



ASSOCIATION
HENRI CAPITANT
DES AMIS DE LA CULTURE
JURIDIQUE FRANÇAISE

**REPONSE A LA COMMISSION EUROPEENNE :
A PROPOS DE LA CREATION D'UN DROIT EUROPEEN DES CONTRATS
POUR LES CONSOMMATEURS ET LES ENTREPRISES**

1. Comme elle l'avait déjà fait en 2001, la Commission européenne lance une consultation publique sur l'opportunité de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises.

Comme elle l'avait fait naguère¹, l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française a décidé de répondre à cette nouvelle consultation. A l'instar de sa réponse de 2002, celle-ci n'émane que du seul groupe français de l'Association et ne prétend pas exprimer la position officielle ou majoritaire de ce groupe. Elle a été rédigée par ceux de ses membres qui s'étaient déjà investis dans la préparation du projet de cadre commun de référence², en collaboration avec la Société de législation comparée, et qui ont conçu les deux ouvrages³ qui reflètent le travail accompli alors, ainsi que par d'autres membres qui les ont rejoints pour cette occasion⁴.

2. Conformément à sa décision de participer activement à l'entreprise d'harmonisation européenne du droit des contrats, afin que le futur *corpus* européen respecte l'équilibre entre les différentes traditions contractuelles européennes et, en particulier, que soit assurée à la tradition civiliste la place qui lui revient, l'Association Henri Capitant répond tout naturellement aujourd'hui à la nouvelle consultation lancée par la commission. Si, comme la majorité de ses membres rassemblés en Assemblée générale l'avaient décidé, elle est favorable au principe d'une harmonisation européenne, elle entend toutefois, au préalable, émettre certaines observations relatives à certaines difficultés qui, en l'état, lui semblent aujourd'hui, comme hier, hypothéquer les chances de succès du projet en question.

3. En premier lieu, on ne peut que regretter que, depuis 2001, date de sa première consultation, la commission n'ait pas jugé opportun de tenir compte des réticences et des résistances exprimées et constatées que son entreprise d'harmonisation avait suscitées à l'époque.

¹ « Réponse - hors délai - à la Commission européenne : à propos d'un code européen des contrats », *D.* 2002, chron., p. 2542 et s.

² A savoir Denis Mazeaud, Jean-Baptiste Racine, Laura Sautonie-Laguionie et Guillaume Wicker.

³ *Terminologie contractuelle commune et Principes contractuels communs*, éd., Société de législation comparée, coll. Droit privé comparé et européen, dir. B. Fauvarque-Cosson, vol. 6 et 7, 2008.

⁴ A savoir Philippe Dupichot, Cyril Grimaldi, et Yves Strickler.

Beaucoup, favorables ou non à l'idée d'un droit européen des contrats, avaient d'abord relevé le vice d'ordre institutionnel qui affectait la démarche de la Commission. En effet, un très grand nombre d'auteurs s'accordaient pour dénier à l'Europe la moindre compétence dans ce domaine particulier : « *le législateur communautaire ne jouit que d'une compétence d'attribution. Il ne peut donc agir que dans le cadre des dispositions prévues par le traité* »⁵ ; « *Chaque intervention des autorités communautaires a besoin pour sa validité d'une base légale précise. Or celle-ci fait, en la circonstance manifestement défaut* »⁶. Or, sauf erreur, il semble bien qu'il n'existe toujours pas de support juridique qui permette de légitimer une entreprise d'harmonisation européenne du droit des contrats menée par la Commission.

4. Ensuite, pas plus aujourd'hui qu'hier, une étude sérieuse n'a été menée pour démontrer l'opportunité économique du projet. Certes, on affirme souvent que la diversité des droits en Europe constitue un obstacle aux échanges économiques en Europe et que la réalisation du marché intérieur suppose l'adoption d'un droit des contrats unifié⁷ : « *Un marché unique appelle un instrument contractuel unique* »⁸, en somme. Mais en dépit de l'évidente apparence de cet argument d'ordre économique, il n'emporte pas une adhésion générale. D'une part, on reproche encore à ceux qui l'avancent de procéder par simple voie d'affirmation, sans apporter le moindre commencement de preuve de sa véracité. Ainsi, on ne dispose toujours pas d'études décisives qui démontrent que l'existence d'un droit européen des contrats serait un facteur de développement économique, dont bénéficieraient toutes les entreprises, qu'elles soient grandes, moyennes ou petites, et les consommateurs. D'autre part, l'affirmation susvisée souffre de ce qu'elle occulte le coût qu'emporterait fatalement la création d'un instrument contractuel européen. Ainsi, la formation des juges à ce droit nouveau, de même que la création d'une juridiction européenne suprême, chargée de l'interprétation de ce droit européen des contrats, afin d'assurer et de garantir son effectivité, ne sont jamais abordées.

5. Enfin, depuis 2002, la Commission européenne n'a rien entrepris qui soit susceptible d'apaiser les craintes d'ordre politique et culturel émises par certains. Beaucoup, en France notamment, redoutent que l'entreprise d'harmonisation se solde par un appauvrissement culturel et une uniformité « *ennuyeuse* »⁹ se substituant à une diversité créative et dynamique¹⁰ : alors que « *l'un des atouts de l'Europe réside dans la richesse de ses cultures* »¹¹ et de ses droits, l'europanisation du droit des contrats, déboucherait sur une Europe affaiblie¹² car uniformisée. Sans compter que toute entreprise d'harmonisation serait, par ailleurs, totalement vaine en raison, précisément, des irréductibles différences linguistiques et culturelles qui séparent les peuples européens et condamnent fatalement toute velléité unificatrice dans l'ordre juridique¹³. Par ailleurs, l'idée d'un droit européen des contrats suscite toujours une forte réaction de méfiance et de défiance parce que sa réalisation

⁵ B. Fauvarque-Cosson, « Faut-il un Code civil européen ? », *RTDciv.*2002, 463, sp. n°8.

⁶ Y. Lequette, « Vers un Code civil européen ? », *Pouvoirs*, n°107, 2003, p. 97, sp. p.99.

⁷ Sur cette argumentation, v. J.-B. Racine, « Pourquoi unifier le droit des contrats en Europe ? Plaidoyer en faveur de l'unification », *Rev. du droit de l'Union européenne*, p. 369 et s., sp. n°9 et s.

⁸ D. Tallon, « Vers un droit européen des contrats », *Mél. Colomer*, 1993, p. 485.

⁹ Ph. Malaurie, « Le Code civil européen des obligations et des contrats, une question toujours ouverte », *JCP* 2002.I.110, sp. n°13.

¹⁰ En ce sens, v. Ph. Malaurie, *eod.loc.*, *passim*.

¹¹ Y. Lequette, *eod.loc.*, sp. p. 107.

¹² En ce sens, v. aussi, G. Cornu, « Un code civil n'est pas un instrument communautaire », *D.* 2002, chron., 351, *passim* ; F. Terré et A. Outin-Adam, « L'année d'un bicentenaire », *D.*2004, chron., p. 12, sp. p.15.

¹³ En ce sens, v. notamment, P. Legrand, « Sens et non-sens d'un code civil européen », *RIDC*, 1996, p. 779.

emporterait nécessairement une atteinte fatale à notre Code civil, donc au cœur même de notre droit privé. L'entreprise d'harmonisation européenne causerait donc des dommages irréparables, non seulement au Code civil, qui forme un tout dont la modification substantielle d'une des pièces maîtresses fragiliserait nécessairement et sensiblement l'édifice considéré dans son ensemble¹⁴, mais encore à l'esprit que le Code civil dans sa partie relative aux contrats, notamment, véhicule puisque « *les valeurs du marché auxquelles (l'ordre communautaire) s'identifie balaient comme fétus de paille les valeurs du droit civil. Alors que le droit civil s'efforce d'appréhender le civis, le citoyen, dans toute sa complexité et sa diversité, le droit communautaire le rabaisse à ses seules dimensions de producteur et de consommateurs (...)* »¹⁵.

6. On peut regretter, même si on ne partage pas nécessairement toutes ces craintes, que, depuis qu'elles ont été émises, la Commission européenne n'ait pas jugé opportun de les apaiser. Si l'on souhaite, en effet, que le droit européen des contrats ait une quelconque effectivité, il convient que sa légitimité et son opportunité ne souffrent pas la moindre discussion. Ce n'est manifestement et malheureusement toujours pas le cas.

Par ailleurs, l'Association regrette le manque de transparence dans la désignation des experts chargés par la commission d'élaborer le contenu de l'instrument de droit européen du contrat. On peut s'étonner aussi de l'opacité dans laquelle ce groupe travaille et du temps extrêmement bref dans lequel il doit effectuer la mission qui lui a été confiée. L'adhésion des Etats européens et de la communauté des juristes européens à cet ambitieux projet suppose un maximum de transparence, d'informations et surtout que l'on prenne le temps indispensable à la réalisation d'un projet aussi important. Aucun code national ne s'est fait en quelques années, ni *a fortiori* en quelques mois, il a toujours fallu des décennies et des décennies. Cette leçon donnée par l'histoire des nations qui la composent devrait être retenue par l'Europe, du moins si l'on souhaite garantir la légitimité et la pérennité de l'instrument de droit européen des contrats.

Reste qu'en dépit de ces réserves de principe, l'Association Henri Capitant demeure fidèle à la ligne qu'elle s'est fixée en cette matière, à savoir ne pas pratiquer la politique de la chaise vide et peser de tout son poids dans l'entreprise d'harmonisation européenne du droit des contrats. C'est dans cette perspective que s'inscrit la réponse qui suit, animée par l'idée que la tradition civiliste, dont l'Association promeut la diffusion depuis 75 ans, mérite d'irriguer le droit européen des contrats en phase d'élaboration.

7. Concrètement, il est apparu aux membres du groupe de travail que pour répondre aux différentes questions relatives à la nature juridique et au champ d'application du futur instrument de droit européen du contrat, il était indispensable de distinguer selon que ce droit aurait vocation à régir les rapports contractuels entre les professionnels et les consommateurs, d'une part, et entre professionnels, d'autre part. Embrasser dans un seul et même mouvement ces deux types de rapport vouerait inéluctablement le droit européen des contrats à un échec cinglant. En effet, qu'il s'agisse des impératifs, des objectifs ou des valeurs, ils sont radicalement différents lorsqu'il s'agit de déterminer le régime des contrats qu'une entreprise conclut avec un consommateur ou celui qui va s'appliquer aux contrats que la même entreprise conclut avec une autre entreprise.

8. Aussi, c'est autour de cette distinction qui semble cardinale que la présente réponse sera articulée.

¹⁴ En ce sens, G. Cornu, « Un code civil n'est pas un instrument communautaire », préc., sp. p. 352.

¹⁵ Y. Lequette, *eod.loc.*, sp. p. 107.

I) LES RAPPORTS ENTRE PROFESSIONNELS ET CONSOMMATEURS

9. Pour ces rapports contractuels spécifiques, on écartera d'emblée les options 1 (Publication des résultats du groupe d'expert), 2 (« Boîte à outils »), 3 (Recommandation de la Commission): elles seraient impuissantes à régir efficacement les relations entre professionnels et consommateurs et traduiraient un repli évident de la construction communautaire par rapport au droit positif.

Notre faveur se porte au premier chef sur l'élaboration d'une directive porteuse d'un droit commun des contrats de consommation (option 5) (A) et, subsidiairement, sur un règlement au domaine soigneusement délimité (option 6) (B).

A) Une directive porteuse d'un droit commun des contrats de consommation (option 5)

10. S'il soulève certaines difficultés, le choix d'une directive relative au droit européen des contrats semble d'abord le plus judicieux au plan institutionnel : une telle directive s'inscrirait plus facilement qu'un règlement - ou *a fortiori* qu'un code civil européen... - au cœur de la compétence institutionnelle de l'Union Européenne.

Pareille intervention communautaire doit en effet être conforme aux principes de subsidiarité et de proportionnalité énoncés respectivement aux paragraphes 3 et 4 de l'article 5 du Traité sur l'Union Européenne : la compétence d'attribution de l'Union Européenne est en effet partagée en cette matière et nullement exclusive.

Le principe de subsidiarité paraît respecté : il devrait pouvoir être démontré que la protection des consommateurs sera mieux assurée au niveau communautaire qu'au niveau national par une directive d'harmonisation du droit européen des contrats. Il s'agit d'assurer un meilleur fonctionnement du marché intérieur en assurant un niveau élevé et uniforme de protection des consommateurs par l'harmonisation complète du droit des contrats de consommation intéressant le marché intérieur. Mais, ainsi qu'on l'a déjà souligné, les études sur ce point font encore trop souvent défaut : le législateur communautaire a parfois tendance à affirmer péremptoirement que la diversité des droits nationaux des contrats constitue un obstacle à l'unité du marché intérieur, sans étayer scientifiquement ce postulat.

Le respect du principe de proportionnalité sera quant à lui fonction de l'amplitude de l'harmonisation envisagée : plus la directive aura un périmètre ambitieux, plus cette exigence de proportionnalité s'en trouvera affectée ...

12. Ensuite, le choix d'une directive d'harmonisation minimale, qui permet aux États membres de maintenir ou d'adopter des règles de protection des consommateurs plus fortes, semble préférable à plus d'un titre.

De façon générale, le souhait d'une harmonisation maximale dénature en effet l'instrument même de la directive : elle perd toute flexibilité puisque les États ne peuvent par hypothèse aller au-delà des objectifs qu'elle poursuit tandis qu'elle n'offre pas la sécurité d'un règlement en exposant au risque d'absence ou de mauvaise transposition.

Et s'agissant des contrats de consommation, une harmonisation maximale conduirait, suivant toute vraisemblance et non sans quelque paradoxe, à une protection seulement

minimale des consommateurs : la recherche du plus petit dénominateur politique commun entre les pays de l'Union européenne opérerait certainement en ce sens. L'adoption par la France et l'Allemagne de la Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux droits des consommateurs en date du 8 octobre 2008 aurait elle-même achoppé sur cette crainte d'un possible "retour en arrière" : des voix se sont émues qu'une telle directive ait pu avoir davantage pour objectif de garantir aux professionnels la diminution des "coûts de mise en conformité" liés à l'éclatement des droits nationaux que d'assurer une protection aux parties faibles consommatrices...

Le maintien d'une marge d'appréciation des États en cette matière - que seule la directive d'harmonisation minimale permet d'assurer - est donc absolument nécessaire. Les droits de tradition civiliste, droit français en tête, ont toujours fait de l'équilibre une vertu¹⁶ et de la protection de la partie faible un enjeu, ceci à rebours des conceptions utilitaristes prédominantes en pays de *common law*. Et si la France a exporté son Code civil par la force des baïonnettes, c'est au contraire paisiblement qu'elle a diffusé son droit de la consommation : la Faculté de droit de Montpellier ne fut-elle pas la première au monde à créer un Centre de droit de la consommation dès 1975 ? Forte de cette tradition civiliste d'équilibre¹⁷, le droit français a inspiré plusieurs directives communautaires en la matière puis, une fois celles-ci adoptées, généralement usé de sa liberté d'accroître la protection dévolue aux consommateurs en allant au-delà de l'harmonisation minimale.

De surcroît, l'exigence de transposition d'une directive relative au droit européen des contrats favoriserait une intégration des dispositions du droit de l'Union Européenne tout à la fois plus respectueuse des concepts juridiques nationaux et moins précipitée.

13. Enfin, s'agissant de son champ d'application, une telle directive devrait certainement régir le commerce transfrontière qui se trouve évidemment au cœur des préoccupations du droit de l'Union Européenne et de sa compétence. La Commission a par exemple souligné récemment que « *le potentiel offert par le commerce électronique transfrontalier demeure ainsi partiellement inexploité, au détriment tant des entreprises, notamment des PME, que des consommateurs* » ; ce commerce électronique transfrontalier constitue de toute évidence un gisement de croissance qu'une harmonisation permettrait sans doute d'accompagner en renforçant la confiance des consommateurs et acheteurs à distance dans le droit applicable à leur relation contractuelle.

Mais elle devrait également porter sur le commerce interne : c'est déjà le cas des directives évoquées et la Proposition de directive du 8 octobre 2008 est à juste titre en ce sens.

Les consommateurs de l'Union Européenne, pris en leur qualité d'*homo economicus* peineraient en effet à comprendre que leurs droits soient différents suivant que le contrat aura été conclu sous l'empire de leur droit national ou d'un autre droit de l'Union.

Une grande directive relative au droit européen des contrats devra ainsi avoir pour ambition minimale de résorber la « *fragmentation du cadre réglementaire de la Communauté* »¹⁸ dont la Commission reconnaît tant l'existence que les inconvénients. La révision de l'acquis communautaire, initiée en 2004, doit en effet certainement être

¹⁶ Sur cette tradition civiliste d'équilibre, V. not. Ass. H. Capitant, *Les droits de tradition civiliste en question, A propos des rapports Doing business de la Banque Mondiale*, t. 1, 2006, éd. SLC, n° 94 et s.

¹⁷ V. not. Ph. Dupichot, "Les contrats du consommateur", Travaux Ass. H. Capitant, t. 57, 2007, éd. Bruylant, 2010, p 109 et s., spéc. n° 6.

¹⁸ Exposé des motifs de la Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux droits des consommateurs en date du 8 octobre 2008, n° 2008/0196 (COD).

poursuivie. La simplification et l'amélioration de la qualité rédactionnelle et technique des nombreuses directives intéressant déjà les contrats de consommation ne peuvent qu'être une priorité : il faut accroître l'intelligibilité du droit de l'Union européenne. On songe notamment aux 4 directives concernées par la Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux droits des consommateurs en date du 8 octobre 2008¹⁹. Dans ces conditions, il semble qu'il faille au minimum poursuivre l'effort de révision entrepris et de consolidation des quatre directives précitées.

14. Aller au-delà d'une telle consolidation à droit constant suppose que l'exigence de proportionnalité soit encore satisfaite.

Une harmonisation ciblée et limitée aux problématiques purement consuméristes (rétractation, information, responsabilité, clauses abusives, etc.) serait certainement conforme au principe de proportionnalité.

Mais une harmonisation plus ambitieuse de l'ensemble des règles applicables aux contrats conclus entre professionnels et consommateurs serait probablement *critiquable* en tant qu'elle pourrait excéder la limite de « *ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs des traités* » (article 5 § 4 TUE) et donc les compétences mêmes de l'Union Européenne... La Commission a souligné cette difficulté récemment en relevant que c'est précisément pour respecter cette exigence de proportionnalité que la Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux droits des consommateurs en date du 8 octobre 2008 devait « *réglementer uniquement les aspects essentiels du droit des contrats de consommation et n'empiète pas sur des concepts plus généraux tels que la capacité de contracter ou l'octroi de dommages-intérêts* ».

Toutefois, si une réelle volonté d'étendre l'objet de l'intervention communautaire devait se dégager, une directive porteuse également d'un droit commun des contrats de consommation présenterait un attrait bien supérieur. Celle-ci aurait pour ambition d'élaborer un droit commun des contrats de consommation dont l'empire pourrait s'étendre aux questions suivantes : définition du contrat, obligations précontractuelles, formation du contrat, droit de rétractation, représentation, causes de nullité, interprétation, teneur et effets des contrats, exécution, recours en cas d'inexécution voire prescription²⁰. Il en résulterait des règles fédératrices susceptibles d'inspirer les législateurs et les juges nationaux même en l'absence de texte communautaire. Les directives à consolider ne manqueraient pas ou d'alimenter ce nouveau droit commun (clauses abusives ou léonines, contrats à distance par exemple) ou d'en constituer les droits dorénavant spéciaux (vente et garantie par exemple). Enfin, l'avènement d'un droit commun des contrats de consommation pourrait participer d'une construction contractuelle européenne responsable et progressive : Portalis ne disait-il pas que "*Les codes des peuples se font avec le temps ; mais à proprement parler, on ne les fait pas*" ?

Si l'option 5 devait ne pas être retenue, la seconde option qui pourrait l'être à titre subsidiaire est l'option 6.

¹⁹ Directive 85/577/CEE concernant les contrats négociés en dehors des établissements commerciaux ; directive 93/13/CEE concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs ; la directive 97/7/CE concernant les contrats à distance et la directive 1999/44/CE sur la vente et les garanties des biens de consommation

²⁰ Comp. avec la classification plus compréhensive encore évoquée dans les PCCR et reprise par le Livre Vert à titre indicatif.

B) Subsidiairement, un règlement au domaine précis (option 6)

15. Le législateur de l'Union Européenne pourrait malgré tout faire le choix d'une intégration plus grande des droits de la consommation. C'est pourquoi le choix d'un règlement doit tout de même être apprécié de façon subsidiaire à l'aune de considérations de forme et de fond.

16. Sur la forme, en premier lieu, on est conduit à s'interroger sur la légalité d'un règlement au vu des dispositions du traité. La légalité d'un règlement doit pareillement être appréciée au regard du principe de subsidiarité et de sa base juridique.

Au regard du principe de subsidiarité, d'abord. D'après l'art. 4§2 du TFUE, les compétences sont, en matière de « *protection des consommateurs* » et de « *marché intérieur* », partagées entre l'Union et ses Etats membres. Or, lorsque les traités attribuent à l'Union une compétence partagée avec les États membres dans un domaine déterminé, « *les États membres exercent leur compétence dans la mesure où l'Union n'a pas exercé la sienne* » (art. 2 TFUE). Cette disposition pourrait laisser accroire que l'Union est libre de légiférer comme elle l'entend, ne laissant aux Etats qu'une compétence résiduelle, si l'article 5§3 TUE n'énonçait pas le fameux principe de subsidiarité, aux termes duquel, lorsque la compétence est partagée, « *l'Union intervient seulement si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États membres (...) mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union* »²¹. Or l'Union a expliqué en quoi ce principe ne serait pas méconnu²².

17. S'agissant, ensuite, de la base juridique d'un règlement. D'après l'art. 169 TFUE, l'Union promeut les intérêts des consommateurs, d'une part, par « *des mesures qu'elle adopte en application de l'article 114²³ dans le cadre de la réalisation du marché intérieur* » (§2, a) et, d'autre part, par « *des mesures qui appuient et complètent la politique menée par les États membres, et en assurent le suivi* » (§2, b)). Or, toujours suivant l'art. 169 TFUE, les mesures prises par le Parlement européen et le Conseil en application du §2, b) « *ne peuvent empêcher un État membre de maintenir ou d'établir des mesures de protection plus strictes* » (§4), ce qui laisse à penser qu'*a contrario*, il n'en va pas de même des mesures prises dans le cadre du §2, a). Aussi, un règlement – ou d'ailleurs une directive d'harmonisation maximale – ne se conçoit que s'il était pris sur le fondement de l'art 169, §2, a) TFUE : en vue de réaliser le marché intérieur, et non pas seulement la protéger les consommateurs²⁴. Or tel devrait être précisément le cas (l'art. 114 est la base juridique donnée à la proposition de directive relative aux droits des consommateurs de 2008).

²¹ Et v. le protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité, C 310/207.

²² V. notamment l'Exposé des motifs de la proposition de directive relative aux droits des consommateurs de 2008.

²³ Aux termes duquel, « le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire et après consultation du Comité économique et social, arrêtent les mesures relatives au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur », et « la Commission, dans ses propositions prévues au paragraphe 1 en matière de santé, de sécurité, de protection de l'environnement et de protection des consommateurs, prend pour base un niveau de protection élevé (...) ».

²⁴ V. notamment le Livre vert de la Commission relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises.

18. Sur le fond, en second lieu. Si l'Union européenne décidait d'adopter un règlement, celui-ci devrait retenir un niveau de protection particulièrement élevé des consommateurs, afin de satisfaire aux exigences des Etats les plus protecteurs, comme la France. Par ailleurs, son champ d'application devra être rigoureusement délimité afin de rassurer les Etats membres sur l'étendue exacte de leur liberté, spécialement les Etats les plus libéraux. Ce besoin est d'autant plus pressant que le choix d'un instrument d'*uniformisation*, tel le règlement, plutôt que de *rapprochement*, ce qu'est une directive d'harmonisation minimale, invite à préciser rigoureusement son champ d'application.

L'exemple de la directive 85/374/CEE relative à la responsabilité du fait des produits défectueux est particulièrement éloquent : cette directive, d'harmonisation maximale²⁵, instaure un mécanisme de protection des consommateurs ayant acquis un bien présentant un défaut de sécurité. Deux questions se sont notamment posées : les Etats peuvent-ils avoir des règles de droit commun également applicables au produit défectueux – on pense ici à l'obligation de sécurité dégagée par la jurisprudence française - ? Et peuvent-ils étendre le champ d'application des règles de la Directive à d'autres situations, par exemple aux biens professionnels ? Les deux questions sont absolument différentes, ce qu'a bien compris la Cour de Luxembourg en répondant par l'affirmative²⁶ à cette dernière et par la négative²⁷ à la première. En somme, à l'intérieur de son champ d'application, on applique la seule directive, alors qu'à l'extérieur, les Etats sont libres des règles à appliquer : règles *ad hoc* ou/et extension du champ d'application des règles de la directive²⁸. On mesure alors toute l'attention qui sera nécessaire à la délimitation du champ d'application du futur instrument.

II) LES RAPPORTS ENTRE ENTREPRISES

19. Si le choix d'un instrument optionnel mérite d'être discuté, il paraît également possible de proposer, par le biais d'un règlement, une autre voie, celle qui offrirait aux professionnels des clauses contractuelles types, sur les points stratégiques du processus contractuel qui font l'objet de divergences entre les droits nationaux.

Une fois encore, donc, l'hésitation est permise entre l'instrument optionnel suggéré par l'option 4 du Livre vert (A) et les clauses contractuelles types (B), entre une forme de « prêt-à-porter » et une forme de « sur mesure ».

A) Un instrument optionnel (option 4)

20. Il est *a priori* très séduisant de proposer un régime optionnel, un 28^{ème} droit des contrats en Europe. En effet, on offre ainsi aux opérateurs économiques la possibilité d'un choix entre le droit national et le droit européen des contrats. Une telle configuration ménage les susceptibilités nationales en ce qu'elle ne fait pas disparaître les droits des Etats membres (dans un domaine fortement marqué par des traditions historiques, en France et ailleurs). Elle

²⁵ *Supra*.

²⁶ CJCE 4 juin 2009, aff. 285/08.

²⁷ CJCE 25 avril 2002, aff. C-183/00.

²⁸ Comp. J. Rochfeld, « Les implications de la méthode d'harmonisation totale par directives, L'exemple de la proposition de directive du 8 octobre 2008 sur les droits du consommateur », in *L'amorce d'un droit européen du contrat, La proposition de directive relative aux droits des consommateurs*, SLC 2010, p. 153

ne brusque pas les contractants qui peuvent ne pas choisir le droit européen et rester dans le giron habituel des droits nationaux. A ce titre, elle semble avoir les faveurs de la Commission à travers son Livre vert.

21. Un instrument optionnel serait *de jure et de facto*, une liberté offerte aux agents économiques. Sans le relais de la pratique, une telle démarche serait néanmoins lettre morte. Aussi, les professionnels (et les praticiens du droit) doivent-ils être persuadés de l'utilité d'un tel instrument. Or, de manière générale, la pratique est très prudente et même, dans certains cas, frileuse. Dans le domaine international, les contrats sont le plus souvent soumis à une loi nationale (majoritairement la loi anglaise selon certaines études²⁹) pour des raisons tirées d'impératifs (réels ou supposés) de sécurité juridique (en termes essentiellement de prévisibilité). Il se peut qu'un instrument optionnel ne soit que très rarement choisi et fasse l'effet d'un « coup d'épée dans l'eau ». Le risque est d'autant plus grand que les professionnels préfèrent le plus souvent le droit qu'ils ont eux-mêmes construit, notamment à travers les pratiques et les usages³⁰, plutôt qu'un droit étatique à l'élaboration duquel ils n'ont pas, ou peu, été associés. La remarque avait déjà été faite sous l'égide de l'Association Henri Capitant : « *les professionnels donnent plus facilement leur aval à des textes établis par leurs pairs qu'à ceux conçus par des comparatistes, si éminents soient-ils* »³¹. Dans cette perspective, la rédaction d'un instrument optionnel de droit des contrats applicable dans les relations entre professionnels doit, pour réussir et donc avoir quelque effet, associer fortement en amont les professionnels eux-mêmes (qui peuvent cependant, entre eux, avoir des intérêts divergents).

22. L'instrument de droit européen des contrats ne devant pas introduire de contraintes ou de complications supplémentaires à la charge des entreprises, il ne semblerait pas inutile de prévoir des dispositions générales, constituant la base d'un droit commun des contrats. Pour ce qui relève des contrats spéciaux, parmi lesquels la vente internationale de marchandises pour laquelle la convention de Vienne est venue unifier les règles substantielles, l'option d'un droit européen des contrats commun apparaît pertinente sous l'angle du marché intérieur. Encore faut-il que les principes qui seront retenus par le règlement soient en phase avec ceux des conventions internationales précédentes, qui pourraient en constituer le socle. Dès lors, le contenu de l'instrument optionnel en projet mérite d'englober à la fois le droit commun des contrats (il faut un droit commun !) ainsi que les principaux contrats dits spéciaux (dans la terminologie française), c'est-à-dire les contrats les plus utiles à la vie des affaires.

23. Il demeure néanmoins que de nombreuses questions se posent dès lors que l'on s'interroge sur les contours d'un instrument optionnel. Celles-ci concernent tant son champ d'application matériel que son champ d'application spatial.

Quant à son champ d'application matériel. Il nous semble que cet instrument optionnel devrait être destiné aux contrats conclus entre professionnels. En effet, l'idée même d'un

²⁹ V. *Civil Justice Systems in Europe: Implications for Choice of Forum and Choice of Contract Law. A Business Survey, October 2008* consultable sur : http://www.fondation-droitcontinental.org/upload/docs/application/pdf/2010-08/oxford_civil_justice_survey_-_summary_of_results_final.pdf.

³⁰ P. Mousseron (dir.), *Les usages en droit de l'entreprise*, LexisNexis, 2010.

³¹ Ph. Malinvaud, « Réponse – hors délai – à la Commission européenne : à propos d'un code européen des contrats », op. cit., p. 2551.

instrument optionnel semble contrarier l'objectif de protection du consommateur. Cette protection, si elle se veut réellement efficace, ne peut *a priori* passer par un instrument optionnel, comme tel non obligatoire (bien que le Livret vert envisage, dans le cadre de l'option 4, un instrument optionnel y compris à l'égard des consommateurs). Dans le cadre des contrats d'adhésion, le risque serait en effet qu'une place soit laissée aux choix stratégiques des professionnels quant au choix du droit applicable (sous réserve, il est vrai, des règles spéciales de droit international privé protectrices du consommateur).

24. Quant à son champ d'application spatial, faut-il limiter l'application du règlement aux contrats transfrontières ou doit-on l'étendre aux contrats internes ?

Formule extensive : si l'on couvrait les contrats internes, le règlement ouvrirait une possibilité de choix du droit applicable en matière interne. Cette faculté n'est pas complètement étrangère au droit positif, dans la mesure où il existe d'ores et déjà des régimes optionnels³². Cela introduirait néanmoins un changement important dans la mesure où le droit national des contrats pourrait être écarté par les parties. Il y aurait alors coexistence de deux régimes distincts. Cette coexistence pourrait provoquer des différences, voire des contradictions. Mais, de manière naturelle, les droits nationaux seraient ainsi conduits à se rapprocher du droit européen du contrat qui ferait figure de modèle. Ce serait une manière de faire converger, de manière spontanée, les droits nationaux dans le même sens. Sans compter que cette option large serait de nature à favoriser les entreprises européennes et à porter le droit européen dans l'espace mondial.

Formule limitative : l'instrument optionnel serait ici limité aux contrats transfrontières. D'autres difficultés se posent alors. La principale réside dans la définition d'un tel type de contrat. Il s'agit en réalité d'une forme de contrat international limité aux relations intra-européennes³³. C'est alors le règlement Rome I du 17 juin 2008 qui aurait vocation à s'appliquer (même s'il a été conçu comme un instrument universel, permettant également la désignation d'une loi d'un pays non membre de l'Union européenne). D'ores et déjà, ce règlement contient un Considérant 13 qui ouvre sur la possibilité de ne pas choisir une loi nationale³⁴. Il serait sans doute nécessaire de modifier (déjà !) le règlement Rome I pour intégrer expressément dans son champ la possibilité de choisir dans le cadre des contrats transfrontières le futur instrument optionnel (ce alors même que le Considérant 14 du règlement prévoit l'adoption éventuelle d'un instrument juridique spécifique contenant des règles matérielles de droit des contrats³⁵). Mais il est possible d'aller encore plus loin : dès l'instant où, en matière internationale, la volonté des parties est reine, il est envisageable que n'importe quel contrat international, même s'il n'intéresse pas les relations internes à l'Union, soit soumis, si les parties le veulent, à l'instrument européen. En effet, par la voie, notamment, de la technique de la contractualisation du droit choisi³⁶, les parties peuvent faire de n'importe quel texte, même non obligatoire (ex. Principes UNIDROIT) le droit applicable à leur contrat.

³² S. Lemaire, « Le choix de la loi du contrat en droit interne », RRJ 2001, p. 1431 ; J.-B. Seube, « L'electio juris en droit interne ou la soumission volontaire des parties à un droit protecteur », Mélanges J. Calais-Auloy, Dalloz, 2004, p. 1009.

³³ De manière générale, le contrat international lui-même est difficile à définir. V. P. Mayer, « Réflexions sur la notion de contrat international », in Mélanges P. Tercier, Schulz, 2008, p. 873.

³⁴ « Le présent règlement n'interdit pas aux parties d'intégrer par référence dans leur contrat un droit non étatique ou une convention internationale ».

³⁵ « Si la Communauté adopte dans un instrument juridique spécifique des règles matérielles de droit des contrats, y compris des conditions générales et clauses types, cet instrument peut prévoir que les parties peuvent choisir d'appliquer ces règles ».

³⁶ Ou de l'incorporation : v. J.-M. Jacquet, « L'incorporation de la loi dans le contrat », Trav. Com. Fr. DIP, Pédone, 1996, p. 23.

On voit ainsi que l'instrument optionnel a un champ d'application « à étages » : interne au niveau national / à la fois « interne » et international au niveau intra-européen / international à un niveau extra-européen.

B) Un règlement instituant des clauses types (option nouvelle)

25. Lors du colloque organisé le 23 octobre 2008 par la Chancellerie dans le cadre de la Présidence française de l'Union européenne, et ayant pour thème « *Quel droit européen des contrats pour l'Union européenne ?* », les travaux académiques réalisés en vue de l'institution d'un cadre européen de référence avaient été pour la première fois soumis à l'appréciation critique des membres des diverses professions du droit et des représentants du monde de l'entreprise. A cette occasion, la plus grande majorité d'entre eux a manifesté une hostilité marquée à l'égard de la perspective d'un système instituant une réglementation globale du droit des contrats en Europe. Pour l'essentiel, les professionnels répugnaient à s'engager vers un nouveau corps de règles créées de toutes pièces, dès lors que celles-ci n'étaient pas situées par rapport aux règles du droit des contrats dont ils ont la pratique. D'une part, ils craignaient que ces nouvelles règles ne soient pas en phase avec les besoins de leur pratique, et, d'autre part, qu'elles leur fassent perdre la valeur que représentent leurs compétences acquises en matière de pratique contractuelle.

26. Eu égard à ces réticences, il apparaît que le problème premier n'est pas tant celui de la nature de l'instrument européen qui favoriserait une harmonisation des droits contractuels, que celui de l'objet de cet instrument d'harmonisation. Ne s'intéresser qu'au choix de l'instrument conduit à occulter la difficulté première, qui est de déterminer les attentes des professionnels. Une interrogation limitée à la nature de l'instrument est dépourvue de légitimité car elle conduit à considérer comme d'ores et déjà résolue la question préalable de l'identification des besoins des professionnels. Or la plupart des professionnels ne sont pas disposés à adopter un nouveau système contractuel qui leur imposerait de modifier leurs procédures dans l'élaboration des contrats. En revanche, il est bien certain que sur un nombre important de points, il existe des facteurs d'incertitude, voire d'incompréhension, entre les systèmes contractuels nationaux. De là, la démarche à suivre en vue d'un rapprochement, sinon d'une harmonisation des droits contractuels, passerait par les deux étapes que sont l'identification préalable des besoins des professionnels, puis la détermination de la nature et de l'objet de l'instrument susceptible d'y répondre.

27. Dans un premier temps, il conviendrait d'identifier les points qui font effectivement difficulté lorsque des juristes de culture contractuelle différente ont à s'accorder. Cela supposerait, dans le cadre d'une étude comparative de l'ensemble des droits contractuels des Etats européens, voire seulement des plus caractéristiques, de reprendre chacune des étapes du processus contractuel de façon à répertorier ces points de divergence. A titre d'exemple, on peut songer à la diversité des solutions nationales concernant les règles relatives au comportement attendu des parties - notamment le contenu et le rôle de la bonne foi, l'alternative entre l'exécution par nature ou par équivalent, le sort du contrat en cas de changement de circonstances, le régime des restitutions ou encore l'intégration des motifs des contractants dans le champ contractuel. Il importe néanmoins de souligner qu'une identification réaliste et efficace impliquerait que cette étude procède directement d'une observation de la pratique des contrats internationaux ou transfrontières pour qu'elle ne soit pas le résultat de propositions purement académiques.

28. Dans un second temps, un texte européen acceptable pour les professionnels au regard des exigences de leur pratique devrait avoir pour objet, non pas de leur fournir un système clé en main, mais de leur proposer des solutions aux problèmes concrets qu'ils rencontrent. En effet, proposer au choix des professionnels un ensemble de solutions optionnelles sur les difficultés spécialement identifiées serait le moyen tout à la fois de sécuriser les échanges transfrontières tout en leur permettant de conserver leur savoir-faire en matière de pratique contractuelle. A l'instar des Incoterms³⁷, voire des contrats-type, l'objet d'un tel instrument serait d'offrir à la négociation des parties un ensemble de clauses légales optionnelles qui viendraient compléter la réglementation légale nationale constituant la loi du contrat. Le contenu de ces clauses serait à déterminer à partir de la recherche d'une transaction entre les divergences observées entre les solutions nationales, ou à tout le moins d'un choix clairement opéré. Les parties pourraient ainsi choisir un droit national comme loi de leur contrat, tout en optant pour telle clause type prévue par l'instrument européen, ce choix étant d'ores et déjà envisagé par le considérant n°14 du Règlement Rome I³⁸. Par exemple, l'instrument européen pourrait signaler aux parties que le choix du droit anglais ou du droit français comme loi de leur contrat n'emporte pas les mêmes conséquences quant au mode d'exécution forcée, et proposer une clause type qui ferait, par exemple, de l'exécution forcée en nature le principe.

29. Il semble en définitive qu'un ensemble de clauses légales optionnelles pourrait permettre aux professionnels de résoudre les principales difficultés qu'ils rencontrent en leur offrant les solutions concrètes et sans leur imposer les coûts humains et financiers qu'exigerait l'adoption d'un nouveau système contractuel. Si un tel instrument n'est pas évoqué comme tel dans les sept options ouvertes par le Livre vert, il s'inscrirait toutefois dans la démarche plus générale de la Commission européenne, qui, dans sa communication « Europe 2020 », a évoqué la possibilité d'adopter des « clauses contractuelles types européennes », comme le rappelle d'ailleurs le Livre vert lui-même. En outre, cet instrument européen présenterait des avantages tant du point de vue de la construction du droit européen que du point de vue de la pratique contractuelle.

Du point de vue de la construction européenne, cet instrument œuvrerait dans le sens d'une harmonisation des solutions, laquelle serait d'autant plus acceptable qu'elle ne s'accompagnerait pas, pour les intéressés d'un abandon de leur savoir-faire et de leur culture contractuelle. Cette harmonisation, qui peut sembler de moindre ambition que les projets académiques, n'en serait pas moins d'une grande portée en ce qu'elle permettrait de dépasser les divergences nationales sur les points essentiels du processus contractuel. Au demeurant, il s'agirait alors véritablement d'une harmonisation, là où la proposition d'un système optionnel complet constitue en réalité une tentative d'uniformisation des droits.

Du point de vue de la pratique contractuelle, un instrument composé de clauses légales optionnelles serait très probablement beaucoup plus facilement reçu par les professionnels qu'un système contractuel complet, qui leur imposerait de savoir manier en parallèle tant leur droit national que le droit européen. L'existence de ces clauses légales leur permettrait d'identifier les points de divergence entre les droits nationaux auxquels se rattache leur contrat, tout en leur proposant d'y remédier par une solution non nationale. De la sorte, les

³⁷ Ces termes sont élaborés par la Chambre du Commerce International et ont vocation à refléter les pratiques et usages professionnels. Leur publication les rend accessibles aux contractants qui peuvent choisir de les intégrer dans leur contrat afin de définir les obligations du vendeur et de l'acheteur dans le cadre d'un commerce international.

³⁸ V. texte cité *supra*, note (35).

parties seraient alertées sur la nécessité que la question fasse l'objet d'une négociation, pour laquelle l'instrument européen apparaîtrait comme une solution de compromis, de même qu'il leur permettrait de mesurer la portée du choix opéré.

30. Au regard de son contenu, à savoir un ensemble de clauses légales optionnelles, l'instrument européen pourrait consister en un règlement instituant un instrument facultatif de droit européen des contrats. Le choix d'un règlement est d'autant plus acceptable, d'une part, qu'il n'emporte pas, en raison de son objet, la création d'un ordre juridique autonome ; et, d'autre part, qu'il assure que les solutions unifiées pourraient être choisies par les parties sans qu'elles soient susceptibles d'être écartées par des dispositions impératives de la loi nationale applicable au contrat. En effet, si le Règlement resterait facultatif, une fois choisi par les parties, sa place dans la hiérarchie des normes ferait prévaloir son contenu sur celui des lois nationales. Le règlement créé serait ainsi un instrument supplétif mais supralégislatif. L'intérêt pratique serait alors important. Par exemple, le droit anglais ne reconnaît pas les clauses pénales ayant une finalité comminatoire (*penalty clause*), et n'admet que les clauses fixant par avance le montant des dommages et intérêts (*liquidated damages clause*). Le Règlement pourrait alors, d'une part, signaler cette spécificité du droit anglais, et, d'autre part, proposer aux parties une clause type instituant une clause pénale. Le choix du Règlement par les parties leur permettrait de soumettre leur contrat au droit anglais tout en intégrant une clause pénale dans leur contrat.

L'objet de l'instrument proposé laisse admettre un domaine matériel assez large. Etant par principe compatible avec les ordres publics nationaux, il pourrait concerner tant les contrats transfrontières que les contrats ne comportant pas d'élément d'extranéité. De même, les clauses légales optionnelles pourraient être proposées pour dépasser les divergences identifiées tant en droit commun des contrats que pour les principaux contrats spéciaux.