Experience”, in : Harmathy / Németh (Eds.), *supra* note 18, 67-73. – A. HARTKAMP, “Civil Code Revision in the Netherlands: a Survey of its System and Contents, and its Influence on Dutch Legal Practice”, *Louisiana Law Review* (1974-1975), 1059-1090. – Jean-François GERKENS, *Droit privé comparé*, Larcier (2007), 171 et suiv. – Ewoud HONDIUS, “Les bases doctrinales du nouveau Code néerlandais”, in : *Traditions savantes et codifications*, C. Ophèle / Ph. Rémy (Eds.), LGDJ (2007), 257-272.

21 *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*, 26 November 2001 (BGBl. I 3138). – Ole LANDO, “Das neue Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs und die Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts”, *RebelsZ.* (2003), 231-245. – Eva LEIN, “La portée pratique des Principes UNIDROIT : une perspective allemande”, in : Cashin Ritaine / Lein (Eds.), *The UNIDROIT Principles 2004, Their Impact on Contractual Practice, Jurisprudence and Codification*, Publications de l’Institut suisse de droit comparé 56 (2007), 169-188.

22 Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription. [rédigé par] Pierre Catala du 22 septembre 2005 ; Ministère de la Justice, Paris : *La documentation française*, <<http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/054000622/0000.pdf>> ; également : *Revue des contrats* (janvier 2007), n° 1. – Konstanze BRIESKORN, “L’influence du processus d’harmonisation du droit privé sur les droits nationaux – les exemples allemand et français”, in : Chappuis / Foëx / Kadner Graziano, *supra* note 10, 103-123 (spéc. 113-114).

23 On peut ainsi évoquer, les réformes lithuaniennes, Tadas ZUKAS, “Reception of the UNIDROIT Principles of International Contracts and the Principles of European Contract Law in Lithuania”, in : Cashin Ritaine / Lein (Eds.), *supra* note 21, 231-243. – Voir également les réformes en Russie : J. SKALA, “The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: a Russian Perspective”, in : Cashin Ritaine / Lein (Eds.), *supra* note 21, 119-133. – Attila HARMATHY, “General Problems of Civil Law Codification in the Law of CMEA Countries”, in : Harmathy / Németh (Eds.), *supra* note 18, 52.

24 J. XI, “The Impact of the UNIDROIT Principles on Chinese Legislation”, in : Cashin Ritaine / Lein (Eds.), *supra* note 21, 107-118.

renouveau formidable du droit des obligations soutenus par des analyses de droit comparé.

Le *développement* du droit des obligations se retrouve particulièrement dans les pays de l'ex bloc soviétique où la notion même d'obligation de droit privé était inexistante (ou plus exactement latente) avant la chute du mur de Berlin. Parallèlement, on assiste dans les pays européens à un *renouveau* du droit des obligations suite à la prise en compte de sources anciennes longtemps oubliées, tel que, par exemple, le développement considérable des quasi contrats "à la manière d'Ulpian" en France ou la rénovation des textes du BGB sous l'influence de la jurisprudence. Ce renouveau était d'autant le bienvenu que le droit des obligations était resté figé suite aux codifications européennes du XIX<sup>e</sup> siècle et très rarement remis au goût du jour par des législateurs souvent convaincus que la liberté contractuelle conférée aux parties suffisait à assurer la justice sociale<sup>25</sup>.

Toutefois, cette force obligatoire de la norme juridique étatique assortie de la sanction par une autorité publique peut être contreproductive dans certains domaines, et notamment dans la pratique des affaires où une grande marge de manœuvre des individus est souhaitable. Ainsi, le droit étatique ne répond pas nécessairement aux besoins particuliers de certains groupes d'individus qui souhaitent adopter, de leur côté, des normes adaptées à ces besoins spécifiques.

D'autres mécanismes de régulation de la conduite sociale sont alors apparus désignés généralement sous la dénomination de "droit mou" ou "*soft law*". Cette *soft law* est multiforme, et à contenu variable, allant de l'expression de devoirs moraux, comprenant une sanction disciplinaire dans des codes d'éthique sectoriels<sup>26</sup>, à la rédaction de véritables codes privés<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> Voir, par exemple, la fameuse formule de FOUILLÉE : "Qui dit contractuel, dit juste". (Alfred FOUILLÉE, *La science sociale contemporaine*, Hachette (1880), 410. – Sur le parcours de cette citation : Louise ROLLAND, " 'Qui dit contractuel, dit juste' (Fouillée) ... en trois petits bonds, à reculons", communication faite au IX<sup>e</sup> Congrès de l'Association internationale de méthodologie juridique (Tunis, nov. 2005) : *Les principes généraux de droit*. – Jean-Fabien SPITZ, " 'Qui dit contractuel dit juste' : quelques remarques sur une formule d'Alfred Fouillée", RTD civ. 2007, 281. – Voir également la théorie économique libérale de l'économiste écossais Adam SMITH, *The Wealth of Nations* (1776).

<sup>26</sup> Notamment dans les domaines médicaux et bancaires : par exemple : *Agreement on the Swiss banks' code of conduct with regard to the exercise of due diligence* (2003), *Guidelines on the handling of dormant accounts, custody accounts and safe-deposit boxes held in Swiss banks* (2000). – *Finnish Bankers' Association Code of Ethics* (7 Sept. 2004) <[http://www.pankkiyhdistys.fi/sisalto\\_eng/upload/pdf/goodbanking.pdf](http://www.pankkiyhdistys.fi/sisalto_eng/upload/pdf/goodbanking.pdf)>.

<sup>27</sup> La notion de code privé doit être comprise ici comme un dispositif cohérent de règles

Leurs dénominations, généralement en langue anglaise, traduisent cette diversité : *blue laws*<sup>28</sup>, *ethical codes*, *guidelines*, *best practices*, *principles*, *standard terms*, *model rules* ...

Quand il s'agit de codes d'éthique, cette *soft law* ou "quasi législation" exprime le plus souvent une préférence de conduite d'ordre moral et non pas une obligation. Fréquemment, d'ailleurs, la violation de cette règle d'ordre moral n'emporte aucune sanction juridique, mais simplement la réprobation sociale<sup>29</sup>. Ce type de codes est de plus en plus fréquent dans les milieux d'affaires et particulièrement dans le secteur bancaire<sup>30</sup>. Il s'agit ainsi de garantir à la fois la probité des acteurs impliqués<sup>31</sup>, mais également de promouvoir dans les grands projets d'investissement des comportements tendant notamment à la protection de l'environnement<sup>32</sup>, des droits des

émanant soit d'une autorité non étatique ou soit n'ayant aucun effet sanctionné juridiquement par une autorité étatique. – Voir également Micaela VAERINI JENSEN, "L'harmonisation de la mise en œuvre étatique des dispositions du traité CE à travers le *soft law*", in : Chappuis / Foëx / Kadner Graziano, *supra* note 10, 23-44 qui se concentre essentiellement sur "les moyens souples" employés dans l'Union européenne pour appliquer le droit communautaire.

<sup>28</sup> Ces normes sont de nature très variée. Par exemple les "*blue laws*" qui existent en Amérique du Nord et au Canada, désignent des législations ayant pour objectif de renforcer les standards moraux, tels le maintien du dimanche en tant que journée de prière ou de repos. Par voie de conséquence, la vente de boissons alcoolisées, voire tout commerce, est interdite dans certaines localités. (Voir Cour suprême des Etats Unis in *McGowan v. Maryland*, 366 U.S. 420 (1961).

<sup>29</sup> Voir à cet égard, Eleanor CASHIN RITAINE, "Regulating the Banking Activity by Ethical Codes – a Comparative Overview", Conférence at the symposium on "*Ethical Codes' Contribution to Regulating Financial markets'*", Tel Aviv (Israël), 30 May 2007, organisé par The Jerusalem Centre for Ethics and Netanya Academic College (The Centre for Banking Law). Publié (en Hébreu) in *The Israeli Quarterly Banking Review* N° 161, Vol. XXXI (July 2007), 86-96. Une version anglaise existe à <[www.isdc.ch](http://www.isdc.ch)> (*Etudes Suisses de Droit Comparé* 2007).

<sup>30</sup> Par exemple, le Code UBS de "*Business Conduct and Ethics*". – Dans les milieux bancaires et fiduciaires, la violation de règles d'éthique est toutefois souvent sanctionnée disciplinairement alors que dans les investissements internationaux, la sanction est d'ordre commercial se traduisant par une publicité négative assortie ou non d'un boycott, telle la campagne des Organisations Non Gouvernementales (*Rainforest Action Network*: <<http://ran.org/>>) contre les banques.

<sup>31</sup> Le Code d'éthique professionnelle (*Code of Professional Ethics*) de la Banque mondiale est centré sur les relations entre employés (traitement juste et respectueux des collègues, équilibre entre la vie familiale et la vie professionnelle) et régit particulièrement les conflits d'intérêts (cadeaux, emploi et promotion de membres de la famille).

<sup>32</sup> Ainsi, les Principes Equateur (*Equator Principles*: <<http://www.equator-principles.com/>>) réunissent 41 institutions financières qui ont accepté d'incorporer des préoccupations d'ordre social et environnemental dans leurs procédures internes d'évaluation du risque crédit et d'exiger des emprunteurs le respect de standards relatifs à des conditions de travail, de la biodiversité et du développement durable.

travailleurs<sup>33</sup> et des droits des enfants<sup>34</sup>. Toutefois, ces codes d'éthique ne constituent pas des obligations civiles au sens strict.

A l'inverse, quand cette *soft law* constitue une codification privée de normes, principes ou autres règles modèles, l'impact est différent. Il s'agit alors pour leurs rédacteurs<sup>35</sup> de combler une lacune législative, essentiellement sur le plan international, et de proposer une nouvelle approche pragmatique à une situation juridique. Le champ d'action de ces codifications privées est ainsi le droit des contrats et plus précisément le droit des obligations.

Dans ce domaine, on assiste ces dernières années à une multiplication importante des instruments proposés<sup>36</sup>. Tantôt couvrant les mêmes matières, tantôt se différenciant par leur champ d'application géographique ou matériel, tous ont en commun la volonté de proposer un corps de règles utiles à la pratique et de promouvoir ainsi le développement des affaires.

Certains nous sont très familiers : sur le plan strictement européen, les *Principes du droit européen du contrat* (PECL)<sup>37</sup> et depuis peu, le *Projet de Cadre Commun de Référence* (*Draft Common Frame of Reference*)<sup>38</sup> ;

<sup>33</sup> Comme les Codes de bonnes pratiques pour les droits économiques de la population noire (*Codes of Good Practice for Broad-Based Black Economic Empowerment*) en Afrique du Sud. – Des normes internationales sur le développement durable d'ordre social et environnemental (*International Finance Corporation's Policy and Performance Standards on Social and Environmental Sustainability*).

<sup>34</sup> Par exemple, la Coalition financière de lutte contre la pornographie des enfants (*Financial Coalition Against Child Pornography – ICMEC*).

<sup>35</sup> Discutant leur légitimité, notamment démocratique, MANKOWSKI, *supra* note 12, 63-107 (95). – Egalement, Eva LEIN, "L'effet harmonisateur des Principes UNIDROIT et ses limites", in : Chappuis / Foëx / Kadner Graziano, *supra* note 10, 171-189 (175).

<sup>36</sup> Egalement, Simon JAMES, "Time to Slice and Dice in the Contractual Kitchen", in : Schulze (Ed.), *New Features in Contract Law*, *supra* note 4, 299-310.

<sup>37</sup> *Principes du droit européen du contrat*, version française préparée par Georges ROUHETTE, avec le concours de Isabelle DE LAMBERTERIE, Denis TALLON, Claude WITZ (*Droit privé comparé et européen*, dirigée par Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, Vol. 2), Société de législation comparée, Paris (2003). – La version originale : Ole Lando / Hugh Beale (Eds.), *The Principles of European Contract Law Parts I and II*, prepared by the Commission on European Contract Law, Kluwer Law International, The Hague (1999) – Ole Lando / Eric Clive / André Prüm / Reinhard Zimmermann (Eds.) *Principles of European Contract Law, Part III*, The Hague / London / Boston (2003).

<sup>38</sup> Ch. von Bar / E. Clive / H. Schulte-Nölke (Eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference* (Interim Outline Edition), Sellier (2008). – Voir A. FUCHS, "A Common Frame of Reference – How should it be filled ?", ERA Conference 3 April 2003, Panel discussion, ERA Forum 2/2003, 99. – Ch. VON BAR, "Working Together on a Common Frame of Reference", *Juridica international X* (2005), 17-26 (22-23), relevant une ressemblance avec les *Restatement* américains. – R. ZIMMERMANN, "Der Gemeinsame Referenzrahmen : ZEuP-Symposium in Graz", *ZEuP* 1 (2007), 109-111.

ailleurs, les *Restatements* américains<sup>39</sup> ; sur un plan mondial, les *Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international 2004*<sup>40</sup>. Aucun de ces instruments n'a, cependant, une force obligatoire complète, qui est réservée aux seules normes étatiques. Leur impact est ainsi différent et à géométrie variable.

La *soft law* a tout d'abord la nature d'une autorité persuasive (*persuasive authority*) auprès des praticiens et des législateurs. En effet, la prise en compte de la *soft law* par les praticiens n'est pas nouvelle<sup>41</sup>. Les hommes d'affaires ont élaboré la *lex mercatoria* et les usages de commerce<sup>42</sup>, leurs avocats ont posé les lignes directrices pour la rédaction des contrats internationaux, qui sont appliquées par les arbitres.

De façon similaire, la *soft law* a pu être utilisée en tant que modèle législatif<sup>43</sup>. Au Pays-Bas, on a pu constater la prise en considération, de façon incidente, lors de la rédaction du Code civil de 1992, des Principes d'UNIDROIT qui étaient alors encore en discussion<sup>44</sup>. Les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international 2004 ont, par ailleurs, eu une influence forte en Europe de l'Est<sup>45</sup>, plus mesurée en Allemagne<sup>46</sup>. Le même constat

<sup>39</sup> James GORDLEY, "European Codes and American Restatements: Some Difficulties", *Columbia Law Review*, Vol. 81, No. 1. (Jan. 1981), 140-157. – PORTMANN, *supra* note 10, 191-207 (193).

<sup>40</sup> UNIDROIT (Ed.), *Principes d'UNIDROIT relatifs aux Contrats du Commerce International 2004*. – Cashin Ritaine / Lein (Eds.), *supra* note 21.

<sup>41</sup> Voir notamment : Ole LANDO / Peter Arnt NIELSEN, "The Rome I Proposal", *Journal of Private International Law*, Vol. 3, N° 1 \*April (2007), 29-51 (30-34).

<sup>42</sup> Beaucoup a été écrit sur cette question, mais l'article fondateur vient de Berthold GOLDMAN, "La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage internationaux", *Journal du droit international* (1979), 1 et s. – Ole LANDO, "Some Features of The Law of Contract in the Third Millennium", *Scandinavian Studies in Law* (2000), 343-404 (369 n° 23 et suiv.).

<sup>43</sup> M.J. BONELL, "Towards a Legislative Codification of the UNIDROIT Principles", *Unif. L. Rev. / Rev. dr. unif.* (2007), 233-245, examinant comment les Principes d'UNIDROIT pourraient devenir du droit contraignant, tout en recommandant de conserver leur statut de droit mou.

<sup>44</sup> Bien que ces Principes n'avaient pas encore été adoptés à l'époque, ils étaient en cours d'élaboration et ont pu ainsi inspirer le législateur néerlandais. – Voir à ce titre, Arthur HARTKAMP, "The UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts and the New Netherlands Civil Code", *Liber amicorum C.J.H.B. Brunner, Kluwer* (1994), 127. – Un constat similaire peut être faite pour la loi chinoise sur les contrats du 15 mars 1999 : voir ZHANG, *supra* note 14, 70 et suiv.

<sup>45</sup> J. SKALA, "The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: a Russian Perspective", in : Cashin Ritaine / Lein (Eds.), *supra* note 21, 119-133.

<sup>46</sup> Eva LEIN, "La portée pratique des principes UNIDROIT : une perspective allemande", in : Cashin Ritaine / Lein (Eds.), *supra* note 21, 169-188. – LANDO, *supra* note 21, 231-245 (spéc. 234).

peut être fait pour les PECL 47.

On constate ainsi une croissance significative de la prise en considération de règles issues de la *soft law* dans le droit étatique des affaires. Ceci demeure toutefois insuffisant et parallèlement, de plus en plus d'opérateurs tentent de s'affranchir de ce droit étatique par le recours à l'arbitrage et l'application d'une *lex mercatoria* plus adaptée à leurs besoins.

Cette tendance à dé-judiciariser les rapports contractuels internationaux a eu comme corollaire inévitable une adaptation du droit étatique aux nouvelles contraintes internationales et aux nouveaux besoins des opérateurs 48.

Le droit étatique connaît dès lors une mutation dans le domaine du droit des obligations, puisque l'on assiste à un double phénomène contradictoire de compétition et de convergence du droit des obligations, particulièrement sur le plan européen.

## **B. Compétition et convergence internationale du droit des obligations**

Le phénomène de compétition entre ordres juridiques 49 a toujours existé, ne serait-ce que parce que le droit est une forme d'expression de la culture nationale 50. Quelques exemples pour s'en convaincre, si besoin est.

Le professeur français Philippe REMY 51 avait pu mesurer l'impact de la perspective d'un Code civil européen sur le droit français et plus particu-

47 LANDO, *supra* note 21, 231-245.

48 Cette adaptation se fait sur le plan international par l'adoption de règles de droit uniforme dans des traités internationaux. Nous n'aborderons pas cette question ici, mais un exposé fort documenté peut être trouvé dans l'article de MANKOWSKI, *supra* note 12, 63-107 (87-90).

49 Horatia MUIR WATT, "La concurrence entre systèmes juridiques", *La lettre de Prospective* (Sénat français), 24.5.2004, <<http://www.prospective.org>>.

50 Comp. Pierre LEGRAND, "La leçon d'Apollinaire", in : *Fragments on law-as-culture*, Pierre Legrand ; Schoordijk Institute, W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer (1999), 117-131 (spéc. 118) : "le droit s'inscrit infailliblement dans une langue, participe inévitablement d'une culture et relève inévitablement d'une tradition". – Egalement, Anne-Catherine HAHN, "The Harmonisation of European Private Law Systems and the Role of Comparative Law", *International Journal of Legal Information*, Vol. 2 (2002) 265-286 (spec. 277).

51 Philippe REMY, "Réviser le titre III du livre troisième du Code civil ?", *Revue des contrats*, Paris (2004), 1169. – Voir également Yves LEQUETTE, "Vers un Code Civil européen ?", in : *Le Code civil, Revue Pouvoirs*, Paris (2003), 97 (spéc. 104). – Denis TALLON, "L'avenir du Code en présence des projets d'unification européenne du droit civil", in : *1804-2004 Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, Paris (2004), 997. – Pour un résumé des discussions françaises : Konstanze BRIESKORN, "L'influence du processus d'harmonisation du droit privé sur les droits nationaux – les exemples allemand et français" in : Chappuis / Foëx / Kadner Graziano, *supra* note 10, 103-123 (spéc. 115-117).

lièrement par rapport au Code civil français et sa perte inévitable de prestige. Pour lui, il s'agissait de défendre un "Code comme symbole politique et affirmation du droit de l'Etat-Nation" et non d'adopter un "Code comme 'corps de lois civiles', livre exposant de façon ordonnée un système rationnel de droit civil".

Dans son introduction à l'édition 2002 du *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), le professeur allemand Stephan LORENZ<sup>52</sup> a souligné

"l'avantage de disposer, dans le contexte d'une concurrence entre ordres juridiques, [...] d'une codification claire du droit des obligations, qui permettra peut-être d'intégrer une partie de l'excellente dogmatique du droit allemand des obligations dans le futur droit civil européen et ainsi d'asseoir l'influence légitime du législateur allemand et de la science juridique allemande sur la conception du droit européen". Il conclut que "l'euro-compatibilité de ce Code est un pas vers l'unification du droit sur le plan européen".

Cette compétition entre ordres juridiques est apparue très clairement lors de la publication du *Rapport 2004 Doing Business* de la Banque mondiale, qui avait critiqué sans détour le droit civil européen dans son utilité pour les affaires par rapport au droit de la *common law*<sup>53</sup>.

Cette compétition s'exprime alors au travers de l'application de règles de conflit de lois qui, telle une gare ferroviaire de triage, orientent le plaideur vers tel ou tel ordre juridique, emportant en chemin des avantages juridiques différents selon la destination choisie<sup>54</sup>. Un ordre juridique établissant ainsi

---

<sup>52</sup> Stephan LORENZ, Einführung, Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), Beck (2002), 17 : "jedoch ist es sicher von Vorteil, im 'Wettbewerb der Rechtsordnungen' in Bezug auf ein zukünftiges Europäisches Zivilgesetzbuch eine moderne, klare Kodifikation des Schuldrechts zu haben, welche vielleicht geeignet ist, ein gutes Stück der vorzüglichen Dogmatik des deutschen Schuldrechts in ein künftiges Europäisches Zivilrecht zu transportieren und dem legitimen Einfluss des deutschen Gesetzgebers und der deutschen Rechtswissenschaft auf die Gestaltung des europäischen Rechts aufrechtzuerhalten". – Egalement, H. DAUBLER-GMELIN, "Die Entscheidung für die so genannte Große Lösung bei der Schuldrechtsreform", *Neue Juristische Wochenschrift* (2001), 2281. – Prônant, en revanche, une science juridique européenne qui soit une synthèse raisonnée de ce que les systèmes nationaux offrent, Mark VAN HOECKE, "L'idéologie d'un Code civil européen", in : *Le Code Napoléon, un ancêtre vénéré ? Mélanges offertes à Jacques Vanderlinden*, Bruylant, Bruxelles (2004), 467 (spéc. 493). – M. VAN HOECKE / F. OST, "Legal Doctrine in Crisis : Towards a European Legal Science", 18 *Legal Studies* (1998), 197-215.

<sup>53</sup> La réaction des juristes français fut particulièrement virulente : voir le communiqué de presse de l'association Henri Capitant du Mercredi 26 avril 2006, "Doing Business, le 'Da Vinci Code' du droit comparé ?", <<http://www.henricapitant.org/>> – Egalement, les publications de l'Association Capitant, *Les droits de tradition civiliste en question* (2006), vols. 1 et 2.

<sup>54</sup> Relevant par exemple, la neutralité du droit suisse : Stefan LEIBLE, "Rechtswahl", in :

des règles courtes de prescription<sup>55</sup>, un autre admettant de façon large le dommage par ricochet<sup>56</sup>, un troisième encore admettant l'imprévision<sup>57</sup>.

Cette situation n'était pas sans inquiéter la Commission européenne. Une communication de la Commission européenne en date du 12 février 2003<sup>58</sup> a posé comme objectif, la recherche d'un "cadre commun de références" afin "d'améliorer le fonctionnement du marché intérieur, en réduisant les frais de transaction et en améliorant la sécurité juridique"<sup>59</sup>. Le législateur européen a ainsi pris conscience que "des règles substantielles uniformes aboutissent à une meilleure prévisibilité que des règles uniformes de conflit de lois"<sup>60</sup>, même si aujourd'hui encore, la compétence communautaire dans ce domaine

Franco Ferrari / Stefan Leible (Hrsg.), *Ein neues Internationales Vertragsrecht für Europa – Der Vorschlag für eine neue Rom-I-Verordnung*, Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft (2007), 41-55 (48).

<sup>55</sup> Voir à cet égard, Pascal PICHONNAZ, "La prescription de l'action en dommages-intérêts : Un besoin de réforme", in : *Le temps dans la responsabilité civile : colloque du droit de la responsabilité civile 2005*, Université de Fribourg / Benoît Chappuis ... [et al.] (dir. Franz Werro), Stämpfli, Berne (2007), 71-106. – Reinhard ZIMMERMANN, *Comparative Foundations of a European Law of Set-off and Prescription*, Cambridge University Press (2002). – Daniel GIRSBERGER, *Verjährung und Verwirkung im internationalen Obligationenrecht*, Schulthess (1989).

<sup>56</sup> Filippo RANIERI, *Europäisches Obligationenrecht*, 2. Erw. Aufl. (2003), 597-636.

<sup>57</sup> LANDO, *supra* note 42, 395, n° 40. – Eleanor CASHIN RITAINE, "Imprévision, Hardship und Störung der Geschäftsgrundlage: *Pacta sunt servanda* und die Wege zur Anpassung des Vertrages im deutsch-französischen Rechtsverkehr", *Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler*, Richard Boorberg Verlag (2001), 85-103.

<sup>58</sup> *Un droit européen des contrats plus cohérent. Un plan d'action*, COM (2003) 68 final, JOCE C 63/01, 15 mars 2003, qui fait suite à une réflexion plus ancienne.

<sup>59</sup> N. REICH, "A Common Frame of Reference (CFR) – Ghost or Host for Integration?", ZERP-Diskussionspapier 7/2006, also at *Wisconsin International Law Journal* 24 (2006), 425. – D. STAUDENMAYER, "The Way Forward in European Contract Law", *European Review of Private Law* 2 (2005), 95-104. – Martijn HESSELINK, "The European Commission's Action Plan: Towards a More Coherent European Contract Law?", *European Review of Private Law* 4 (2004), 397-419. – M. SCHMIDT-KESSEL, "Auf dem Weg zum Gemeinsamen Referenzrahmen: Anmerkungen zur Mitteilung der Kommission vom 11. Oktober 2004", *GPR* (2005) 1/05, 2-8. – Voir aussi, note de la Présidence au Comité sur les questions de droit civil (Questions générales), Doc. 10235/07, 07.06.07, 3. – Egalement LANDO, *supra* note 42, 347 : "In Europe, the existing variety of contract laws is a non-tariff barrier to inter-Union trade."

<sup>60</sup> Ole LANDO, "Principles of European Contract Law and UNIDROIT Principles: Moving from Harmonisation to Unification", *Unif. L. Rev. / Rev. dr. unif.* (2003), 123-133 (127) – traduction libre. – LANDO, *supra* note 42, 343-404, 348 et 356, qui souligne également la difficulté de connaître le droit étranger de façon rapide, efficace et peu coûteuse. – LANDO / NIELSEN, *supra* note 41, 29-51 (33), sur l'inégalité créée entre les parties par le choix d'une loi étatique. – Voir toutefois, MANKOWSKI, *supra* note 12, 63-107 (94).

demeure controversée<sup>61</sup>. Ce cadre commun de référence devait prendre en compte le fait que les instruments communautaires dérivés, règlements et directives, interviennent depuis longtemps dans le domaine des contrats spéciaux (l' "acquis communautaire"), tout en encourageant une harmonisation paneuropéenne du droit des contrats.

Se greffant sur cette initiative, voire l'ayant précédée, de nombreux groupes d'universitaires<sup>62</sup> ont spontanément élaboré des modèles doctrinaux de droit européen des contrats, droit savant, en utilisant la méthode comparative.

L'Union européenne a dès lors commandité un projet de réécriture académique (ou savante) du droit européen des obligations achevé en 2007 : c'est le Projet de Cadre Commun de Référence (*Draft Common Frame of Reference*)<sup>63</sup>. L'accomplissement de ce projet traduit une nouvelle étape vers la construction d'un droit européen des contrats<sup>64</sup>, même si à l'heure actuelle, il

61 S. WEATHERHILL, "European Contract Law : Taking the Heat Out of Questions of Competence" *European Business Law Review* (2004), 23. – *Idem*, "Why Object to the Harmonization of Private Law by the EC?", *European Review of Private Law*, 5 (2004), 633-660. – *Idem*, "Reflections on the EC's Competence to Develop a 'European Contract Law' ", *European Review of Private Law*, 3 (2005), 405-418. – HESSELINK, *supra* note 59, 397-419 (402). – For a very extensive and clear study, J. SMITS, "European Private Law: a Plea for a Spontaneous Legal Order", in : D. Curtin / J. Smits / A. Klip / J. McCahery (Eds.), *European Integration and Law*, Intersentia Antwerpen-Oxford (2006), 55-107.

62 *Principles of European Contract Law* (Commission Lando), *The Common Core of European Private Law Project* (Projet Trento), *Onderzoeksschool Ius Cummune* (Utrecht / Maastricht / Leuven), *Principles of the Existing EC Private Law* (Groupe Acquis), *Academy of European Private Lawyers* (Pavia Group), *Study Group for a European Civil Code* (Commission von Bar) – Présentant les travaux des différents groupes, Mark van HOECKE, "L'idéologie d'un Code civil européen", in : *Le Code Napoléon, un ancêtre vénéré ? Mélanges offertes à Jacques Vanderlinden*, Bruylant, Bruxelles (2004), 467 (spéc. 483 et suiv.).

63 Von Bar / Clive / Schulte-Nölke (Eds.), *supra* note 38.

64 Les étapes précédentes comportent : *Le programme de la Haye : Renforcer l'espace de liberté, de sécurité et de justice au sein de l'Union Européenne* (14292/1/04 REV 1 Annexe 1) 41. – Egalement, la résolution du Conseil relative à "un droit européen des contrats plus cohérent", *JO C* 246, 14, 14.10.2003, 1. – Conclusions du Conseil au conseil de compétitivité du 29 novembre 2005 sur le projet de droit européen des contrats et la révision de l'acquis en matière de protection des consommateurs, Doc. 15322/05. – Communiqué de presse du 18 avril 2008 du Conseil de l'Union européenne n° 8397/08 (presse 96), (p.) 18. – *Le Parlement européen : Résolution sur un effort de rapprochement du droit privé des Etats Membres*, 26 mai 1989, *JO C* 158, 400. – Résolution sur l'harmonisation de certains secteurs de droit privé des Etats Membres, 6 Mai 1994, *JO C* 205, 518. – Résolution sur un rapprochement du droit civil et du droit commercial des Etats Membres, 2002, *JO C* 140 E, 538. – Résolution du 23 mars 2006 saluant le premier rapport sur l'état d'avancement et exprimant le soutien au projet de Cadre Commun de Référence et la Résolution du 7 septembre 2006 exprimant le soutien à une préparation d'un Cadre Commun de Références élargi portant sur des questions générales de droit des contrats allant au-delà du

s'agit d'une simple proposition doctrinale sans légitimité politique <sup>65</sup>.

Beaucoup d'acteurs sont impliqués dans ce projet académique <sup>66</sup>, et interprétant le rôle principal, le *Joint Network on European Private Law (CoPECL)* <sup>67</sup>. Ce réseau inclut en particulier, le *Study Group on a European Civil Code* <sup>68</sup> présidé par le professeur Christian VON BAR de l'Université d'Osnabrück (RFA) et le *Research Group on the Existing EC Private Law*, présidé par le professeur Hans SCHULTE-NÖLKE de l'Université de Bielefeld (RFA), ou "*Acquis Group*" <sup>69</sup>, tout comme le *Trento Common Core Group* des professeurs BUSSANI et MATTEI. L'approche du Groupe de Trento <sup>70</sup> est

domaine de la protection des consommateurs. – De nombreux actes de la *Commission européenne* : Communication sur le droit européen des contrats du 11 juillet 2001 : Quel futur pour le droit européen des contrats ?, JO C 255/1, 13.9.2001 ; Un droit européen des contrats plus cohérent : un plan d'action, JO C 63/1, 15. 3. 2003 ; Droit européen des contrats et la révision de l'acquis : la voie à suivre, 11.10.2004, COM (2004) 651 final, JO C 14, 20.1.2005, 6 ; Premier rapport sur l'état d'avancement du droit européen des contrats et la révision de l'acquis, COM (2005) 456 final ; Deuxième rapport sur l'état d'avancement du Cadre Commun de Référence, COM (2007) 447 final.

<sup>65</sup> Le "CFR politique" doit être adopté par la Commission européenne pour la fin de l'année 2008.

<sup>66</sup> Il y a de nombreux projets similaires tel le "European Casebook" project poursuivi par les universitaires sous l'égide de l'Université de Maastricht. – W. VAN GERVEN, "Casebooks for the Common Law of Europe: Presentation of the Project", 4 *European Review of Private Law* (1996), 67, 68. – Il faut également distinguer les types d'acteurs impliqués : M. RÖTTINGER, "Towards a European Code Napoleon/ABGB/BGB? Recent EC Activities for a European Contract Law", *European Law Journal*, Vol. 12, No. 6 (Nov. 2006), 807-827 (820), qui décrit trois types d'équipes mis en place par la commission européenne : des équipes de recherche, le réseau du Cadre commun de référence et un groupe consultatif d'experts nationaux.

<sup>67</sup> <<http://www.copecl.org>> – H. MICKLITZ, "(Selbst-) Reflektionen über die wissenschaftliche Ansätze zur Vorbereitung einer europäischen Vertragsrechtskodifikation", *GPR* (2007) 1/07, 2-15 (6-8), critique cette organisation et la méthode employée.

<sup>68</sup> Ce groupe fait suite à la Commission Lando : <<http://www.sgecc.net/>>. Il s'agit d'un réseau paneuropéen d'universitaires qui vise à publier un corps codifié de principes du droit européen des contrats et des aspects fondamentaux du droit de la propriété. Les principes publiés seront assortis de commentaires et de notes comparatives.

<sup>69</sup> <<http://www.acquis-group.org/>> Ce groupe vise à organiser de façon systématique le droit communautaire existant, ce qui permettra d'élucider les structures communes d'un droit privé européen émergent. Il s'agit également d'une approche européenne des règles par opposition à une approche comparative des systèmes juridiques telle qu'elle est pratiquée par le *Study Group* : voir RAINER SCHULZE, "Die 'Acquis-Grundregeln' und der Gemeinsame Referenzrahmen", *ZEuP* (2007), 731-734 (732).

<sup>70</sup> <<http://www.jus.unitn.it/dsg/common-core/>>. – Voir M. Bussani / U. Mattei (Eds.), *The Common Core of European Private Law*, Kluwer Law International, Vol. 1 (2003) ; M. BUSSANI / U. MATTEI, "The Common Core Approach to European Private Law", 3 *Columbia Journal of European Law* (1996-1997), 339 (340). – Ole LANDO, "The Common Core of European Private Law

essentiellement fonctionnelle, exigeant une approche originale des concepts juridiques<sup>71</sup> et visant à ne décrire que des situations juridiques<sup>72</sup> sans créer un *corpus* de règles, à l'inverse du Groupe d'Etudes (*Study Group*) et du Groupe Acquis (*Acquis Group*).

Ce Projet de Cadre Commun de Référence couvre notamment<sup>73</sup> les principes fondamentaux du droit des contrats, les définitions et les règles modèles relatives aux contrats et actes juridiques, les obligations et droits y afférents, certains contrats spéciaux, la gestion d'affaires, la responsabilité non contractuelle et l'enrichissement sans cause.

L'Europe dispose ainsi d'une série de dispositions non contraignantes de nature académique qui pourraient servir de boîte à outils pour le législateur communautaire ou national<sup>74</sup>, d'étape préliminaire vers un Code civil<sup>75</sup>, ou

and the Principles of European Contract Law", 21 *Hastings International & Comparative Law Review* (1997-1998), 809.

<sup>71</sup> LANDO, *supra* note 70, 814.

<sup>72</sup> Résumant la méthodologie : H. KÖTZ, "The Common Core for European Private Law: Presented at the Third General Meeting of the Trento Project", 21 *Hastings International & Comparative Law Review* (1997-1998), 803 (804-805). – Voir également, M. BUSSANI, "Current Trends in European Comparative Law: The Common Core Approach", 21 *Hastings International & Comparative Law Review* (1997-1998), 785 et D. GERBER, "The Common Core of European Private Law: The Project and Its Books", 52 *American Journal of Comparative Law* (2004) 995.

<sup>73</sup> La structure du projet a été modifiée à plusieurs reprises. La communication de 2004 de la Commission européenne (European Contract Law and the Revision of the *Acquis*: the Way Forward, 11.10.2004, COM (2004) 651 final, JO C 14, 20.1.2005, 6) avait proposé un plan de recherche. En 2005, le réseau d'excellence (*Network of Excellence 'Common Principles of European Contract Law' set under the Sixth Research Framework Programme of the EU*) est allé plus loin, y ajoutant notamment des aspects du droit de la propriété. Voir à cet égard, Christian VON BAR, "Working together Toward a Common Frame of Reference", *Juridica International X* (2005), 17 (spec. 25/26). – Egalement, Von Bar / Clive / Schulte-Nölke (Eds.), *supra* note 38, 19, paras. 37-42.

<sup>74</sup> C'est la position du Conseil Européen : Note de la Présidence au Conseil de l'Union Européenne sur le Cadre Commun de Référence pour un droit européen des contrats, Doc. 8548/07, 17.04.2007 : "le cadre de référence pourrait être une "boîte à outils" pour les législateurs européens et, probablement, pour les législateurs nationaux aussi" – Voir aussi, note de la Présidence au Comité sur les questions de droit civil (Questions générales), Doc. 10235/07, 07.06.07, 3. – Voir également, VON BAR, *supra* note 73, 17-26 (23).

<sup>75</sup> C'est la position du Parlement européen qui conçoit le Cadre Commun de Référence comme un instrument pouvant être choisi (*opt in*) ou écarté (*opt out*) pour régir un contrat donné. Cela a néanmoins été rejeté par le Conseil dans ses conclusions du 29 novembre 2005, Doc. 15322/05, (p.) 4. – Voir néanmoins, la résolution du Parlement européen sur le droit européen des contrats (7 sept. 2006) dans lequel il se déclare favorable à la préparation d'un CCR élargi portant sur des questions générales de droit des contrats allant au-delà du domaine de la protection des consommateurs – Egalement la Commission, qui rappelle dans son deuxième rapport du 25 juillet

simplement permettre d'améliorer la qualité de la législation et la cohérence présente et future du droit européen des contrats<sup>76</sup>. Pour les chercheurs toutefois, ce Projet de Cadre commun de Référence doit servir dans l'immédiat à créer un *corpus* international de *soft law*, qui permettrait de combler des lacunes existantes<sup>77</sup> et de préparer après longue et mûre réflexion l'avènement d'un code civil européen<sup>78</sup>.

Dépassant ces réflexions académiques et européennes, certains législateurs nationaux, dont les législateurs allemand<sup>79</sup> et néerlandais<sup>80</sup>, ont saisi l'occasion des transpositions des directives européennes pour réformer profondément leur droit des contrats et repenser les fondements mêmes de ce droit. D'autres, tel le législateur français, ont simplement procédé à des retouches

2007 (Deuxième rapport sur l'état d'avancement du Cadre Commun de Référence, COM (2007) 447 final, 2.) que le CCR "devrait être utilisé pour définir clairement les termes juridiques, les principes fondamentaux et des règles modernes et cohérentes du droit des contrats pour la révision de la législation sectorielle existante et pour la préparation de nouveaux textes, le cas échéant. Il n'est pas destiné à assurer une harmonisation à grande échelle du droit privé ou à se transformer en un Code Civil européen". – Voir aussi STAUDENMAYER, *supra* note 59, 95-104 (97) : "common principles, common definitions and model rules" [principes communs, définitions communes et règles modèles]. – HESSELINK, *supra* note 59, 397-419 (401) "it is unclear whether a CFR is a list of common terminology or a legal dictionary [... or] a normative device, i.e. a set of common rules of contract law which are meant to have some sort of legal force (*Geltung*) after their publication by the Commission." [ce n'est pas clairement établi si le CCR est une liste de terminologie commune ou un dictionnaire juridique [... ou] un outil normatif, c'est à dire un ensemble de règles communes de droit des contrats qui seraient supposées avoir une sorte d'effet juridique (*Geltung*) après leur publication par la Commission].

<sup>76</sup> Cette position est défendue par la Commission européenne : Voir en particulier le Plan d'action (OJ C 63/1, 15.3.2003) n° 62 : "[Le Cadre Commun de Référence] devrait offrir les meilleures solutions possibles au niveau de la terminologie et les règles communes, c'est à dire de la définition des concepts fondamentaux et des termes abstraits tels que "contrat" ou "dommage" et des règles à appliquer, par exemple, dans les cas d'inexécution du contrat." – et critiques de HESSELINK, *supra* note 59, 397-419 (403).

<sup>77</sup> H. BENNETT, "Agency in the Principles of European Contract Law and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (2004)", *Unif. L. Rev. / Rev. dr. unif.* (2006), 771-793 (771).

<sup>78</sup> Ole LANDO, "Principles of European Contract Law and UNIDROIT Principles : Moving from Harmonisation to Unification", *Unif. L. Rev. / Rev. dr. unif.* (2003), 123-133 (130). – M.J. BONELL, "UNIDROIT Principles 2004 – The New Edition of the Principles of International Commercial Contracts adopted by the International Institute for the Unification of Private Law", *Unif. L. Rev. / Rev. dr. unif.* (2004), 5-40 (37). – H. KÖTZ, *supra* note 72, 803.

<sup>79</sup> BRIESKORN, *supra* note 51, 103-123. – LANDO, *supra* note 21, 231-245.

<sup>80</sup> Martijn HESSELINK, "The Ideal of Codification and the Dynamics of Europeanisation: The Dutch experience", *European Law Journal*, Vol. 12, No. 3 (May 2006), 279-305.

très parcellaires<sup>81</sup>. Quelque peu en marge de ces processus, le législateur anglais, tout en transposant les normes européennes<sup>82</sup>, laisse encore libre cours à la traditionnelle créativité jurisprudentielle propre à la *common law*. Se dessine alors une dichotomie entre législateurs européens fidèles à leurs traditions juridiques nationales alors que d'autres, par souci d'ouverture et de modernité agissent pour s'aligner sur un modèle européen. Dans tous les cas toutefois, on assiste à une transformation paneuropéenne du droit interne des obligations.

## II. – LES TRANSFORMATIONS DU DROIT INTERNE DES OBLIGATIONS

Les transformations du droit interne des obligations sont nombreuses et de nature très différente : tantôt il s'agit de délimiter les frontières du droit des obligations (A), tantôt il s'agit d'en développer les caractéristiques protectrices (B).

### A. Une nouvelle délimitation du droit des obligations

Le droit des obligations fait aujourd'hui l'objet d'un double assaut : d'un côté, la frontière entre la théorie générale des obligations et le droit spécial propre à des situations particulières tend à s'amenuiser, conduisant à fragiliser les concepts et les constructions théoriques et aboutissant *de facto* à une incertitude juridique (1). De l'autre côté, la tendance générale à vouloir sécuriser à l'envi le commerce juridique conduit à étendre la notion d'obligation bien au-delà du contrat initial et à créer de nouvelles obligations de nature contractuelle (2).

#### 1. Le droit des obligations entre théorie générale et droit spécial

Une situation curieuse se présente à l'observateur : l'interférence entre la partie générale du droit des obligations et la partie spéciale du droit des

---

<sup>81</sup> L'histoire du Code civil, et en particulier du titre III du livre troisième traitant "Des contrats et des obligations en général", ne fait apparaître que peu de modifications. Ainsi entre 1804 et 2004, 261 articles sur 289 ont conservé leur rédaction d'origine et seuls 8 ont été abrogés. Voir Philippe REMY, "Réviser le titre III du livre troisième du Code civil ?", *Revue des contrats*, Paris (2004), 169. – Egalement, Pascal ANCEL, "Une régression du modèle légal ?" in : *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations – rétrospective et perspectives à l'heure du Bicentenaire du Code civil* (dir. Geneviève Pignarre), Dalloz, Paris (2005), 47.

<sup>82</sup> Geoffrey SAMUEL, "La réception du droit communautaire en droit anglais des contrats", in : *La réception du droit communautaire en droit privé des Etats membres* (dir. Jean-Sylvestre Bergé / Marie-Laure Niboyet), préf. Marc Fallon, Bruylant (2003), 112.

obligations est de plus en plus fréquente, la seconde permettant d'interpréter voire de combler les lacunes de la première<sup>83</sup>. Le droit français fournit une bonne illustration de cette tendance.

Le Code civil français avait été conçu dès l'origine comme un corps de principes généraux qui devait admettre à son côté des textes régissant des domaines particuliers du droit, tel par exemple, le Code du commerce<sup>84</sup>. Dès lors, le législateur français a créé de nombreux droits spéciaux dans le domaine des contrats, comme le contrat de travail régi par le Code du travail<sup>85</sup>, le contrat de bail régi par divers lois spécifiques<sup>86</sup> et plus récemment encore le contrat de consommation dont les traits particuliers sont décrits dans le Code de la consommation. Ce que n'avait pas anticipé le législateur originel, c'est que ces textes spéciaux allaient proliférer de façon quasi incontrôlée et conduire à une certaine inefficacité du droit général des contrats devenu chaotique et complexe.

En droit français, l'intervention législative a été prolifique<sup>87</sup> dans le domaine des contrats spéciaux, conduisant à des superpositions, parfois incohérentes, entre les textes de droit commun et de droit spécial. Un seul exemple permet d'illustrer ce fait : il s'agit du régime anarchique concernant un défaut de sécurité de la chose vendue<sup>88</sup>. L'acheteur dispose au choix de l'action fondée sur la garantie des vices cachés (article 1641 et suiv. C. civ.), de l'action en défaut de conformité<sup>89</sup>, d'une action fondée sur une violation de l'obligation d'information et de conseil<sup>90</sup>, ou de l'action sur le fondement

---

<sup>83</sup> Pour une étude approfondie : Frédéric BERENGER, *Le droit commun des contrats à l'épreuve du droit spécial de la consommation : renouvellement ou substitution ?*, préf. Christian Atias, Presses universitaires d'Aix-Marseille-PUAM (2007).

<sup>84</sup> Philippe REMY, "The French Code civil : a Model (Not) to Follow ?", in : *Towards a European Civil Code, Reflections on the Codification of Civil Law in Europe*, Publications de l'ERA, Trèves (2002), 16, 17.

<sup>85</sup> Voir toutefois le contrat de louage d'ouvrage dans le Code civil (art. 1779 et suivants).

<sup>86</sup> Notamment la loi n° 48-1360 du 1<sup>er</sup> sept. 1948, la loi n°89-462 du 6 juillet 1989 relative aux baux à usage d'habitation ou à usage mixte professionnel et d'habitation principale, mais également, le contrat de louage d'ouvrage dans le Code civil (art. 1713 et suivants).

<sup>87</sup> Par souci de simplicité, les développements ci-après concernent essentiellement le droit français. Toutefois des exemples concrets traduisant des évolutions similaires en droit belge peuvent être trouvés dans Wéry (dir.), *Le droit des obligations contractuelles ...*, supra note 16.

<sup>88</sup> Voir également Cl. WITZ, *Plaidoyer pour un code européen des obligations*, Dalloz (2000), Chr. 79 (spéc. 80).

<sup>89</sup> Arts. 1603 et 1604 C. civ.

<sup>90</sup> Art. L 111-1 du Code de la Consommation notamment et toute la jurisprudence créant une telle obligation en dehors du droit de la consommation.

de la loi du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux<sup>91</sup>.

Le droit commun est ainsi vidé de sa substance<sup>92</sup>, rendu tributaire des interprétations sectorielles du droit spécial.

En effet, cette multiplication des textes spéciaux applicables au contrat doit inquiéter, puisqu'elle conduit à terme à la dilution, sinon à la disparition, de la théorie générale des obligations<sup>93</sup>. Elle contredit, en outre, la célèbre parole de Portalis dans le *Discours préliminaire*,

“L’office de la loi est de fixer, par des grandes vues, les maximes générales du droit : d’établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière”<sup>94</sup>.

A titre d’exemple, les règles de formation du contrat, qui se trouvent dans les articles 1108 et suivants du Code civil, ont été complétées par des dispositions spécifiques au droit de la consommation imposant des obligations d’information au professionnel afin d’éclairer le consentement du consommateur<sup>95</sup>. De façon similaire, la réglementation des clauses abusives<sup>96</sup> complète la notion de cause objective du contrat.

Enfin toutes les possibilités offertes au consommateur pour rétracter son consentement, que ce soit dans les ventes à domicile<sup>97</sup>, à distance<sup>98</sup> ou dans les contrats de crédit<sup>99</sup>, bouleversent durablement la fixation de l’instant de la

91 Arts. 1386-1 et suivants C. civ.

92 Voir la critique de HONDIUS, *supra* note 20, 257-272 (spéc. 269).

93 Sur les rapports entre droit commun et droits spéciaux, voir Denis MAZEAUD, “L’imbrication du droit commun et des droits spéciaux”, in : *Forces subversives ... supra* note 81, 73. – Etienne MONTERO / Marie DEMOULIN, “La formation du contrat depuis le Code civil de 1804 : un régime en mouvement sous une lettre figée”, in : Wéry (dir.), *Le droit des obligations contractuelles ...*, *supra* note 16, 61 (spéc. 101, n° 46 et suiv).

94 Pour le texte du discours préliminaire, voir l’ouvrage récent, Alain Sériaux ... et al. (Eds.), *Le discours et le code, Portalis, deux siècles après le Code Napoléon*, Litec, Paris (2004), XXI (spéc. XXV).

95 Art. L 111-1 à L 112-7 Code de la consommation. – Pour la Belgique, voir la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l’information et la protection du consommateur, *Moniteur Belge*, 29 août 1991.

96 Art. L 132-1 Code de la consommation.

97 Art. L 121-21 et suiv. Code de la consommation.

98 Art. L 121-16 et suiv. Code de la consommation.

99 Art. L 311-1 et suiv. Code de la consommation. – Pour la Belgique, voir la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation, *Moniteur Belge*, 9 juillet 1991 ; loi du 4 août 1992 relative au crédit hypothécaire, *Moniteur Belge*, 19 août 1992.

conclusion du contrat <sup>100</sup>.

Dès lors, l'intrusion de ces nouvelles règles sectorielles conduit à une analyse rénovée de la notion générale de contrat, c'est-à-dire de la création d'un lien de droit, dont la force et par là même la pérennité dépend désormais des qualités des parties. Un contrat peut être définitif pour une partie, en l'occurrence pour le professionnel, tout en étant provisoire, rétractable, conditionnel pour l'autre, le consommateur. L'instant "magique" qui caractérisait la conclusion du contrat dans la théorie traditionnelle des obligations et qui garantissait la cristallisation définitive des obligations s'est alors transformé en une période d'attente du bon vouloir d'une des parties. Or, la condition potestative n'était-elle pas naguère une cause de nullité du contrat (article 1174 C. civ.) ? Dès lors la cohérence du contrat est ébranlée et une mise au point du législateur français serait la bienvenue.

Pourtant le législateur contemporain a choisi une autre voie. Plutôt que de réfléchir de façon globale sur la notion de contrat et de créer à l'instar du Code civil originel un système contractuel unifié, il préfère conserver les textes spéciaux en un *corpus* distinct, ordonné par matière. Depuis 2000, s'est développée la codification à droit constant <sup>101</sup>, qui implique une mise à jour permanente afin d'assimiler l'ensemble de l'actualité législative, réduisant "le concept de code à un contenant" <sup>102</sup>. Il ne s'agit dès lors plus de rationaliser le droit, mais simplement de le rendre plus accessible. De plus, il est également beaucoup plus facile de modifier ces compilations, dont la systématique est somme toute assez sommaire.

Or précisément, la place de ces droits spéciaux dans un dispositif codifié est fréquemment discutée : le Code civil doit-il comprendre une partie réservée aux consommateurs ou au droit du commerce, ou faut-il créer des codes spécifiques ? Les modèles choisis varient grandement en Europe <sup>103</sup>. La perception même de la place de ces droits spéciaux dans un ensemble contractuel de nature générale est ainsi à géométrie variable selon les pays.

<sup>100</sup> MONTERO / DEMOULIN, *supra* note 93, 61 (spéc. 106, n° 51).

<sup>101</sup> Rémy SCHWARTZ, "La codification à droit constant", in : *Le rayonnement du droit codifié*, éd. Des Journaux Officiels, Paris (2005), 27, 29. – Tel le dernier en date, le Code du travail : la partie législative du nouveau Code du travail a été publiée par l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007. Le nouveau Code est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 2008. La partie réglementaire a été adoptée par les décrets n° 2008-243 et 2008-244 du 7 mars 2008.

<sup>102</sup> Denis BERTHIAU, "L'actualité en pays de droit écrit", in : *L'actualité des constructions juridiques*, Les Petites Affiches, Paris (13 juil. 2005), n° 138, 51.

<sup>103</sup> Pour une séparation : la France ; pour une intégration partielle : l'Allemagne (Code civil et Code de commerce).

Ainsi, on rencontre dans les droits nationaux une tendance à diluer la théorie générale des contrats par une multiplication de droits spéciaux d'application sectorielle, sans nécessairement avoir égard à la cohérence de l'ensemble ni même aux besoins d'accès du justiciable à un droit dont les modalités d'application sont claires.

Cette interférence entre droit spécial et droit général se conjugue avec un phénomène encore plus préoccupant : l'effacement des frontières du contrat par un éclatement du phénomène contractuel.

## 2. *Un éclatement du phénomène contractuel*

La difficulté de déterminer l'instant de formation du contrat, voire d'identifier les parties à un contrat conduit à redéfinir les frontières du contrat <sup>104</sup>.

Selon les droits nationaux, sont reconnues une responsabilité précontractuelle de nature délictuelle, une *culpa in contrahendo* de nature contractuelle, une fusion ou une séparation stricte des responsabilités contractuelles et délictuelles dont les contours varient d'une juridiction à une autre. Parallèlement les effets du contrat sont étendus à des personnes non initialement parties <sup>105</sup> par le biais de groupes de contrats, de chaînes de contrats, de stipulations pour autrui tacites ...

Doit-on dès lors redéfinir la délimitation des frontières du contrat et par là même de l'obligation contractuelle ? Aucune réponse claire ne peut être donnée, tant les situations nationales sont divergentes. L'adoption des nouveaux Règlements Rome I et Rome II apporte certaines clarifications sur le plan international, en constatant simplement l'inexistence d'une position commune sur une délimitation des frontières entre l'obligation contractuelle et l'obligation non contractuelle.

Le Règlement Rome II adopte une approche autonome de la notion d'obligation non contractuelle sans pour autant la définir <sup>106</sup>. Il énonce dans

---

<sup>104</sup> Pour une approche d'ordre sociologique des frontières du contrat : David Campbell / Hugh Collins / John Wightman (Eds.), *Implicit Dimensions of Contract, Discrete, Relational and Network Contracts*, Hart Publishing, Oxford (2003). – Guido ALPA, "Les nouvelles frontières du droit des contrats", in *Etudes offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ (2001), 1.

<sup>105</sup> Voir par exemple, Gunther TEUBNER, "Expertise as a Social Institution: Internalising Third Parties into the Contract", in : Campbell / Collins / Wightman, *supra* note 104, 333-363.

<sup>106</sup> Stefan LEIBLE / Matthias LEHMANN, "Die neue EG-Verordnung über das außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht ("Rom II")", *Recht der internationalen Wirtschaft* (2007), 721-735 (723), qui soulignent que la qualification *lex fori* ou *lex causae* importe peu, seule une interprétation européenne autonome sera pertinente. Ils ajoutent que le critère déterminant de l'obligation contractuelle sera l'acceptation volontaire par les parties d'une obligation.

le considérant 11 :

“Le concept d’obligation non contractuelle varie d’un État membre à l’autre. Celui-ci devrait donc être entendu, aux fins du présent règlement, comme un concept autonome. Les règles relatives aux conflits de lois contenues dans le présent règlement devraient s’appliquer également aux obligations non contractuelles fondées sur la responsabilité objective”.

Le Règlement Rome I, pour sa part, ne définit pas non plus l’obligation, mais précise dans le considérant 7 :

“Le champ d’application matériel et les dispositions du présent règlement devraient être en cohérence avec le règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l’exécution des décisions en matière civile et commerciale (“Bruxelles I”) et le règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (“Rome II”)”.

L’esquisse d’une autonome définition sera ainsi l’œuvre de la Cour de Justice des communautés européennes, qui dispose déjà d’une jurisprudence assez fournie sur la question<sup>107</sup>. La question sera donc réglée sur le plan international mais il est à craindre que les divergences subsisteront sur le plan national.

Cet éclatement du phénomène contractuel s’inscrit, par ailleurs, dans une tendance plus générale de développement de nouvelles caractéristiques protectrices du droit des obligations.

## **B. Les nouvelles caractéristiques protectrices du droit des obligations**

Le justiciable moderne cherche la sécurité juridique d’un texte détaillé qui lui permet néanmoins toute flexibilité dans un monde économique en constante évolution. Cette quête se traduit par la recherche d’un équilibre entre principes généraux et souci du détail dans les textes normatifs.

Se pose alors la question de l’utilisation des notions-cadre<sup>108</sup>, concepts

---

<sup>107</sup> Amorçant la discussion : CJCE, 6 oct. 1976, *Tessili* : D. 1977, 614 note Droz ; *Revue critique de droit international privé* (1977), 751 note Gothot / Holleaux ; Clunet 1977, 719, note Bischoff – CJCE, 6 oct. 1976, *de Bloos* : D. 1977, 618 note et chron. 287 par Droz ; *Revue critique de droit international privé* (1977), 751 note Gothot / Holleaux ; Clunet 1977, 719 note Bischoff. – Confirmé par CJCE, 29 juin 1994, *Custom Made Commercial Ltd v. Stawa Metallbau GmbH* = IPRax (1995), 31. – CJCE, 15 janv. 1987, *Shenavaï* : *Revue critique de droit international privé* (1987), 798, note Droz ; Clunet 1987, 465 note Bischoff / Huet. Bien d’autres arrêts ont suivis.

<sup>108</sup> Selon qu’il s’agit de protéger une valeur morale ou économique (typiquement les bonnes mœurs ou l’ordre public social) ou de trouver une mesure commune (typiquement : “le

indéterminés et standards juridiques par les législateurs<sup>109</sup>. Il est certaines questions pour lesquelles il est difficile ou impossible de légiférer par prescriptions ou interdictions décrivant un comportement social. Cette difficulté ou impossibilité peut être d'ordre scientifique (données inconnues), morale (appréciation subjective) ou sociale. Typiquement, le législateur se borne à limiter l'application d'une mesure en affirmant son attachement à certaines valeurs (bonne foi, ordre public, bonnes mœurs ...) ou à proclamer des principes dont il doit être tenu compte (équité, usages, utilité commune, confiance légitime, prévisibilité ...) <sup>110</sup>. Dès lors, le régulateur va élaborer des règles comportant des directives – non des prescriptions – à l'intention des tribunaux ou des experts afin d'encadrer et mettre en œuvre des processus par lesquels des règles plus concrètes seront élaborées. Ainsi, le standard ne tend pas à une délimitation objective de ce qui est permis et de ce qui est défendu, mais constitue plutôt une formule d'appréciation de la conduite des personnes sur la base d'un modèle-type<sup>111</sup>. Toutefois, par nature, ces notions ne peuvent être appliquées mécaniquement et supposent donc une intervention humaine dans la mise en œuvre du droit. Apparaît ainsi une certaine dichotomie entre la certitude recherchée en droit et les besoins d'une justice flexible, attentive à une résolution équitable des litiges.

bon père de famille"), voire d'encadrer l'exécution d'une obligation (bonne foi, devoir de loyauté), la terminologie peut varier considérablement selon les branches du droit. Peter JUNG "Die Generalklausel im deutschen und französischen Vertragsrecht", in : Baldus / Müller-Graff (Hrsg.), *Die Generalklausel im Europäischen Privatrecht, Zur Leistungsfähigkeit der deutschen Wissenschaft aus romanischer Perspektive*, Sellier (2006), 38, 41, a ainsi dénombré les termes suivants : les "principes généraux", les "principes fondamentaux", les "principes vastes", les "règles souples", les "paragraphes caoutchoucs", les "concepts arbitraires" ou "concepts soupapes". Il cite également les "notions floues", "notions générales au contenu indéterminé", "notions souples à contenu variable", "notions cadre" et "notions évolutives".

<sup>109</sup> Il est difficile de faire un catalogue exhaustif de ces notions. Citons simplement : la faute civile ou pénale, la négligence, l'imprudence, l'intérêt général, l'équité, l'urgence en procédure civile, la force majeure, les bonnes mœurs, le bon père de famille, l'intérêt de la famille en droit matrimonial, l'ordre public interne, social ou international, l'abus de droit, le *jus cogens*, l'originalité en droit d'auteur, le motif réel et sérieux du licenciement en droit du travail, les règles de l'art dans le contrat d'entreprise, le juste motif, etc.

<sup>110</sup> Ainsi, Chaïm PERELMAN, "Les notions à contenu variable en droit, essai de synthèse", in : *Les notions à contenu variable en droit*, études publiées par Ch. Perelman, Bruylant, Bruxelles (1984), 373, définit les notions à contenu variable en droit comme les "critères fondés sur ce qui paraît normal et acceptable dans la société du moment où les faits doivent être appréciés".

<sup>111</sup> Dès lors, le standard ne lie pas étroitement le juge ou le régulateur ; il constitue une directive générale qui, en indiquant le but poursuivi, guide le juge dans l'administration du droit (Paul ROUBIER, *Théorie générale du droit*, 2<sup>e</sup> éd., Sirey, Paris (1951)). Le standard renvoie le juge à d'autres systèmes normatifs, tels les règles de l'art ou l'état de la science.

Au regard du droit des obligations, le Code civil néerlandais décline parfaitement cette application rigoureuse mais souple du droit, puisqu'à côté de textes techniques, il admet de nombreuses clauses générales consacrant les principes de bonne foi et de justice contractuelle dans l'interprétation et l'exécution du contrat. Cette tendance existe également en Allemagne : depuis longtemps déjà, la bonne foi (*Treu und Glauben*) et les bonnes mœurs (*gute Sitten*) sont utilisés par la jurisprudence pour réguler les comportements contractuels. Pourtant, ceci pourrait conduire à une certaine insécurité juridique. Ces standards sont néanmoins une réponse à plusieurs objectifs : préciser la situation litigieuse au regard du droit (selon les juridictions, il s'agit d'une question de fait ou d'une question de droit) ; créer une casuistique qui permet de créer des précédents auxquels le juge peut se référer ; conserver une flexibilité dans l'application du droit. Dès lors, l'introduction d'un certain flou juridique, ou plutôt un retour aux grands principes, pour assurer une application souple et adaptée du droit des contrats constitue une nouvelle tendance récurrente.

Poussant l'analyse plus en avant, on observe que ces dispositions se situent dans un cadre beaucoup plus large : celui de la résurgence des exigences tenant à un comportement de bonne foi dans le domaine contractuel. Il a été fréquemment relevé que les juges nationaux sont de plus en plus sensibles à l'équilibre entre contractants, au respect de l'économie du contrat<sup>112</sup> et à une moralisation des rapports contractuels. Au travers l'Europe, les perceptions et applications de la notion de bonne foi dans les contrats sont très variées : d'un côté, le principe général du § 242 du BGB qui, en droit allemand, prévoit que le débiteur doit exécuter son obligation en respectant les exigences de la bonne foi compte tenu des usages ; ou l'article 6:2 du Code néerlandais des obligations de 1992 qui énonce que "le créancier et le débiteur sont tenus de se comporter l'un envers l'autre suivant les exigences de la raison et de l'équité". D'un autre côté, le droit anglais ne connaît pas la notion générale de bonne foi mais régule les rapports contractuels par des dispositions protectrices spécifiques, notamment dans les relations fiduciaires. Tous les instruments de *soft law* ont également intégré des dispositions de principe sur le respect de la bonne foi, tels l'article 1:201 PECL, article 1.7 des Principes d'UNIDROIT 2004 ou l'article 3:301 DCFR. Cette tendance à une réaffirmation de considérations morales dans le domaine contractuel est ainsi très largement répandue.

---

<sup>112</sup> Sébastien PIMONT, *L'économie du contrat*, Presses universitaires d'Aix-Marseille-PUAM, Aix-en-Provence, Faculté de droit et de science politique (2004). – D.-M. PHILIPPE, *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, Bruylant, Bruxelles (1986), préf. M. Fontaine.

Poursuivant un objectif protecteur similaire, on constate très largement un changement de la nature du contrat. Beaucoup de juridictions sont passées de la liberté contractuelle à une liberté contractuelle encadrée par le biais d'un formalisme croissant. Traditionnellement, la sacro-sainte règle consacrant l'autonomie de la volonté des parties à un contrat, telle que posée par l'alinéa premier de l'article 1134 du Code civil français<sup>113</sup>,

“Les conventions légalement formées tiennent lieu de lois à ceux qui les ont faites”,  
ne trouve, en principe, de limite que dans l'article 6 de ce même Code qui dispose :

“On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs”.

Toutefois, on observe une tendance au changement du phénomène contractuel, car les rapports entre contractants sont plus encadrés. Citons à cet égard, l'importance du devoir d'information/renseignement du cocontractant, la protection plus importante de la partie faible par une résurgence du formalisme, la mise en place de délais de réflexion et de droits de repentir. L'ensemble de ces formalismes constitue le socle du droit européen de la consommation, mais également transcende certaines relations commerciales, notamment le contenu de certains accords de franchise ou de distribution où l'on cherche à protéger la partie considérée plus faible<sup>114</sup>.

Se dessine ainsi, une certaine contradiction apparente entre une flexibilité et liberté croissantes accordées au juge dans l'interprétation du contrat grâce au développement des standards juridiques alors même que le formalisme ligote un peu plus les parties au moment de la formation du contrat. Cette contradiction disparaît si l'on considère qu'il s'agit de conjuguer deux moyens juridiques complémentaires pour assurer la meilleure justice contractuelle.

Néanmoins, malgré cet interventionnisme important du législateur et du juge dans le contrat, la liberté contractuelle et l'autonomie des parties ont encore de beaux jours devant elles puisque les parties à un contrat international se voient (enfin) reconnaître une autonomie contractuelle complète.

<sup>113</sup> Des dispositions similaires peuvent être trouvées dans de nombreux Codes européens, tels les Codes civil italien (art. 1322), néerlandais (art. 6:248 BW), belge (art. 1134 C. civ.), mais également dans le Code des obligations suisse (art. 19). Voir aussi, l'art. 1.1 des *Principes d'UNIDROIT 2004 relatifs aux contrats de commerce international*, l'art. 2 de l'avant-projet de Code Européen des Contrats (Projet Gandolfi) in : ZEuP (2002), 139, et l'art. 1:102 (liberté contractuelle) des *Principes du droit européen du contrat*.

<sup>114</sup> Eleanor CASHIN RITAINE, *Presentation of the Principles on Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts – a Commentary*, Springer Verlag, Era Forum (4/2007), 563-584.

### III. – L'AUTONOMIE CONTRACTUELLE DES PARTIES EN DROIT INTERNATIONAL

Traditionnellement, les parties à un contrat international disposent de la faculté de choisir la loi applicable à leur contrat<sup>115</sup> sous réserve du respect des dispositions d'ordre public et la fraude à la loi<sup>116</sup>. Elles peuvent ainsi résoudre le conflit de lois par le choix d'une loi étatique mais ne peuvent opter pour l'application d'un ensemble de règles matérielles de nature non-étatique<sup>117</sup>, tels les Principes d'UNIDROIT voire même ce que l'on appelle la *lex mercatoria*. Le choix d'un *opus* de règles non-étatiques ne serait pas reconnu par les juridictions étatiques<sup>118</sup> et conduirait les parties en cas de litige devant un arbitre international. Toutefois, cette position traditionnelle est contestée depuis longtemps en doctrine<sup>119</sup>, et après avoir été reconnu dans l'arbitrage (A), le nouveau droit international privé européen relative à la loi applicable aux obligations tant contractuelles que non contractuelles tend à étendre le pouvoir des parties à déterminer aussi bien la loi applicable que la norme matérielle applicable à leur relation contractuelle (B).

#### A. Les obligations contractuelles devant l'arbitre

Il s'agit pas d'exposer ici les fondamentaux du droit de l'arbitrage, mais simplement de prendre la mesure des particularités de l'arbitrage dans la mutation du droit des obligations. Le choix de l'arbitrage confère une très grande liberté aux parties, leur permettant de surfer sur les nouvelles tendances constatées<sup>120</sup>, sans risquer l'incertitude d'une reconnaissance étatique<sup>121</sup>. Ce sont les parties qui choisissent les règles applicables à leur

<sup>115</sup> LEIBLE, *supra* note 54, 41-55 (41), soulignant que l'autonomie des parties constitue un principe général du droit européen.

<sup>116</sup> G.P. ROMANO, "Le choix des Principes UNIDROIT par les contractants à l'épreuve des règles impératives", in : Cashin Ritaine / Lein (Eds.), *supra* note 21, 35-54 et publié également dans le *Journal du droit international* (Clunet) (2007), vol. 134, n° 2, 473-495.

<sup>117</sup> Considérant que cette discussion reste purement académique sans pertinence pour les praticiens : MANKOWSKI, *supra* note 12, 63-107 (90).

<sup>118</sup> En tant que choix (conflictuel) de loi applicable. Bien entendu l'incorporation de ces règles dans le contrat demeure toujours possible.

<sup>119</sup> LEIBLE, *supra* note 54, 41-55.

<sup>120</sup> Ainsi, dans le domaine du commerce international, l'apparition de la *lex mercatoria* découle de l'insertion dans les contrats de clauses où les parties donnaient expressément le pouvoir aux arbitres de statuer *ex aequo et bono*, en qualité d'aimables compositeurs. – LANDO, *supra* note 42, 343-404, 369, n° 23 et suiv.

<sup>121</sup> Voir notamment la *Convention (de New York) du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*.

relation contractuelle<sup>122</sup>. Ce choix peut être simplement matériel<sup>123</sup> ou inclure également des règles conflictuelles<sup>124</sup>. Elles peuvent ainsi choisir un droit savant tel les PECL, le DCFR ou cette *lex mercatoria* qui est conçue comme un assemblage hétéroclite d'usages et pratiques employées dans le commerce international<sup>125</sup>. Ces règles s'incorporent ainsi au contrat remplaçant de façon explicite le droit national supplétif<sup>126</sup>. Une limite importante s'applique toutefois pour la reconnaissance d'un arbitrage international : l'ordre public de l'Etat où la décision arbitrale doit être reconnue.

Le recours à l'arbitrage international confirme ainsi la tendance des parties à souhaiter l'application ou la prise en compte, en toute liberté, d'un *opus* de règles non étatiques. Cette même tendance se retrouve dans le droit international privé étatique.

## B. Les règlements Rome I et II

L'article 3 § 1 de la Convention de Rome<sup>127</sup> consacre sans aucune difficulté<sup>128</sup> le principe d'autonomie de la volonté en posant que "le contrat est

<sup>122</sup> Voir art. 28(1) de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international du 21 juin 1985 (amendée 7 juillet 2006) : "Le tribunal arbitral tranche le différend conformément aux règles de droit choisies par les parties comme étant applicables au fond du différend. Toute désignation de la loi ou du système juridique d'un État donné est considérée, sauf indication contraire expresse, comme désignant directement les règles juridiques de fond de cet État et non ses règles de conflit de lois".

<sup>123</sup> PORTMANN, *supra* note 10, 191-207 (194), soulignant les avantages des règles matérielles.

<sup>124</sup> Voir la distinction faite par LEIN, *supra* note 35, 171-189 (176). – Pour une application de nature matérielle des Principes d'UNIDROIT : art. 1-4 : "Ces Principes ne limitent pas l'application des règles impératives d'origine nationale, internationale ou supranationale, applicables selon les règles pertinentes du droit international privé".

<sup>125</sup> LANDO, *supra* note 42, 343-404, 370, n° 23 et suiv., citant les pratiques spécifiques dans le domaine de la réassurance, de l'agence commerciale. Les frontières de cette *lex mercatoria* demeurent floues, alors même que la loi modèle de la CNUDCI relative à l'arbitrage international (art. 28) tout comme divers règlements d'arbitrage autorisent les parties à la choisir : voir LANDO / NIELSEN, *supra* note 41, 29-51 (31). – Contestant l'existence de cette *lex mercatoria* : Peter MANKOWSKI, "Der Vorschlag für die Rom I-Verordnung", *IPRax* 2006, 101-113 (102).

<sup>126</sup> LANDO / NIELSEN, *supra* note 41, 29-51 (34), questionnant toutefois la portée, au regard des règles non supplétives du droit national, de règles impératives comprises dans les Principes d'UNIDROIT ou les PECL.

<sup>127</sup> *Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, ouverte à la signature à Rome le 19 juin 1980, *JOCE* 9.10.1980, n° L266/1. – Mario GUILIANO / Paul LAGARDE, "Rapport concernant la Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles", *JOCE* 31.10.1980, n° C 282/1.

<sup>128</sup> Cf. pour les difficultés américaines, Friedrich JUENGER, "Contract Choice of Law in the

régi par la loi choisie par les parties". Ce choix "doit être exprès ou résulter de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause". Il a été très largement discuté en doctrine<sup>129</sup> sur le fait de savoir si les parties pouvaient, dans le champ de cette liberté de choix, opter pour une "loi non étatique" telle la *lex mercatoria*<sup>130</sup> et quelles en seraient les conséquences<sup>131</sup>.

Lors des travaux préliminaires sur le règlement Rome I, les rédacteurs avaient ajouté à l'article 3 un paragraphe 2 qui donnait aux parties la faculté de

"choisir comme loi applicable des principes et règles de droit matériel des contrats, reconnus au niveau international ou communautaire. Toutefois, les questions concernant les matières régies par ces principes ou règles et qui ne sont pas expressément tranchées par eux 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"<sup>132</sup>.

Americas", *American Journal of Comparative Law*, Vol. 45 (1997), 195 (spéc. 197 et suiv.) – Comp. également les application du principe d'autonomie dans le cadre du Règlement Rome II relative à la loi applicable aux obligations extra contractuelles : Stefan LEIBLE, "Der Beitrag der Rom II-Verordnung zu einer Kodifikation der allgemeinen Grundsätze des Europäischen Kollisionsrechts", in : Gerte Reichelt (Hrsg), *Europäisches Gemeinschaftsrecht und IPR*, Manz Verlag (2007), 31-54 (44-45). – LEIBLE / LEHMANN, *supra* note 106, 721-735 (723).

<sup>129</sup> Pour un aperçu de cette doctrine : LEIN, *supra* note 35, 171-189 (174).

<sup>130</sup> Pour une description de la polémique en doctrine opposant les auteurs nordiques à une partie de la doctrine européenne : LANDO / NIELSEN, *supra* note 41, 29-51 (31). – Fermeement opposé à un tel choix : MANKOWSKI, *supra* note 12, 63-107 (100). – Voir toutefois LEIBLE, *supra* note 54, 41-55 (47-48).

<sup>131</sup> Paul LAGARDE "Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)", in : Schulze (Ed.), *New Features in Contract Law*, *supra* note 4, 277-298 et également *Revue critique de droit international privé* (2006), 331, souligne (283) : "La convention de Rome ne considèrerait pas comme illicite le choix d'un droit non étatique. Elle considèrerait simplement qu'un tel choix n'était pas un choix de droit international privé et qu'il appartenait donc à la loi objectivement applicable de définir la place qu'elle pouvait accorder aux règles non étatiques choisies par les parties".

<sup>132</sup> La Commission estimait ainsi (COM 2005 (650) final- considérant 7) que "La liberté des parties de choisir le droit applicable doit constituer la clé de voûte du système des règles de conflit de lois en matière d'obligations contractuelles". Cette position était partagée par le Parlement européen qui, dans son projet de rapport du 22 août 2006 (PE 374.427v01-00) énonce "(7) La liberté des parties de choisir le droit applicable doit constituer la clé de voûte du système de règles de conflit de lois en matière d'obligations contractuelles. Une telle liberté comporte le droit de choisir en tant que droit applicable des principes et des règles du droit des contrats reconnus sur le plan international. Toutefois, ces principes et ces règles doivent répondre à certaines normes minimales afin d'être éligibles. En particulier, ils devraient être créés par un organe indépendant, impartial et neutre ; leur contenu devrait être équilibré et protégé contre la fraude et les abus par certaines règles obligatoires ; et ils devraient régler les droits et les devoirs de façon raisonnablement détaillée. Les Principes UNIDROIT des contrats commerciaux internationaux par

Ce texte constituait ainsi un compromis permettant d'une part, d'asseoir définitivement la liberté des parties de choisir la loi applicable, même de nature non étatique, à leur relation contractuelle tout en la limitant d'autre part aux "principes et règles de droit matériel des contrats, reconnus au niveau international ou communautaire". Restait encore à délimiter quelles règles remplissaient le critère de cette reconnaissance internationale ou communautaire<sup>133</sup>. Si tant les PECL que les Principes d'UNIDROIT étaient considérés comme suffisamment "reconnus"<sup>134</sup>, une extension à la *lex mercatoria* dans son ensemble était *a priori* exclue<sup>135</sup>. Une difficulté essentielle subsistait toutefois : que faire lorsque les Principes d'UNIDROIT ou les PECL ne permettaient pas de résoudre le litige ? Fallait-il de manière subsidiaire appliquer le droit national applicable au contrat à défaut de choix par les parties défini selon les critères de l'article 4 du Règlement, ou pouvait-on interpréter la lacune constatée à la lumière de la *lex mercatoria* dans son ensemble. La Commission européenne suggérait de résoudre la difficulté par une application en cascade des principes généraux<sup>136</sup> fondant les Principes d'UNIDROIT ou les PECL puis, à défaut de tels principes, le recours à la loi étatique applicable à défaut de choix des parties. La cohérence d'une telle solution était néanmoins discutée, certains auteurs soulignant l'impossibilité d'appliquer conjointement ces différents corps de règles<sup>137</sup>.

Ce texte très controversé<sup>138</sup> n'a pas été retenu dans la version finale du Règlement Rome I<sup>139</sup> à la différence du choix opéré par la *Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux* du 17 mars 1994<sup>140</sup>.

exemple remplissent de telles conditions".

<sup>133</sup> Et particulièrement qui pouvait donner cette reconnaissance : MANKOWSKI, *supra* note 125, 101-113 (102). – Egalement, LEIBLE, *supra* note 54, 41-55 (49).

<sup>134</sup> MANKOWSKI, *supra* note 125, 101-113 (102).

<sup>135</sup> Déplorant cet état de fait et soulignant notamment que dès lors les juge étatiques, pourtant souvent plus compétents et expérimentés que de nombreux arbitres en matière commerciale, étaient ainsi privés du contentieux impliquant cette *lex mercatoria* : LANDO / NIELSEN, *supra* note 41, 29-51 (33).

<sup>136</sup> Sur les difficultés à déterminer de tels principes : MANKOWSKI, *supra* note 12, 63-107 (90).

<sup>137</sup> LANDO / NIELSEN, *supra* note 41, 29-51 (33).

<sup>138</sup> MANKOWSKI, *supra* note 12, 63-107 (90-103). – *Idem*, *supra* note 125, 101-113 (102).

<sup>139</sup> Position du Parlement européen arrêtée en première lecture le 29 novembre 2007 en vue de l'adoption du règlement (CE) n° ... /2007 du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I).

<sup>140</sup> Voir notamment la *Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux* du 17 mars 1994 (entrée en vigueur 1996) qui dans son art. 9(2) prévoit la possibilité pour les juges de "prendre en considération tous les éléments objectifs et subjectifs du

Néanmoins, dans les considérants introductifs, le règlement Rome I énonce :

“Le présent règlement n'interdit pas aux parties d'intégrer par mention de référence dans leur contrat un droit non étatique ou une convention internationale” (*considérant 15*). “Si la Communauté adopte dans un instrument juridique approprié des règles de droit contractuel substantielles, comportant des termes et des conditions types, un tel instrument peut prévoir que les parties sont libres de choisir d'appliquer ces règles” (*Considérant 16*).

Il s'agit ainsi d'une demi-mesure qui limite très sérieusement l'application de la *soft law*, sans pour autant l'exclure. Elle conserve ainsi son statut de droit matériel qui peut, tel quel, être incorporé au contrat comme clause contractuelle<sup>141</sup> (*considérant 15*). Quant à l'application par les parties de règles de droit contractuel substantiel de source communautaire, tel peut-être le futur Cadre commun de référence, le *considérant 16* réserve la possibilité pour l'Union européenne d'adopter un instrument optionnel (modèle *opt-in*) pour les parties. La portée de cette option n'est cependant pas clairement tranchée ici, ni même son champ d'application<sup>142</sup>. Le droit contractuel substantiel de source communautaire aura-t-il toute l'autorité d'un droit de source étatique<sup>143</sup>, excluant *ipso facto* l'application de tout autre droit national car résolvant le conflit de lois<sup>144</sup>, ou doit-on considérer qu'à l'instar des PECL et

contrat pour déterminer la loi de l'Etat avec lequel il a les liens les plus étroits. Il prendra en compte également les principes généraux du droit commercial international reconnus par les organisations internationales”. (*traduction libre*) L'art. 10 ajoute : “Outre les dispositions prévues dans les articles précédents, les lignes directrices, coutumes et pratiques du droit commercial international tout comme les usages et pratiques commerciales communément acceptées sont applicables pour assurer la justice et l'équité dans le cas particulier” (*traduction libre*)

<sup>141</sup> MANKOWSKI, *supra* note 125, 101-113 (102).

<sup>142</sup> Notamment, il n'est pas établi si les parties peuvent choisir ce droit substantiel de source communautaire dans des rapports purement internes, hors situation de conflits de lois. Soulevant cette question, LEIBLE, *supra* note 54, 41-55 (50).

<sup>143</sup> Penchant pour cette interprétation, MANKOWSKI, *supra* note 125, 101-113 (102).

<sup>144</sup> Dans ce sens : MANKOWSKI, *supra* note 12, 63-107 (87), pour qui un instrument optionnel mis à disposition par une autorité étatique est en tant que tel du droit assorti de la sanction étatique : “*Ein Staat hat die Freiheit, optionales Recht zu schaffen. Er schafft aber damit eben auch etwas, das eindeutig Rechtsqualität hat. [...] Nur die Anwendungsanordnung ist konditioniert, aber nicht die für die Rechtsqualität entscheidende staatliche Geltungsanordnung*”. [“Un Etat peut créer du droit optionnel. Il crée toutefois quelque chose qui a sans conteste une nature juridique. [...] Seules les modalités d'application sont conditionnelles, à la différence de la sanction étatique intrinsèque à la nature juridique”. (*traduction libre*)] – Egalement, LEIN, *supra* note 35, 171-189 (177). – Réserve néanmoins l'ordre public international de la loi du for : Paul LAGARDE, *supra* note 131, 277-298 (283).

des Principes d'UNIDROIT, il ne s'agira que d'une incorporation de nature matérielle ? Reste également à trancher la question du comblement des lacunes dans la première hypothèse : le juge national pourra-t-il se référer à son propre droit des obligations pour trancher le litige ou doit-il, pour garantir l'unité du droit contractuel de source communautaire, solliciter une interprétation d'une instance communautaire selon des modalités à définir ? L'évolution convergente du droit européen des obligations est alors fortement liée à ces considérations d'ordre procédurales qui supposent un renforcement significatif de l'espace européen de justice.

En conclusion, il apparaît que le droit des obligations est au centre de nombreuses tendances qui se conjuguent pour moderniser et sécuriser le droit et permettre de déterminer avec certitude le droit applicable à une relation contractuelle. L'apparition de nouvelles sources internationales associée à un renouveau des droits internes des obligations ouvre très largement la voie à une "nouvelle collection" en droit des obligations.

Le droit des obligations se modernise et se transforme en prenant en compte davantage des règles de morale et d'équité. Chemin faisant, il perd son caractère mécanique et neutre tout en s'habillant d'une empreinte culturelle plus grande. Toutefois, la convergence des normes matérielles sur le plan international couplée à la faculté des parties de choisir matériellement un droit transnational atténue cette coloration nationale des obligations. Il est dès lors difficile de prévoir avec certitude les tendances futures tant les influences en jeu sont diverses.

Quelle sera la "mode" du droit des obligations de demain ? L'emploi de plus en plus systématique de l'anglais dans les transactions contractuelles internationales, la diffusion planétaire (par Internet) des textes juridiques transnationaux, la politique de prise en compte systématique des travaux élaborés ailleurs par des juristes de culture différente, tel que dans le projet OHADA du droit uniforme des contrats<sup>145</sup>, sont autant d'indices qui confirment un constat récurrent : la tendance à un rapprochement global des analyses juridiques dans le domaine du droit des obligations et une circulation de plus en plus grande des concepts.

Le droit des obligations conçu de façon apatride se transforme ainsi progressivement en un droit globalisé. La "mode" future du droit des obligations sera donc de nature plus universelle, conservant toutefois la "griffe" spécifique des créateurs nationaux de normes.

<sup>145</sup> Cf. *supra* note (\*).

**NEW TRENDS IN THE LAW OF OBLIGATIONS: WHICH LAW APPLIES ?** (Abstract)

Eleanor CASHIN RITAINE (Director, Swiss Institute of Comparative Law (Lausanne, Switzerland))

Any attempt to discuss new trends in the law of obligations when it comes to determining the law applicable to a contractual relationship is a challenge. Should we assume that these trends will be confined to a given geographical area, evolving within a particular national legal system, or may we suppose that they, too, will be affected by the general globalisation characterising our era? We are, in effect, being asked to look at the law of obligations from an a-national point of view and to identify common trends that will allow it to move freely across borders, like a uniform law.

Observers will be struck first of all by the fact that new, mostly international, sources are emerging for the law of obligations. Academics and even public authorities may be seen to side with practioners in developing new, non-binding instruments, a “soft” law of obligations, both as part of domestic contract law and internationally. At the same time, the domestic sources of law are changing, transforming the national, “hard” law of obligations.

Last but not least, the parties to an international contract are increasingly free to choose the law that they wish to apply to their contract. In line with a particular school of legal thinking, and pursuant to recognition by the arbitral courts, the new private international law of contractual and non-contractual obligations in Europe allows the parties to determine both the applicable law and the substantive rules (including non-State rules such as the UNIDROIT Principles or the *lex mercatoria*) that will apply to their contract.

The law of obligations is changing, with greater emphasis placed on good conduct and fairness. With the same or similar substantive rules increasingly applied at worldwide level, coupled with the contract parties’ growing freedom to choose their own transnational law, the “national complexion” of contract law is beginning to fade. Scholarly analysis regarding the law of obligations now tends towards global convergence, and legal concepts are able to roam far and wide. The stage is set for the gradual emergence of a global law, albeit one still bearing the “signatures” of national legislators.

