

LE LEGISLATEUR ET LE DROIT PRIVE,

Colloque en l'honneur du professeur Gilles Petitpierre,
Université de Genève les 22 et 23 septembre 2005

LA REFORME DU DROIT DES CONTRATS - ENTRE TRADITION ET MODERNITE.

EXEMPLES CHOISIS DE LA PRATIQUE LEGISLATIVE EN EUROPE.

*Eleanor Cashin Ritaine**

Les rapports entre le législateur et le droit privé ont souvent été distendus lorsqu'il s'agit de droit des contrats, du moins dans une conception libérale de celui-ci. 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 français¹, « Les conventions légalement formées tiennent lieu de lois à ceux qui les ont faites », ne trouve 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 ». Dès lors les interventions du législateur français se sont faites rares dans le domaine contractuel, en tout cas en ce qui concerne la théorie générale des obligations. A l'inverse, alors même que leurs codes étaient plus récents, les législateurs allemands et néerlandais ont profondément réformé leur droit des contrats, intégrant à cet effet les dispositions de source européenne et les acquis de la jurisprudence nationale.

* Directrice a.i. de l'Institut suisse de droit comparé, Cheffe de la division scientifique - Maître de Conférences des Facultés de droit en détachement (Université Paul Verlaine, Metz).

¹ 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 (article 19). Voir également l'article 1.1 des Principes Unidroit 2004 sur les Contrats commerciaux internationaux, l'article 2 de l'avant-projet de Code Européen des Contrats (Projet Gandolfi) in ZEuP 2002, S. 139 et l'article 1 :102 (liberté contractuelle) des Principes européens du Contrat in *Regards croisés sur les principes du droit européen du contrat et sur le droit français*, sous la direction de PRIETO Catherine, PU aix-Marseille 2003, p. 106.

Cette timidité du législateur français² doit se comprendre à la lumière des facteurs classiques qui déclenchent habituellement l'intervention législative. En effet, les causes d'intervention du législateur sont diverses.

Souvent il y est contraint par l'actualité³ : un événement peut déclencher un besoin de réglementer et conduire à l'adoption de lois dites « de circonstance ». Ces lois peuvent être limitées dans le temps ou être pérennes, mais leur lien est évident avec un événement donné.

S'en approchent les lois qui constituent des bris de jurisprudence⁴, dont un des exemples les plus médiatisés fut, en France, la législation suite à l'arrêt Perruche⁵. Or précisément en droit des contrats, tant la pratique que la doctrine s'accommodent des fluctuations de la jurisprudence, limitant ainsi l'intervention du législateur. Les exemples français tirés de la jurisprudence Chronopost sur la prestation essentielle dans le contrat⁶ ou de la jurisprudence sur la nécessité de déterminer le prix dans un contrat⁷ en sont des illustrations classiques. Aucune de ces jurisprudences n'a conduit à une intervention législative. De façon similaire, le droit allemand s'est appuyé pendant des décennies sur des créations jurisprudentielles en droit des contrats, telles la violation positive du contrat (*positive Vertragsverletzung*)⁸, la responsabilité précontractuelle (théorie de la *culpa in contrahendo*), ou la disparition du fondement contractuel (*Wegfall der Geschäftsgrundlage*)⁹.

D'autres facteurs¹⁰, tels l'idéologie¹¹, l'évolution des mœurs, ou la conjoncture économique¹² n'ont eu que peu de conséquences sur le droit des contrats, sauf peut-être à contribuer à augmenter par voie réglementaire les exigences de formalisme *ad validatem*¹³.

² Une remarque similaire peut être faite à l'encontre du législateur belge qui s'appuie sur un code quasi identique au code civil français.

³ Pour une étude d'ensemble, FOYER Jean, *L'actualité et le législateur*, Les Petites Affiches (Paris), 13 juil. 2005, n° 138, p. 11.

⁴ FOYER Jean, (n.3), p. 11.

⁵ Cass. Ass. plén., 17 nov. 2000 : Bull. civ. n° 9. – Voir également la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002, article 1^{er}.

⁶ Cass. com., 22 oct. 1996 : Bull. civ. IV, n° 261.

⁷ Cass. ass. plén., 1^{er} déc. 1995 : Bull. civ. n° 9.

⁸ RG, 9.07.1907 = RGZ 66, 289.

⁹ Sur toutes ces institutions, SCHNEIDER Winfried-Thomas, « La codification d'institutions prétoriennes » in, *Le Nouveau droit allemand des obligations, L'impact de la réforme dans les relations franco-allemandes d'affaires*, RIDC 4-2002, p. 933, spéc. p. 959 et suiv. – Voir également CASHIN-RITAINE Eleanor, *Imprévision, Hardship und Störung der Geschäftsgrundlage : Pacta sunt servanda und die Wege zur Anpassung des Vertrages im deutsch-französischen Rechtsverkehr*, Jb.J.ZivRWiss. 2001, S. 85.

¹⁰ Pour une étude, CAYROL Nicolas, « Rapport introductif », in *L'actualité des constructions juridiques*, Les Petites Affiches (Paris), 13 juil. 2005, n° 138, p. 5.

¹¹ Tels, les idées consuméristes aboutissant à un Code de la consommation.

¹² Par exemple, le droit réglementant les situations de surendettement des particuliers en est une conséquence.

¹³ Notamment en droit de la consommation, où le souci de protection du consommateur par des exigences formelles a bouleversé fondamentalement la conception classique du contrat en tant qu'accord purement consensuel.

Seule l'évolution de la technique, sous la pression internationale, a engendré un droit de l'internet ayant des ramifications en droit des contrats et conduisant à une adaptation du Code civil en France¹⁴. Cette même pression internationale vient aujourd'hui de l'Union européenne.

L'influence de l'Europe est particulièrement tangible lorsqu'il s'agit de mesurer l'intervention du législateur dans le domaine du droit des contrats. Alors même que les instruments communautaires dérivés, règlements et directives, interviennent depuis longtemps dans le domaine des contrats spéciaux, les initiatives relativement récentes du Parlement et de la Commission Européenne pour encourager une harmonisation paneuropéenne du droit des contrats ont conduit à un renouveau de la pensée juridique en la matière.

La communication de la Commission européenne en date du 12 février 2003¹⁵ 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 ». Se greffant sur cette initiative, voire l'ayant précédée, de nombreux groupes d'universitaires¹⁶ ont spontanément élaboré des modèles doctrinaux de droit européen des contrats, droit savant, en utilisant la méthode comparative.

Dépassant ces simples déclarations d'intention, certains législateurs nationaux, dont les législateurs allemand et néerlandais, ont saisi l'occasion des transpositions de 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 très parcellaires. Quelque peu en marge de ces processus, le législateur anglais, tout en transposant les normes européennes¹⁷, 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

¹⁴ A cet égard, le Code civil a été modifié par rapport à la preuve des obligations conventionnelles (C. civ., art. 1326, 1341 et 1348) et par rapport à la preuve électronique (C. civ., art. 1316-1 et suiv.).

¹⁵ *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.

¹⁶ *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, VAN HOECKE Mark, « L'idéologie d'un Code civil européen », in *Le Code Napoléon, un ancêtre vénéré ? Mélanges offertes à Jacques Vanderlinden*, Bruylant (Bruxelles) 2004, p. 467, spéc. p. 483 et suiv..

¹⁷ SAMUEL Geoffrey, « La réception du droit communautaire en droit anglais des contrats » in, *La réception du droit communautaire en droit privé des États membres*, Bruylant 2003, p.112.

d'ouverture et de modernité agissent pour s'aligner sur un modèle européen. Toutefois, il faut se garder de conclusions hâtives : l'action n'est pas nécessairement synonyme de modernité.

Les concepts de tradition et de modernité d'un droit doivent se mesurer au regard de l'adaptation d'une règle à des comportements sociaux actuels et futurs, sans pour autant céder à la tentation du conjoncturel¹⁸. Le législateur se doit ainsi d'être toujours alerte face aux besoins des citoyens, construisant une société moderne tout en préservant l'héritage du passé.

Tirillés entre la tradition et la modernité, les législateurs européens font tantôt preuve d'action ou d'inertie, aussi bien dans le domaine du droit commun des contrats¹⁹ que dans celui des contrats spéciaux. Cette étude montrera les divergences d'approche des législateurs français, allemand, néerlandais et anglais.

Les développements qui vont suivre tenteront alors de décoder les raisons de ces attitudes d'action ou d'inertie, d'une part dans le domaine du droit commun des contrats (I) d'autre part dans le droit des contrats spéciaux (II).

I. Action et inertie des législateurs européens dans le droit commun des contrats

L'action ou l'inertie des législateurs dans le droit commun des contrats trouve son explication à la fois dans des contraintes historiques, comme en France et en Angleterre, où le poids du passé reste considérable (A), et dans des considérations économiques qui ont conduit les législateurs allemand et néerlandais à adopter un code moderne adapté à l'Europe économique (B).

¹⁸ CAYROL Nicolas, (n. 10), p. 5 : « tant que nous contemplons l'actualité, nous restons enfermés dans le présent, négligeant la tradition et repoussant à plus tard l'avenir du droit ». Également loc. cit., « Le droit est fait pour les hommes d'aujourd'hui. [...] pour les juristes, une solution durable n'est pas une fin en soi : la compréhension du monde dans lequel nous vivons est essentiellement relative à un moment donné. ».

¹⁹ Utiliser la notion de droit commun des contrats ne manquera pas de choquer certains, qui n'hésiteront pas à souligner la distinction classique du droit des contrats de source germanique et du droit des obligations tel qu'il est conçu en France. Cette simplification pédagogique rend plus facile la comparaison entre des institutions similaires.

A. Le poids du passé

Le poids du passé résulte en France et en Angleterre de deux facteurs très différents, mais néanmoins convergents. En Angleterre, la source principale du droit des contrats demeure classiquement la jurisprudence, le législateur restant volontairement en retrait (1). En France, à l'inverse, le droit des contrats est formellement de source législative, mais la jurisprudence est de plus en plus active en raison d'une inertie, également volontaire, du législateur (2).

1. Le poids du passé en Angleterre

Le poids du passé résulte en Angleterre d'une confiance inébranlable en la jurisprudence. Alors même que la source de toute loi est le Parlement, selon le principe que les textes législatifs s'imposent à tous et ont la prééminence sur les autres sources du droit²⁰, notamment sur le droit de source jurisprudentielle telles la *common law* et l'*equity*, la tradition juridique anglaise s'appuie sur l'interprétation jurisprudentielle pour donner effet à une loi²¹. En effet, la jurisprudence, et particulièrement la *common law*, est considérée comme le reflet du « bon sens de la communauté, regroupé et formulé par nos ancêtres »²².

Dès lors, en droit des contrats, la loi ne définit pas ce qu'est un contrat²³. Cette définition a été l'œuvre de la jurisprudence. Tout comme la jurisprudence a élaboré les conditions de formation du contrat, la notion de *consideration*, les effets du contrat. Cela ne veut pas dire que le législateur anglais soit resté inactif. De nombreuses lois ont été votées en droit des contrats²⁴. Toutefois son action n'est efficace qu'au travers de la jurisprudence qui, en consacrant l'œuvre législative, lui donne effet.

Paradoxalement, la situation est similaire en France où le législateur, historiquement en retrait par rapport au droit privé des contrats, laisse également une grande liberté au juge.

²⁰ FRISON Danièle, *Droit anglais, institutions britanniques*, Ellipses (Paris) 1993, p. 8.

²¹ FRISON Danièle, (n. 20), p. 77 : « Ce ne sont pas les textes législatifs, mais les décisions des tribunaux qui fixent les règles de droit ».

²² FRISON Danièle, (n. 20), p. 47.

²³ MCKENDRICK Ewan, *Contract Law, Text, Cases and Materials*, Oxford University Press 2003, p. 4. – *Chitty on Contracts*, Sweet and Maxwell (London) 2004, p. 3.

²⁴ Par exemple, Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999 ; Consumer Protection Act 1987 ; Sale of Goods Act 1979 ; Unfair Contracts Terms Act 1977.

2. Le poids du passé en France

Le poids du passé en France résulte de deux facteurs essentiellement : d'une part du sentiment que le Code civil est un monument intangible²⁵, d'autre part d'une certaine autonomie de la jurisprudence qui a su faire évoluer les concepts du Code.

a) L'intangibilité du Code civil

Le Code civil français avait été conçu comme un texte devant être suffisamment flexible « pour assimiler le présent et le futur »²⁶. Ceci supposait une écriture large, couvrant le plus de cas possibles. S'y ajoutait l'exigence d'une stabilité et pérennité permettant selon les termes d'un auteur une « cristallisation plus durable des situations »²⁷. Enfin, les rédacteurs avaient confiance à la fois dans les principes généraux, mais également dans la jurisprudence future.

Le fait que le Code civil fût également un code ajouta à son prestige²⁸. En effet, codifier²⁹ signifie à la fois faire une loi, mais également l'assembler dans un ouvrage commun avec d'autres textes permettant de le rendre plus accessible. De fait, le Code civil avait permis de

²⁵ A l'occasion du bicentenaire du Code civil, de nombreuses journées d'études se sont penchées sur la codification et son impact sur les législations du monde entier. Parmi ces publications, on peut consulter utilement, les *Actes de la journée d'études du 25 novembre 2004 à l'occasion du bicentenaire du Code civil – Le rayonnement du droit codifié*, éd. Des Journaux Officiels (Paris) 2005 – *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations – rétrospective et perspectives à l'heure du Bicentenaire du Code civil*, Sous la direction de Geneviève Pignarre, Dalloz (Paris) 2005. – *Actes du Colloque d'Aix du 3 décembre 2004, Approche méthodologique et légistique de la pérennité et de l'adaptabilité du Code civil*, RRJ 2004-5, p. 2741 et suiv., - *Le Code civil*, Revue Pouvoirs, 107, 2003. – *Le Code civil 1804-2004, Livre du Bicentenaire*, Dalloz Litec (Paris) 2004. – *1804-2004 Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz (Paris) 2004.

²⁶ BERTHIAU Denis, « L'actualité en pays de droit écrit », in *L'actualité des constructions juridiques*, Les Petites Affiches (Paris), 13 juil. 2005, n° 138, p. 51.

²⁷ BERTHIAU Denis, (n. 26), p. 51. – Mais également, CABRILLAC Rémy « Introduction à la journée d'études à l'occasion du bicentenaire du Code civil », in *Le rayonnement du droit codifié*, éd. Des Journaux Officiels (Paris) 2005, p. 15, 18 : « La codification fascine le juriste enfin, qui poursuit le désir utopique d'un droit idéal et éternel, d'un jardin de textes impeccablement ordonnés à la française, pour les siècles des siècles. »

²⁸ Sur la codification en général, quelques études récentes : *Actes de la journée d'études du 25 novembre 2004 à l'occasion du bicentenaire du Code civil – Le rayonnement du droit codifié*, éd. Des Journaux Officiels (Paris) 2005. – *Codes et Codification*, in Les Cahiers de Droit (Université de Laval, Québec), vol. 46, n° 1-2, mars-juin 2005, pp 1-626. – *Code civil et modèles, Des modèles du Code au Code comme modèle*, sous la direction de Thierry REVET, LGDJ (Paris) 2005.

²⁹ BERTHIAU Denis, (n. 26), p. 51.

démocratiser le droit³⁰ et par là même avait pu faire naître un sentiment de protection juridique chez le citoyen³¹.

Pourtant, les imperfections de ce code sont légions en la matière du droit des contrats³². Ainsi les règles sur la formation des contrats sont lacunaires puisque les notions d'offre, d'acceptation et leurs régimes juridiques sont purement et simplement ignorées au regard du droit de la vente interne alors même que les règles françaises sur la vente internationale de marchandises connaissent, grâce à l'application de la Convention de Vienne du 11 avril 1980, une structure claire. Les règles concernant la bonne foi dans la négociation du contrat ou dans son exécution restent floues³³. Les exigences d'une cause du contrat sont devenues si complexes qu'ils ne permettent plus d'assurer la sécurité juridique pourtant indispensable³⁴.

De façon similaire, la nécessaire intervention du juge pour résoudre un contrat en France tranche avec l'apparente liberté de la résolution unilatérale en Allemagne³⁵. Parallèlement, les délais de prescription, tel le délai trentenaire de droit commun, appartiennent à l'âge de la diligence postale et ne tiennent absolument pas compte des moyens modernes de communication et de l'accélération des rapports juridiques³⁶.

Dès lors l'intervention législative s'impose, d'autant que cette prérogative appartient au seul Parlement comme le prévoit l'article 34 de la Constitution de 1958. Néanmoins, jusqu'à ce jour, il a été particulièrement inactif.

³⁰ ALBERTINI Pierre, « Les enjeux politiques, juridiques et techniques de la codification », in *Le rayonnement du droit codifié*, éd. Des Journaux Officiels (Paris) 2005, p. 27, 29.

³¹ CABRILLAC Rémy, (n. 27), p. 15, 18, évoque le « besoin de sécurité juridique né d'une crise des sources du droit ».

³² REMY Philippe, *Réviser le titre III du livre troisième du Code civil ?*, Revue des contrats (Paris), 2004, p. 1169.

³³ COHEN Daniel, « La bonne foi contractuelle : éclipse et renaissance », in *1804-2004, Le Code civil, Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz (Paris) 2004, p. 517.

³⁴ Sur la jurisprudence récente en matière de cause : MAZEAUD Denis, « La cause », in *1804-2004, Le Code civil, Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz (Paris) 2004, p. 451. – Pour un exposé d'une situation similaire en Belgique : Van Ommeslaghe Pierre, « Actualités du droit des obligations. L'objet et la cause des contrats » in, *Actualité du droit des obligations*, Bruylant 2005, p. 39 et suiv.

³⁵ GHESTIN Jacques, *Le Code civil en France aujourd'hui*, Revue des contrats (Paris), 2004, p. 1152.

³⁶ Pour une étude comparé : FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, *Variation sur le processus d'harmonisation du droit à travers l'exemple du droit de la prescription*, Revue des Contrats (Paris) 2004, n° 3, p. 801.

b) L'inertie du législateur français

En présence d'un nouveau besoin social, le législateur peut intervenir pour créer du neuf, tel le droit des nouvelles technologies, ou pour restaurer l'ancien, et dès lors rénover le Code civil. Cependant, selon les termes d'un auteur³⁷, « à partir d'un certain état de délabrement, il est vain de vouloir restaurer, comme il ne faut pas mettre le vin nouveau dans les vieilles outres ». C'est pourtant cette deuxième voie qui a été choisie jusqu'à présent en France.

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 depuis 1804, 261 articles sur 289 ont conservé leur rédaction d'origine³⁸. Seuls 8 ont été abrogés.

Cela ne veut pas dire que le Code ne s'est pas transformé³⁹. Les mutations, paradoxalement, ont été essentiellement l'œuvre de la jurisprudence⁴⁰.

En principe, l'article 5 du Code civil prohibe les arrêts de règlement, c'est-à-dire les arrêts qui ont une valeur presque législative en raison de leur caractère abstrait, général et impersonnel. Pourtant, des pans entiers du droit des contrats s'inspirent du principe jurisprudentiel⁴¹. En particulier, les règles de formation du contrat sont pour l'essentiel de source prétorienne. De façon similaire, l'interprétation des vices du consentement, de la notion de cause et d'objet sont tributaires de la jurisprudence. Enfin, la jurisprudence est allée jusqu'à créer de toutes pièces une obligation contractuelle de sécurité.

Cette situation n'a pas manqué d'interpeller les auteurs : pour Monsieur Ghestin⁴², le droit des obligations est trop imprévisible. Pour d'autres auteurs, le Code civil n'est plus qu'un

³⁷ CAYROL Nicolas, (n. 10), p. 5.

³⁸ REMY Philippe, (n. 32), 2004, p. 1169. – Également, ANCEL Pascal, « 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*, Sous la direction de Geneviève PIGNARRE, Dalloz (Paris) 2005, p. 47.

³⁹ GHESTIN Jacques, (n. 35), p. 1152.

⁴⁰ Voir sur cette question, l'article récent de PUIGELIER Catherine, *La création du droit (Libres propos sur la norme jurisprudentielle)*, RRJ-2004-1, p. 17. - MORVAN, *En droit, la jurisprudence est une source du droit*, RRJ, 2001, p. 77. - MOULY Christian, *Le revirement pour l'avenir*, JCP 1994, éd. G, I, 3776. – Également ANCEL Pascal, (n. 38), p. 47, p. 48 qui souligne le poids de la doctrine dans ces constructions jurisprudentielles. – Plus anciennement, THIBIERGE C., *Libres propos sur la transformation du droit des contrats*, RTDciv. 1997, p. 357. – Voir aussi, FAGES Bertrand, *Einige neuere Entwicklungen des französischen allgemeinen Vertragsrechts im Lichte der Grundregeln der Lando Kommission*, ZEuP 2003, S. 514.

⁴¹ MORVAN Patrick, *Les visages de principe dans la jurisprudence de la Cour de Cassation : inventaire d'un droit « hors-la-loi »*, Les Petites Affiches (Paris), 8 juin 2005, n° 113, p. 5.

⁴² GHESTIN Jacques, (n. 35), p. 1152.

« fantôme »⁴³, « mort d'avoir trop vécu »⁴⁴. De fait, la place très importante laissée à la jurisprudence est source d'incertitude. L'intervention du législateur pourrait alors contribuer à renforcer la sécurité juridique.

Toutefois, il n'en est pas ainsi puisque cette incertitude se retrouve également dans les domaines où le législateur est intervenu. En effet, l'intervention législative a été prolifique et complexe dans le domaine des contrats spéciaux, conduisant à des incohérences 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. L'acheteur dispose au choix de l'action fondée sur la garantie des vices cachés (art. 1641 et suiv. C. civ.), de l'action en défaut de conformité, d'une action fondée sur une violation de l'obligation d'information et de conseil, ou de l'action sur le fondement de la loi du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux.

Le droit commun est ainsi vidé de sa substance, rendu tributaire des interprétations sectorielles du droit spécial.

Précisément ces incohérences ont pu être évitées par la mise en place d'un droit moderne des contrats en Allemagne et aux Pays Bas.

B. La mise en place d'un droit moderne en Allemagne et aux Pays Bas

Les deux codifications, allemande et néerlandaise sont fondamentalement différentes. Alors que les Pays Bas ont voulu affirmer leurs particularités nationales et ont créé un code original et moderne (1), l'Allemagne a souhaité se situer dans une perspective d'harmonisation communautaire du droit des contrats en créant un code susceptible de servir de modèle dans cette initiative (2). En Suisse on parlerait certainement de Code « euro-compatible ».

⁴³ FONTAINE Marcel, « Les obligations contractuelles : 1804-1904-2004 et l'avenir », in *Le droit des obligations contractuelles et le Bicentenaire du Code civil*, sous la direction de WERY P., La Chartre, Bruxelles 2004, p. 1.

⁴⁴ REMY Philippe, « Regards sur le Code », in *Le Code civil 1804-2004, Livre du Bicentenaire*, Dalloz, Litec 2004, p. 99, spéc. 102.

1. Un Code néerlandais original et moderne

Le Code civil Néerlandais de 1992⁴⁵ a permis de codifier l'ensemble du droit privé englobant tant le droit de la famille, que le droit des biens et le droit des relations patrimoniales, que le droit des personnes morales, ou le droit des obligations. A cet égard, il remplace à la fois l'ancien Code civil et l'ancien Code de commerce qui avaient été adoptés en 1838. L'élaboration de ce Code a cependant pris 55 années⁴⁶.

Dans le domaine précis du droit des contrats⁴⁷, ce code se caractérise par la prise en compte des enseignements du droit comparé. C'est ainsi que l'on constate un découpage, selon le modèle allemand, entre une partie générale consacrée aux actes juridiques (Livre III), une partie relative aux contrats en général (Livre VI) et des dispositions relatives aux contrats spéciaux (Livres VII et VIII). L'influence du droit allemand se retrouve également dans la conception de la bonne foi contractuelle et la prise en considération des conditions générales d'affaires.

Parallèlement, les auteurs se sont également inspirés de la *common law*, notamment au regard des vices du consentement en introduisant les notions anglo-saxonnes de *misrepresentation* et de *rescission for undue influence*.

Cependant, l'approche comparative ne saurait à elle seule garantir la modernité d'un code. Ce qui est nouveau, c'est la prise en considération d'instruments internationaux tels les Conventions de la Haye et de Vienne sur la vente internationale de marchandises, voire de façon incidente des Principes Unidroit⁴⁸. Ces instruments ont très largement modelé les règles de formation du contrat ainsi que les règles régissant l'inexécution et ses conséquences.

La modernité du code se mesure également à l'aune d'un équilibre subtile entre principes généraux et souci du détail. Le justiciable moderne cherche la sécurité juridique d'un texte

⁴⁵ HARTKAMP Arthur, "The Dutch Civil Code – A Model to be Imitated?", in *Towards a European Civil Code, Reflections on the Codification of Civil Law in Europe*, Publications de l'ERA (Trèves), 2002, p. 21, 25.

⁴⁶ VAN DUNNÉ Jan, "‘Lawyers Paradise’ or ‘Paradise Lost’? The Dutch Civil Code of 1992 as an Exponent of the 19th Century Legislative Tradition", in *Le Code Napoléon, un ancêtre vénéré? Mélanges offerts à Jacques Vanderlinden*, Bruylant (Bruxelles) 2004, p. 337, sur l'historique de la codification néerlandaise.

⁴⁷ HARTKAMP Arthur, (n. 45), p. 21.

⁴⁸ 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, HARTKAMP Arthur, *The Unidroit Principles for International Commercial Contracts and the New Netherlands Civil Code*, Liber amicorum C.J.H.B. Brunner, Kluwer 1994, p. 127.

détaillé qui lui permet néanmoins toute flexibilité dans un monde économique en constante évolution.

Au regard du droit des obligations, le Code civil néerlandais conjugue ces deux qualités 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.

En définitive, ce Code a su faire la synthèse entre son héritage, le Code civil français, tout en intégrant les pensées plus récentes des juristes allemands et anglais. A ce titre, il constitue un précurseur du futur code des contrats européen, tout en conservant sa connotation nationale.

En revanche, cette ambition de servir comme modèle au futur code des contrats européen a été exprimé à l'occasion de l'entrée en vigueur du nouveau droit allemand des obligations en 2002.

2. Un Code euro-compatible pour l'Allemagne

Dans son introduction à l'édition 2002 du BGB des éditions Beck, le professeur Larenz⁴⁹ 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 en soulignant que « l'euro-compatibilité de ce code est un pas vers l'unification du droit sur le plan européen ».

Le ton est ainsi donné : la rénovation du droit des obligations se veut résolument moderne et tournée vers l'avenir européen. D'ailleurs les principes soutenant la réforme du droit des

⁴⁹ LARENZ Stefan, Einführung, S. 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, DAUBLER-GMELIN, NJW 2001, p. 2281. – Prônant, en revanche, une science juridique européenne qui soit une synthèse raisonnée de ce que les systèmes nationaux offrent, VAN HOECKE Mark, (n. 17), p. 467, spéc. p. 493. – M. VAN HOECKE ET F. OST, *Legal Doctrine in Crisis : Towards a European Legal Science*, 18 Legal Studies, 1998, pp. 197-215.

obligations étaient⁵⁰ : « uniformisation et simplification comme source de modernisation du droit, augmentation de la transparence et de la sécurité juridique et diminution des coûts ». En quelque sorte un *credo* que ne renierait pas la Commission européenne dans sa quête du Marché unique.

Dès lors le législateur allemand a profité de la transposition de la directive du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation pour modifier de façon substantielle les règles sur la prescription des obligations, celles sur la responsabilité contractuelle, le droit de la vente, du contrat d'entreprise et le droit du crédit. L'occasion était également donnée pour intégrer au code civil, les autres lois concernant la protection du consommateur⁵¹ mais également les acquis de la jurisprudence telles les règles sur la renégociation du contrat suite à la disparition du fondement contractuel.

Le législateur allemand dispose ainsi d'une longueur d'avance puisqu'il a tenté d'anticiper les évolutions européennes. Pour l'instant cependant, la seule compétence communautaire en matière de droit des contrats reste sectorielle, se limitant, par exemple, à une harmonisation du droit international privé, du droit de la consommation, du droit de la concurrence.

Néanmoins, malgré ce nouvel instrument moderne, certaines voix demeurent critiques en doctrine. Le professeur Barbara Dauner-Lieb⁵² souligne ainsi que « dans bien des domaines importants pour la pratique, il règne une totale insécurité juridique » et que par ailleurs « le droit des obligations allemand n'est certainement pas un code modèle pour le droit européen des obligations : il est bien trop compliqué et abstrait. »

Ce qui est davantage un modèle pour le droit européen des obligations et, partant pour l'action des législateurs nationaux, est le développement spectaculaire du droit des contrats spéciaux tant au niveau national que communautaire.

⁵⁰ DAUNER-LIEB Barbara, *Vers un droit européen des obligations? Enseignements tirés de la réforme allemande du droit des obligations*, RIDC 2004, p. 559, 560.

⁵¹ Sauf la loi sur les produits défectueux.

⁵² DAUNER-LIEB Barbara, (n. 49), p. 559, 561.

II. Action et inertie des législateurs européens dans le droit des contrats spéciaux

Faute de repenser une théorie générale des contrats, tel que ce fut le cas en Allemagne ou aux Pays Bas, certains pays, dont notamment la France et la Belgique, ont connu ces dernières années une inflation quasi-incontrôlée du droit des contrats spéciaux (A). Cette tendance devrait s'accroître sous l'influence européenne (B).

A. Inflation incontrôlée du droit des contrats spéciaux

L'inflation du droit des contrats spéciaux est particulièrement mesurable en France et en Belgique⁵³. En France, tout comme en Belgique, le Code civil 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 de commerce⁵⁴. Dès lors le législateur a créé de nombreux droits spéciaux dans le domaine des contrats, comme le contrat de travail régi par le Code du travail, le contrat de bail régi par divers lois spécifiques 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 incontrôlée et conduire à une certaine inefficacité du droit des contrats devenu chaotique et complexe.

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 obligations⁵⁵. Elle contredit, en outre, la célèbre parole de Portalis dans le *Discours préliminaire*, « L'office de la loi est de fixer, par des grands vues, les maximes générales du

⁵³ 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 l'ouvrage, *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, Sous la direction de Patrick Wéry, Louvain 2004.

⁵⁴ RÉMY Philippe, "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, p. 16, 17.

⁵⁵ Sur les rapports entre droit commun et droits spéciaux, voir MAZEAUD Denis, « L'imbrication du droit commun et des droits spéciaux » in, *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations – rétrospective et perspectives à l'heure du Bicentenaire du Code civil*, Sous la direction de Geneviève Pignarre, Dalloz (Paris) 2005, p. 73. – MONTERO Etienne et DEMOULIN Marie, « La formation du contrat depuis le Code civil de 1804 : un régime en mouvement sous une lettre figée » in, *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, Sous la direction de Patrick Wéry, Louvain 2004, p. 61, spéc. 101, n°46 et suiv.

droit : d'établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière »⁵⁶.

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 consommateur⁵⁷. De façon similaire, la réglementation des clauses abusives⁵⁸ 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 domicile⁵⁹, à distance⁶⁰ ou dans les contrats de crédit⁶¹, bouleversent durablement la fixation de l'instant de la conclusion du contrat⁶².

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 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 des obligations s'est transformé aujourd'hui 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 (art. 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

⁵⁶ Pour le texte du discours préliminaire, voir l'ouvrage récent, *Le discours et le code, Portalis, deux siècles après le Code Napoléon*, Litec (Paris) 2004, p. XXI, spéc. p. XXV.

⁵⁷ Art. L 111-1 à L 112-7 du 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, M.B., 29 août 1991

⁵⁸ Art. L 132-1 du Code de la consommation.

⁵⁹ Art. L 121-21 et suiv. du Code de la consommation.

⁶⁰ Art. L 121-16 et suiv. du Code de la consommation.

⁶¹ Art. L 311-1 et suiv. du Code de la consommation. - Pour la Belgique, voir la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation, M.B., 9 juillet 1991 ; loi du 4 août 1992 relative au crédit hypothécaire, M.B., 19 août 1992.

⁶² MONTERO Etienne et DEMOULIN Marie, « La formation du contrat depuis le Code civil de 1804 : un régime en mouvement sous une lettre figée » in, *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, Sous la direction de Patrick Wéry, Louvain 2004, p. 61, spéc. 106, n°51.

contractuel unifié, il préfère conserver les textes spéciaux en un *corpus* distinct, ordonné par matière.

Depuis 2000, s'est développée la codification à droit constant⁶³, qui implique une mise à jour permanente afin d'assimiler l'ensemble de l'actualité législative, réduisant selon les termes de M. Berthiau, « le concept de code à un contenant »⁶⁴.

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.

Le renouvellement trop fréquent des solutions juridiques conduit alors à la fois à une méconnaissance générale du droit mais également à des maladresses du législateur, qui n'a plus le recul nécessaire, ni même la possibilité d'embrasser d'un seul coup d'œil, l'océan de textes épars qui s'offrent à lui. Dès lors, modernité du droit devient synonyme de complexité et par conséquent d'imprévisibilité et d'insécurité.

Ce manque de visibilité s'accroît encore lorsqu'il s'agit d'intégrer l'acquis communautaire en matière de droit des contrats dans l'ordre juridique national.

B. L'influence du droit européen

L'influence du droit européen est ressentie différemment par les législateurs nationaux (1). Elle devrait toutefois conduire à un *jus commune* européen, peut-être de source législative (2).

1. Les législateurs nationaux face au droit européen

L'assaut du droit européen sur les droits nationaux des contrats est double. D'un côté, les directives sectorielles introduisent des modifications ponctuelles de telles règles contractuelles spécifiques⁶⁵. De l'autre côté, la prochaine communautarisation de la Convention de Rome de

⁶³ Rémy SCHWARTZ, « La codification à droit constant », in *Le rayonnement du droit codifié*, éd. Des Journaux Officiels (Paris) 2005, p. 27, 29.

⁶⁴ BERTHIAU Denis, (n. 27), p. 51.

⁶⁵ Par exemple en droit de la consommation, BOURGOIGNIE Thierry, *L'impact du droit européen de la consommation sur le droit privé des États membres*, in *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, Economica (Paris) 2002, p. 59

1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles⁶⁶ rend urgent une approche commune des concepts contractuels fondamentaux. Ce double constat a conduit à l'amorce d'un réveil du législateur français qui se démarque assez sérieusement de l'état d'alerte présent dans d'autres pays européens.

a) L'amorce d'un réveil du législateur français

Si la doctrine française s'est longtemps abstenue de réclamer une réforme du droit des obligations et des contrats, il n'en est plus ainsi aujourd'hui sous l'influence européenne. Alors même que les praticiens s'accommodaient de réformes sectorielles du droit des contrats spéciaux et que la jurisprudence rassurait la doctrine, les plus hautes instances de l'Etat ont annoncé lors du bicentenaire du Code civil la préparation d'un projet de réforme du droit des obligations⁶⁷.

La raison politique de ce réveil semble être, selon les termes du professeur Rémy, la perspective d'un Code civil européen⁶⁸. Pour lui, il s'agirait 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 ».

Cette vision très nationaliste du droit ne semble pas partagée⁶⁹, du moins expressément, par d'autres législateurs européens qui sont depuis un certain temps en alerte et ouverts aux idées européennes.

⁶⁶ Proposition de Règlement sur le droit applicable aux obligations contractuelles du 15 déc. 2005, COM (2005) 650.

⁶⁷ REMY Philippe, (n. 32), p. 1169. – *Entretien avec Pierre Catala*, « Il est temps de rendre au Code civil son rôle de droit commun des contrats », JCP éd. G, 2005, 1, 170. – *Avant-projet de réforme du droit des obligations (articles 1101 à 1386 du Code civil) et de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil)*, Rapport à M. Pascal Clément, Garde des Sceaux, le 22 septembre 2005.

⁶⁸ REMY Philippe, (n. 32), p. 1169. – Voir également, LEQUETTE Yves, « Vers un Code Civil européen ? » in *Le Code civil*, Revue Pouvoirs (Paris), 2003, p. 97, spéc. p. 104. – TALLON Denis, « 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, p. 997.

⁶⁹ Voir également en doctrine, SONNENBERGER Hans Jürgen, « Code civil et Bürgerliches Gesetzbuch : leur fonction de pilier dans la construction de la société civile européenne », in *1804-2004 Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz (Paris) 2004, p. 1011.

b) État d’alerte euro-favorable en Allemagne et au Pays Bas... et en Angleterre

Cet état d’alerte euro-favorable en Allemagne, aux Pays Bas et en Angleterre s’explique par une approche plus souple de la législation dont le processus de conception n’est pas l’apanage du seul législateur.

Dans les systèmes allemand et néerlandais, la doctrine a une influence considérable sur la législation. Le terme *Professorenrecht* parfois utilisé à l’égard du droit suisse, traduit une réalité en Allemagne et aux Pays Bas. Lorsqu’il s’était agi de modifier le droit des obligations en Allemagne, le législateur a tenu compte des nombreuses études doctrinales en la matière⁷⁰. Parallèlement, certains groupes d’universitaires dont le professeur von Bar en Allemagne et les Universités d’Utrecht et Leyde aux Pays Bas travaillent *de lege ferenda* sur un futur Code européen⁷¹.

En Angleterre, les cours de justice et la doctrine commencent à s’intéresser aux jurisprudences du continent européen⁷².

Par comparaison, on peut remarquer que l’influence des professeurs est tout à fait marginale en France. Ceci explique peut-être l’indifférence apparente du législateur français quant à une évolution législative du droit des contrats. Or on peut se demander comment dans ce contexte il est possible d’atteindre une harmonisation, législative ou non, du droit des contrats, et comment dès lors mesurer l’action du législateur sur le droit privé européen.

2. La construction (législative) d’un *jus commune* européen ?

Ce bref panorama européen a permis de constater l’action et l’inertie des législateurs conjuguées à une approche traditionnelle ou moderne de la réforme du droit des contrats. Chaque pays apporte sa réponse propre à cette convergence inéluctable des droits sur le plan européen, voire mondial. Une vision politique, presque nationaliste du droit a conduit le législateur français à ne procéder que par retouches successives tout en s’assurant d’une

⁷⁰ Voir en particulier *Le Nouveau droit allemand des obligations, L’impact de la réforme dans les relations franco-allemandes d’affaires*, RIDC 4-2002, p. 933 et suiv.

⁷¹ Voir liste n. 16.

⁷² Voir les références citées par SAMUEL Geoffrey (n. 17), p. 112, spéc. p. 116 notes 15 et 16.

adaptation progressive du droit aux contraintes économiques grâce au fait jurisprudentiel. C'est d'ailleurs un peu ce que Portalis exprimait dans son *Discours préliminaire* lorsqu'il précisa : « les codes se font avec le temps ; à proprement parler, on ne les fait pas », rejoignant ainsi *de facto* la pratique judiciaire de la *common law*.

De façon plus moderne, les législateurs allemand et néerlandais ont réformé leurs droits des contrats, capitalisant sur l'héritage du passé tout en se projetant dans l'avenir. L'influence des universitaires était alors essentielle dans ce processus de modernisation rapide.

Or cet avenir sera nécessairement européen et aucun législateur ne pourra s'y soustraire.

Tout comme les rédacteurs du Code civil français avaient permis un compromis entre l'affirmation de nouveaux principes politiques et le besoin de stabilité sociale tout en assurant la synthèse entre le *droit écrit* du Sud de la France et le *droit coutumier* du Nord⁷³, le législateur moderne devra jongler entre les besoins d'une harmonisation européenne du droit des contrats et le respect des traditions juridiques nationales.

C'est à ce prix que pourra se construire un *jus commune* moderne des contrats, dont déjà le lointain ancêtre issu des foires de Champagne du Moyen-Age annonçait les Temps Modernes, tout en consacrant les acquis du passé et de la tradition.

C'est certainement cette voie que devra emprunter le législateur européen. Quant à savoir quel instrument il acceptera de promouvoir, code obligatoire à la française⁷⁴ ou *restatement* facultatif à l'américaine⁷⁵, la discussion n'est pas close, et demeure encore à l'heure actuelle de la compétence normative des législateurs nationaux, qui pourtant ne semblent pas pressés de se lancer dans cette aventure.

⁷³ REMY Philippe, (n. 54), p. 16.

⁷⁴ Il convient de souligner que tant une large partie de la doctrine que les praticiens sont hostiles à un instrument impératif. Voir à cet égard pour l'Allemagne, DAUNER-LIEB Barbara, (n. 49), p. 559, 563-364.

⁷⁵ RUFFINI GANDOLFI M.-L. *Problèmes d'unification du droit en Europe et le Code européen des Contrats*, RIDC 4-2002, p. 1075-1103.