

VERS UN CODE EUROPÉEN DES CONTRATS?

par

Franz WERRO*

professeur à l'Université de Fribourg et au
Georgetown University Law Center, Washington, DC

INTRODUCTION

En 1957, le principal objectif des fondateurs de la Communauté européenne était l'établissement d'un marché commun sans barrières internes pour tous les secteurs de l'économie. A cette époque, nul ne songeait pour autant à européeniser ou à «dénationaliser» le droit privé des Etats membres. Toutefois, on s'est peu à peu rendu compte que la coexistence des droits privés nationaux pouvait nuire au bon fonctionnement du marché commun. Régulièrement, le législateur européen s'en est inquiété et a ainsi justifié l'adoption de directives dans des domaines classiques du droit privé. Une intervention plus générale était cependant exclue.

Aujourd'hui, dans la Communauté européenne, qui me servira de cadre dans la présente étude, la situation a sensiblement évolué¹. Posée à trois reprises par le Parlement européen depuis 1989, la question de savoir s'il ne faudrait pas adopter un droit civil européen a fait son chemin². Pour l'instant, un Code civil complet n'est pas envisagé, mais l'idée d'unifier le droit des contrats a fait son entrée sur la scène politique. Après sa communication du

* Je remercie Annick Achari, assistante à la Faculté de droit de l'Université de Fribourg, de l'aide qu'elle m'a apportée dans la mise au point du présent texte. Conçu pour la conférence, celui-ci a subi néanmoins quelques modifications en vue de la publication.

¹ Pour un exposé de l'ensemble de la question, cf. HAAS.

² Résolution du Parlement européen du 26 mai 1989 sur un effort de rapprochement du droit privé des Etats membres, JOCE C 158 du 28.6.1989, p. 400 (résolution A2-157/89); résolution du Parlement européen du 6 mai 1994 sur l'harmonisation de certains secteurs de droit privé des Etats membres, JOCE C 205 du 25.7.1994, p. 518 (résolution A3-0329/94); résolution du Parlement européen du 15 novembre 2001 concernant le rapprochement du droit civil et commercial des Etats membres (COM(2001) 398 — C5-0471/2001 — 2001/2871 (COS)), JOCE C 140 E du 13.6.2001, p. 538 (résolution A5-0384/2001). De nombreux ouvrages doctrinaux dans le domaine du droit privé européen ont vu le jour; cf. p. ex. HARTKAMP et al. (édit.); MÜLLER-GRAFF (édit.).

11 juillet 2001³, la Commission européenne a arrêté un plan d'action en février 2003 qui a pour objet l'adoption d'un nouveau cadre de référence législatif pour un «droit européen des contrats plus cohérent»⁴.

Il est exclu de traiter ici de cette question dans toute son ampleur. Je me limiterai à dresser d'abord un bref état des lieux du droit privé communautaire des contrats, en montrant quels en sont les effets sur le droit privé suisse (I). J'esquisserai ensuite le problème de l'unification de ce droit, envisagée par certains pour prendre le relais d'une situation jugée insatisfaisante pour le fonctionnement du marché intérieur européen (II).

I. LE DROIT PRIVE COMMUNAUTAIRE DES CONTRATS ET SON IMPACT SUR LE DROIT PRIVE SUISSE

Comme dans d'autres domaines du droit privé, l'europeanisation du droit des contrats s'est faite à l'aide de quelques règlements et surtout de nombreuses directives⁵. Ce sont elles qui nous intéresseront ici. Après en avoir rappelé quelques traits essentiels (A), j'analyserai le rôle de la CJCE dans leur interprétation (B). J'examinerai aussi l'effet de cette jurisprudence sur le droit suisse (C) et je terminerai cette première partie par une appréciation (D).

A. Les directives et leur transposition

1. Les buts et les domaines des directives

Le législateur européen a arrêté des directives en droit des contrats, premièrement, pour éviter que la diversité des droits nationaux ne fausse le libre jeu de la concurrence entre les entreprises européennes et, secondement, pour assurer l'égalité de traitement des consommateurs au sein du marché intérieur⁶.

³ COM(2001) 398 final.

⁴ COM(2003) 68 final.

⁵ Pour une liste des directives européennes de droit privé, cf. PROBST, p. 34 ss; cf. ég. WERRO (1998), p. 3 ss (p. 5 ss).

⁶ Cf. p. ex. le préambule de la directive 90/314/CEE du Conseil, du 13 juin 1990, concernant les voyages, vacances et circuits à forfait, JOCE L 158 du 23.6.1990, p. 59, où le Conseil dit qu'il convient d'arrêter cette directive, car il considère notamment: «(...) que les législations des Etats membres sur les voyages, vacances et circuits à forfait, (...), présentent de nombreuses disparités et que les pratiques nationales dans ce domaine diffèrent considérablement, ce qui entraîne des obstacles à la libre prestation des services en ce qui concerne les forfaits et des distorsions de concurrence entre les opérateurs établis dans des Etats membres différents; (...) que l'établissement de règles communes concernant les forfaits contribuera à l'élimination de ces obstacles et ainsi à la réalisation d'un marché commun des services, ce qui permettra (...) aux consommateurs de la Communauté de bénéficier de conditions comparables quel que soit l'Etat membre dans lequel ils achètent un forfait (...).»

D'abord adoptées dans des domaines très ponctuels des contrats de consommation, comme le voyage à forfait⁷ ou le démarchage à domicile⁸, les directives l'ont été ensuite pour régler des aspects plus centraux de ce type de contrats: c'est ainsi qu'en 1993, le législateur européen a arrêté la directive sur les clauses abusives⁹. Plus récemment, il s'en est pris au contrat de vente sur les clauses abusives⁹. Plus récemment, il s'en est pris au contrat de vente pour réglementer la responsabilité du vendeur et énoncer les droits de l'acheteur lorsque la chose vendue présente un défaut¹⁰.

Le législateur européen a donc élargi son action du ponctuel au général: il s'occupe aujourd'hui de questions qui sont au cœur du droit des contrats. Bien qu'il intervienne dans le droit de la consommation, son action a aussi un impact sur le droit commun¹¹. Dans certains pays, le droit commun de la vente est en passe de subir des transformations importantes afin d'en harmoniser le contenu avec le droit européen. Dans ce but, le législateur allemand est allé jusqu'à modifier les règles générales du droit des contrats dans le BGB, notamment les règles relatives à la responsabilité du débiteur. Jugé plus moderne, le modèle communautaire est aussi compatible avec d'autres instruments internationaux du droit des contrats, tels que la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises¹².

2. La transposition des directives et ses effets

On peut dire que la transposition des directives européennes a rapproché et modernisé de manière importante les droits nationaux. Le bilan est à bien des égards tout à fait intéressant et même réjouissant. A juste titre, il est pourtant très fréquemment critiqué. De manière générale, la transposition des directives n'a pas supprimé de substantielles différences entre les droits nationaux et le double but des directives rappelé plus haut n'a pas vraiment été atteint: les directives, entend-on souvent, n'assurent pas comme elles sont censées le faire le bon fonctionnement du marché intérieur¹³. A cela s'ajoute que le droit privé communautaire n'est pas d'un maniement aisé, en partie

⁷ Directive 90/314/CEE (supra note 6).

⁸ Directive 85/577/CEE du Conseil, du 20 décembre 1985, concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux, JOCE L 372 du 31.12.1985, p. 31.

⁹ Directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, JOCE L 095 du 21.4.1993, p. 29.

¹⁰ Directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil, du 25 mai 1999, sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, JOCE L 171 du 7.7.1999, p. 12. Pour d'autres exemples, cf. PROBST, p. 34 s.

¹¹ Cf. HUGUENIN, p. 173 ss; cf. ég. JOERGES, p. 20, qui parle de «disintegrative side-effect».

¹² A ce sujet, cf. notamment WERRO (2002), p. 289 ss.

¹³ A ce sujet, cf. not. BASEDOW, p. 1 ss. Plus récemment, cf. ég. HAAS, n. 483 et les réf. citées.

parce qu'il obéit à une logique supranationale dont le fonctionnement et la cohérence échappent en partie au législateur et aux tribunaux nationaux¹⁴.

Plus spécifiquement, on a tendance à formuler contre les directives et leur transposition essentiellement trois griefs. Premièrement, on estime que les directives manquent de cohérence entre elles: d'une directive à l'autre, des solutions varient sans que la diversité des matières ne le justifie (en matière de computation des délais, par exemple). A ces différences peu pratiques, s'ajoutent les disparités dans la terminologie et les concepts utilisés, qui nuisent à l'homogénéité de la réglementation; le terme dommage, par exemple, ou celui de consommateur, a un sens qui varie d'une directive à l'autre. Il en va naturellement de même dans les lois de transposition. On constate deuxièmement que les directives règlent le plus souvent une partie des problèmes seulement, laissant au législateur national le soin de faire le reste¹⁵. Conforme sans doute au principe de la subsidiarité, l'approche n'en est pas moins problématique, dans la mesure où elle favorise un morcellement du droit difficile à maîtriser. Troisièmement, bien que fragmentaire, l'approche des directives n'en est pas moins incisive et les solutions qu'elles imposent ne sont pas toujours compatibles avec des choix importants du législateur national¹⁶. La réaction dans les Etats membres est souvent celle du scepticisme ou même du rejet.

B. La jurisprudence de la CJCE: quelques illustrations critiques

1. En général

De plus en plus nombreux, les arrêts de la CJCE rendus pour interpréter les directives aident à la mise en œuvre de ces dernières, mais ils ne remédient pas aux défauts décrits ci-dessus. Le droit privé communautaire est souvent perçu comme un corps étranger qui nuit à l'équilibre et au développement harmonieux du droit national.

A cela s'ajoute que la Cour, qui était traditionnellement plus réservée dans l'interprétation des directives que dans celle du Traité¹⁷, prend aujourd'hui des positions plus tranchées et plus envahissantes. Les arrêts qui sanctionnent le respect de l'égalité des sexes en matière d'emplois sont un exemple de la place que prend la jurisprudence de la Cour. Elle a créé de toutes pièces des règles de responsabilité civile de l'employeur que le texte des directives

¹⁴ Sur les difficultés méthodologiques qui en résultent, cf. notamment AMSTUTZ, p. 105 ss.

¹⁵ BASEDOW, p. 7 ss (p. 9 s.); KÖTZ, p. 1 ss.

¹⁶ La règle du non-cumul du droit français est contraire au régime mis en place par la directive en matière de responsabilité du fait des produits. A ce sujet, WERRO (1998), p. 13 et les réf. citées.

¹⁷ Cf. VAN GERVEN (1998), p. 91 ss.

n'avait pas prévues¹⁸. En application de la directive sur la responsabilité du fait des produits¹⁹, la Cour a rendu plusieurs arrêts d'une très grande importance aussi. Elle a d'une part précisé le sens de certains concepts centraux de la directive, notamment en relation avec le fondement et les conditions de la responsabilité du producteur et la signification qu'il faut donner au caractère objectif de cette responsabilité²⁰. Le 25 avril 2002, elle a d'autre part, et surtout, affirmé dans trois affaires que, sur les points qu'elle règle, la directive poursuit une harmonisation totale de la matière²¹. Excluant un régime national de responsabilité fondé sur le défaut du produit autre que celui de la directive (cf. art. 13 de la directive), la Cour a sensiblement réduit l'autonomie dont les Etats membres croyaient disposer²². Jugée contraire aux attentes des consommateurs, cette jurisprudence a suscité des critiques acerbes; celles-ci soulignent notamment que les arrêts rendus marquent une dérive dans l'usage des directives, interprétées par la Cour comme si ces dernières étaient des règlements d'application uniforme²³.

Deux illustrations en droit des contrats permettent de reprendre une partie de la critique formulée plus haut: l'arrêt *Dietzinger*, pour le caractère fragmentaire ou pointilliste de l'intervention communautaire, et l'arrêt *Leitner*, pour le caractère incisif de celle-ci.

2. L'arrêt *Dietzinger*

L'arrêt *Dietzinger* fait suite à une question préjudicielle posée par un tribunal allemand²⁴. L'affaire porte sur un contrat de cautionnement, conclu par une banque au domicile de la caution pour se faire garantir le prêt commercial

¹⁸ Cf. WERRO / VIRET, p. 89 ss et les réf. citées.

¹⁹ Directive 85/374/CEE du Conseil, du 25 juillet 1985, relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, JOCE L 210 du 7.8.1985, p. 29, modifiée par la directive 99/34/CEE du Parlement européen et du Conseil, du 10 mai 1999, JOCE L 141 du 4.6.1999, p. 20.

²⁰ Cf. CJCE, 10.4.2002, *Veefald c. Arhus Amtskommune*, aff. 203/99, Rec. 2001 I-3569 et CJCE, 29.5.1997, *Commission c. Royaume-Uni*, aff. 300/95, Rec. 1997 I-2649.

²¹ CJCE, 25.4.2002, *Commission c. Grèce*, aff. 154/00, Rec. 2002 I-3879; CJCE, 25.4.2002, *Commission c. France*, aff. 52/00, Rec. 2002 I-3827; CJCE, 25.4.2002, *Gonzalez Sanchez c. Medicina Asturiana SA*, aff. 183/00, Rec. 2002 I-3901.

²² CJCE, *Commission c. Grèce* (note 21), point 12; CJCE, *Commission c. France* (note 21), point 16; CJCE, *Gonzalez Sanchez* (note 21), point 25. Pour mémoire, on rappellera que l'art. 13 de la directive prévoit: «La présente directive ne porte pas atteinte aux droits dont la victime d'un dommage peut se prévaloir au titre du droit de la responsabilité contractuelle ou extra-contractuelle ou au titre d'un régime spécial de responsabilité existant au moment de la notification de la présente directive».

²³ Pour plus de détails, cf. Jean CALAY-AULOY, p. 2458 ss; VINEY, p. 1945 ss. Pour un aperçu de l'ensemble des critiques, cf. WERRO (2004b), p. 45 ss (p. 61 ss).

²⁴ CJCE, 17.3.1998, *Bayerische Hypotheken- und Wechselbank AG c. Edgard Dietzinger*, aff. 45/96, Rec. 1998 I-1199.

accordé au père de celle-ci. La banque n'a pas informé la caution d'un droit de cette dernière de révoquer son engagement.

La question posée à la Cour est de savoir si ce manquement n'est pas contraire à la directive sur le démarchage à domicile²⁵. La Cour note que cette directive s'applique aux contrats par lesquels un commerçant s'engage à vendre des biens ou à offrir des services à un consommateur (cf. art. 1 de la directive). Bien qu'à l'évidence, le cautionnement ne comprenne pas un tel engagement, la Cour considère qu'il est l'accessoire d'un contrat principal — en l'occurrence, le prêt —, qui lui le comprend. Elle juge donc que le contrat de cautionnement entre dans le champ d'application de la directive²⁶. La caution est-elle pour autant protégée en l'espèce? Non, car le contrat principal conclu est un contrat commercial; or, pour la Cour, seuls les contrats de consommation sont protégés par la directive²⁷. Le contrat par lequel un consommateur s'engage à cautionner la dette d'un commerçant loin de son domicile échappe ainsi au champ d'application de la directive et la banque n'a pas l'obligation d'informer la caution du droit de cette dernière de révoquer l'engagement.

La critique s'impose. La décision montre à l'envi le caractère fragmentaire et désordonné, pour ne pas dire arbitraire, de l'intervention européenne. On peut formuler deux remarques à cet égard:

Premièrement, la décision de la Cour est protectrice des consommateurs quand, grâce au critère de l'accessoriété, elle étend le champ d'application de la directive au cautionnement qui, selon la lettre de l'art. 1 n'est pas visé. En revanche, elle ne l'est pas du tout, quand elle le limite aux contrats principaux de consommation. La différence de traitement de la caution selon que le contrat principal est un contrat de consommation ou non aboutit à un résultat insatisfaisant, et pour le moins contraire au postulat de l'égalité de traitement ainsi qu'au but même de la directive.

Secondement, du point de vue l'harmonisation des droits nationaux, on constate que la jurisprudence ne corrige pas l'impact limité et pointilliste de la directive: celle-ci impose dorénavant que les contrats de cautionnement, conclus loin d'un établissement commercial pour garantir la dette d'un consommateur, tombent sous le coup de la directive sur le démarchage à domicile. La Cour ne tranche cependant pas la question du sort du contrat principal dans un tel cas²⁸. Sans doute ne pouvait-elle pas le faire, mais on doit alors reconnaître que le droit européen ne donne aucune indication au législateur national sur la manière de procéder. Le risque est grand que les

²⁵ Directive 85/577/CEE (supra note 8).

²⁶ Arrêt *Bayerische Hypotheken- und Wechselbank AG c. Edgard Dietzinger* (supra note 24), point 20.

²⁷ Idem, point 22.

²⁸ Idem, point 21.

solutions varient d'un Etat à l'autre, et que le but de la directive ne soit pas atteint: un meilleur fonctionnement du marché intérieur n'est donc d'aucune façon garanti ni pour les entreprises, ni pour les consommateurs.

3. L'arrêt Leitner

Dans l'arrêt *Leitner*, la Cour a jugé, en réponse à une question préjudicielle du *Landesgericht* de Linz, que, dans le cadre d'un voyage à forfait, le préjudice moral résultant de vacances gâchées donne droit à une indemnité²⁹.

Cet arrêt permet aussi de dégager les limites de l'intervention de la CJCE. En particulier, il montre que, sous couvert de répondre à la question de savoir si le voyageur à forfait doit indemniser le voyageur du préjudice lié à des vacances gâchées, la Cour met en marche un processus de transformation du droit dont ni elle ni le législateur national ne maîtrisent la portée. En particulier, aucune réponse n'est apportée à la question de savoir si ce même préjudice ne doit pas être réparé en dehors d'un contrat de voyage à forfait. Pourtant, pour des motifs évidents de cohérence et d'égalité de traitement, il n'y aura aucune raison de ne pas indemniser d'autres situations de vacances gâchées, que ce soit dans le cadre d'un contrat de voyage qui n'a pas été conclu à forfait ou même en dehors de tout contrat de voyage. En effet, celui dont la voiture est emboutie par un automobiliste avant de passer le tunnel du Gotthard souffre exactement du même préjudice que Simone Leitner, lorsqu'il doit passer trois jours dans un hôtel local au lieu de pouvoir se rendre sur une plage de l'île d'Elbe.

Sans doute l'arrêt tranche-t-il utilement la question du préjudice réparable en application de la directive. Il va cependant bien au-delà, en imposant une notion du préjudice que certains Etats membres avaient délibérément rejetée. Il sème aussi le doute sur les frontières du préjudice réparable en général. En effet, en plus du problème spécifique de la responsabilité du voyageur, l'arrêt a pour effet de remettre en cause d'une façon générale la délimitation même entre le dommage et le tort moral³⁰. On peut voir dans ce développement une intéressante chiquenaude dans la formation du droit européen de la responsabilité civile. On peut aussi y voir un coup du hasard et comprendre ceux qui estiment qu'une action plus coordonnée satisferait mieux les besoins de la Communauté européenne.

²⁹ CJCE, 12.3.2002, *Simone Leitner c. TUI Deutschland GmbH & Co. KG*, aff. 168/00, Rec. 2002 I-2631.

³⁰ Pour plus de détails, cf. WERRO (2004a).

C. Les effets de la jurisprudence de la CJCE sur le droit suisse des contrats

Après le rejet de l'Espace économique européen, le législateur suisse a repris de façon autonome le texte de quelques directives européennes qu'il jugeait indispensable pour la santé de l'économie et des entreprises suisses. Parmi ces lois figuraient notamment les directives sur la responsabilité du fait des produits, sur le voyage à forfait et sur le transfert des rapports de travail en cas de vente d'entreprise³¹.

La question de savoir quel est l'effet de la jurisprudence de la Cour de justice rendue en application de ces directives fut controversée. Certains estimaient que le législateur suisse avait repris le seul texte des directives, sans devoir y inclure la jurisprudence de la CJCE. D'autres considéraient — à mon avis à juste titre — que les textes de lois ont le sens que leur donnent les tribunaux, et que si le but du législateur suisse était de rendre le droit suisse eurocompatible en transposant certaines directives, ce but serait compromis si le Tribunal fédéral ne suivait pas la jurisprudence de la CJCE rendue en application de ces dernières.

En 2003, le Tribunal fédéral a rendu deux arrêts où il juge que les tribunaux suisses doivent interpréter le droit suisse qui constitue une reprise autonome du droit communautaire au regard de la jurisprudence de la CJCE³². Cette jurisprudence est juste et doit être approuvée dans son principe. Il restera sans doute à voir quelle en est la portée normative et comment on peut la concilier avec les solutions adoptées dans le cadre des accords bilatéraux³³. Dans ses arrêts, le Tribunal fédéral a certes mis des cautions, en soulignant que l'application de la jurisprudence ne s'imposait qu'en cas de doute. Le propos est en réalité sans portée dans la mesure où le doute est le propre

³¹ Pour plus de détails, cf. STAUDER, p. 75 ss (p. 76).

³² ATF 129 III 559 et ATF 129 III 335, consid. 6, JdT 2003 II 75, où le TF dit: «(...) Certes, le droit de l'Union européenne ne déploie aucun effet direct et contraignant sur le droit suisse. Toutefois, comme le but de la révision de 1993 était l'adaptation de l'art. 333 CO à la Directive n° 77/187 du Conseil des Communautés européennes, du 14 février 1997, dans le cadre de la procédure d'adaptation autonome au droit européen (...), l'ordre juridique de l'Union européenne peut servir d'outil d'interprétation (...). Le droit interne adapté doit, en cas de doute, être interprété conformément au droit européen. (...) Lorsque l'ordre juridique suisse est adapté à un droit étranger (...), on ne doit pas uniquement viser une harmonisation dans l'adoption des règles, mais également dans leur interprétation et dans leur application, dans la mesure où la méthodologie appliquée dans l'ordre juridique permet un tel rapprochement. (...)».

³³ Cf. art. 16 «Référence au droit communautaire» de l'Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (RS 0.142.112.681; Accords bilatéraux I), qui dit: «(1) (...) (2) Dans la mesure où l'application du présent accord implique des notions de droit communautaire, il sera tenu compte de la jurisprudence pertinente de la Cour de justice des Communautés européennes antérieure à la date de sa signature. La jurisprudence postérieure à la date de la signature du présent accord sera communiquée à la Suisse. En vue d'assurer le bon fonctionnement de l'accord, à la demande d'une partie contractante, le comité mixte déterminera les implications de cette jurisprudence.».

de toute interprétation juridique. Le Tribunal fédéral a aussi réservé la compatibilité des méthodes («(...) soweit die binnenstaatlich zu beachtende Methodologie eine solche Angleichung zulässt (...)»)³⁴. L'affirmation est vague: elle exprime au mieux que le Tribunal fédéral entendait se réserver une porte de sortie, au cas où sa jurisprudence le mènerait à une impasse indésirée.

En tout état de cause, la doctrine qui s'est déjà exprimée à ce sujet estime que le Tribunal fédéral s'est prononcé sans réserve³⁵. Si certains points de méthode risquent de donner lieu à d'importantes discussions, il paraît néanmoins clair que, dans son résultat, la décision ne laisse place à aucune hésitation. Les effets des arrêts de la CJCE cités plus haut sont acquis: suite à l'arrêt *Leitner*, le préjudice lié aux vacances gâchées est devenu un tort moral réparable en application de la loi fédérale sur les voyages à forfait³⁶. Avec les arrêts du 25 avril 2002, l'autonomie législative de la Suisse se trouve réduite en matière de responsabilité du fait des produits³⁷.

D. Une appréciation

On pourrait multiplier les illustrations qui montrent les limites du rapprochement des droits tel qu'il se fait à l'aide des directives. A l'évidence, une critique s'impose: le droit communautaire avance au coup par coup et dans un sens souvent difficile à prévoir. Cela est vrai pour le droit du législateur, comme pour la jurisprudence de la CJCE. Les questions qu'ils laissent sans réponse sont souvent importantes et les méthodes pour y faire face sur le plan national sont incertaines. La réalité n'en est pas pour autant nécessairement inquiétante: sur un plan théorique, elle est même fascinante et augure de nombreuses années de travail pour faire ressortir et maîtriser les défis qui sont en jeu³⁸.

Un autre point paraît également acquis. Personne n'envisage que le législateur européen revienne en arrière et renonce à tenter d'améliorer par ses lois le fonctionnement du marché intérieur. Dès lors, des changements dans la technique législative sont assurément nécessaires. C'est fort de ce constat que d'aucuns en sont venus à défendre l'idée d'un instrument législatif plus organisé et qu'est né le projet de mettre sur pied un cadre pour le droit européen des contrats, et peut-être pour l'ensemble du droit des obligations.

Politiquement fragile, ce projet n'en gagne pas moins du terrain. Et cela se comprend: après tout, un marché commun sans droit privé commun est

³⁴ ATF 129 III 335, consid. 6, JdT 2003 II 75.

³⁵ Cf. STAUDER, p. 104.

³⁶ RS 944.3.

³⁷ Arrêts cités notes 21 et 29. Pour l'analyse de cette question, cf. WERRO (2004b), p. 56 ss.

³⁸ AMSTUTZ, p. 122 ss.

peut-être une réalité, mais surtout une contingence, liée à l'histoire, plus qu'une nécessité. Prenons l'exemple de la Suisse ou plus récemment celui des Etats-Unis d'Amérique: après avoir supprimé les tarifs et les barrières douanières et introduit une monnaie unique, la Suisse s'est dotée au 19^{ème} siècle d'un Code fédéral des obligations. Les Etats-Unis d'Amérique ont aussi mis en place au début du 20^{ème} siècle le *Uniform Commercial Code* pour répondre aux besoins des commerçants. Le droit de la vente et d'autres domaines proches du marché sont aujourd'hui très largement unifiés, le besoin d'unité s'étant fait sentir en dépit d'une homogénéité déjà largement consacrée par la communauté de langue et de culture qui caractérise la pratique et l'enseignement du droit aux Etats-Unis³⁹.

II. L'UNIFICATION DU DROIT DES CONTRATS: UNE ALTERNATIVE AUX DIRECTIVES?

En Europe, où la diversité des langues rend la proximité des droits invisible et incertaine, certains avancent l'idée qu'un droit unifié des contrats est encore plus nécessaire qu'il ne l'est aux Etats-Unis où, comme on vient de le voir, il a pourtant vu le jour⁴⁰. Il remédierait aussi aux écueils liés au droit issu des directives tels que nous les avons décrits dans la première partie de la présente étude. Quelques développements sur le lien entre le marché et le droit des contrats (A), sur la compétence législative des instances européennes ainsi que sur le plan d'action 2003 de la Commission (B) me permettront de livrer une brève appréciation de la question et de ses effets sur le droit suisse (C).

A. Le droit des contrats et le marché

De manière générale, la formation, le fonctionnement et l'étendue des marchés ne dépendent pas seulement de données économiques, mais ils sont en même temps fonction du droit privé. Pour le développement du commerce à distance ainsi que tous les autres services, un système de règles élaborées de droit privé est indispensable⁴¹. Plus particulièrement, Jürgen BASEDOW considère que le droit des contrats, que ce soit celui qui régit les transactions commerciales ou celles conclues avec les consommateurs, est un élément constitutif du marché. Il n'y a pas de marché sans droit des contrats. C'est celui-ci qui assure la confiance que les parties accordent à leurs transactions

³⁹ A ce sujet, HYLAND, p. 55 ss; cf. ég. HAAS, n. 587 et les réf. citées.

⁴⁰ BASEDOW, p. 9 ss.

⁴¹ Idem, p. 16.

et qui, du même coup, définit les limites de l'espace dans lequel ces dernières sont conclues⁴². Ce lien essentiel étant posé, cet auteur franchit un pas de plus et retient qu'un marché unique européen implique un seul droit européen des contrats⁴³.

Si cet axiome est difficile à vérifier, il suggère néanmoins que la multiplicité des droits des contrats dans un marché unique n'est pas d'emblée justifiée non plus, et ce, malgré les règles de droit international privé⁴⁴. Un marché unique avec une multiplicité de droits des contrats pourrait bien engendrer une augmentation inefficace des coûts des transactions⁴⁵. Sur le plan européen, cette multiplicité pourrait aussi compromettre l'accès des commerçants au marché intérieur et contrarier le libre exercice des libertés garanties par le Traité de la Communauté européenne (TCE). Cela est vrai surtout pour les petites et moyennes entreprises qui, contrairement aux grandes multinationales, n'ont pas les moyens de soumettre leurs transactions à un contrôle juridique préalable.

Jusqu'à ce jour, la CJCE n'a pas partagé ce point de vue. Dans l'affaire *Alsthom* par exemple, elle a en effet rejeté l'idée que le droit français de la vente constituait une entrave au commerçant français qui se plaignait d'être défavorisé par rapport à son homologue allemand. Elle a considéré que le droit de la vente ne s'imposait pas et qu'il était loisible aux parties d'y déroger⁴⁶. D'aucuns ont cependant critiqué la décision en faisant valoir, non sans pertinence, que l'on contracte toujours à l'ombre de sa loi⁴⁷, et que la diversité des solutions d'un pays à l'autre entraîne forcément une inégalité des coûts et des chances entre les parties au contrat international⁴⁸.

B. La compétence législative des instances européennes de légiférer en droit privé et le plan d'action 2003

Si on admet que le droit des contrats présente un lien essentiel avec le marché, on peut se demander si ce lien ne fonde pas la compétence de Bruxelles d'adopter un règlement portant sur le droit des contrats.

⁴² Idem, p. 17.

⁴³ Idem, p. 17 s.

⁴⁴ WITZ, p. 214 ss.

⁴⁵ Cf. MATTEI (1997), p. 537 ss.

⁴⁶ CJCE, 24.1.1991, *Alsthom Atlantique*, aff. C-339/89, Rec. I-107. Pour plus de détails, cf. HAAS, n. 166 ss.

⁴⁷ BASEDOW, p. 12 s.

⁴⁸ HAAS, n. 169 ss.

1. La compétence législative au sens de l'art. 95 TCE

L'article 95 TCE prévoit la compétence d'édicter les mesures qui ont pour objet «l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur». Certains estiment que ce texte devrait permettre au législateur européen d'édicter un règlement portant sur toutes les matières du droit privé qui présentent un lien suffisamment intense et concret avec le marché⁴⁹. Tel serait le cas du droit des obligations en général et du droit des contrats tout particulièrement, non seulement pour les transactions interétatiques, mais aussi pour des raisons d'homogénéité et de simplicité pour les transactions domestiques.

Cette conception est rejetée par certains auteurs qui, en se fondant sur la jurisprudence de la Cour, et en particulier sur l'arrêt *Allemagne c. Parlement* de 2000⁵⁰, font valoir que l'art. 95 TCE ne peut pas fonder la compétence générale du législateur communautaire de réglementer le marché intérieur: cette interprétation serait incompatible avec le principe consacré à l'art. 5 TCE selon lequel les compétences de la Communauté sont des compétences d'attribution⁵¹. Elle serait aussi politiquement indésirable dans la mesure où les Etats membres entendent conserver la mainmise sur le droit civil national.

D'autres auteurs rétorquent que, dans sa décision récente, la CJCE a surtout voulu souligner que, pour se fonder sur l'art. 95 TCE, le législateur européen doit pouvoir justifier d'un lien étroit entre la mesure législative envisagée et le fonctionnement du marché intérieur. Plus qu'un problème de compétence générale, la jurisprudence de la CJCE aurait pour objet de restreindre la compétence du législateur communautaire aux questions qui présentent un lien réel avec le marché unique. Ces mêmes auteurs considèrent que le droit des obligations présente un lien suffisant avec le fonctionnement du marché unique pour fonder la compétence de la Communauté. Ils font également valoir que la jurisprudence de la Cour doit être comprise au regard des intérêts qui étaient en jeu dans la décision à prendre. En l'occurrence, il s'agissait de juger de l'admissibilité d'une directive qui prohibait de manière extraordinairement sévère toute forme de publicité et le parrainage en faveur des produits du tabac qui touchait à des intérêts bien particuliers. On ne saurait tirer de cet arrêt des conclusions sur la compétence du législateur communautaire de légiférer en matière de droit privé, et, plus spécialement, en matière de droit des contrats⁵².

⁴⁹ BASEDOW, p. 21 s.; HAAS, n. 704 ss.

⁵⁰ CJCE, 5.10.2000, République fédérale d'Allemagne c. Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, aff. C-376/98, Rec. I-8419, point 83; dans ce sens, cf. VAN GERVEN (2001), p. 495 ss.

⁵¹ Arrêt *Allemagne c. Parlement* (supra note 50), points 83 ss.

⁵² Sur l'ensemble de cette question, cf. HAAS, n. 328 ss et les réf. citées.

2. Le plan d'action de la Commission de février 2003

En l'état, la Commission européenne a adopté un plan d'action le 12 février 2003. Ce plan d'action entend premièrement accroître la cohérence de l'acquis communautaire dans le domaine du droit des contrats, deuxièmement, promouvoir l'élaboration de clauses contractuelles normalisées qui auraient une dimension européenne et, troisièmement, examiner plus en avant l'opportunité de solutions qui ne sont pas spécifiquement sectorielles, comme par exemple un instrument optionnel dans le domaine du droit européen des contrats⁵³.

Ce plan fait suite aux conclusions tirées au terme d'un cycle de consultations sur le droit européen des contrats lancé par la communication du 11 juillet 2001⁵⁴. Cette communication visait à rassembler des informations sur la nécessité d'une action communautaire dans ce domaine. Elle évoque deux sources de problèmes: tout d'abord la diversité des législations nationales en matière de contrats, pouvant se traduire par des obstacles au bon fonctionnement du marché intérieur, ensuite, le fait que l'application uniforme du droit communautaire, et en particulier la cohérence des autres instruments législatifs de l'Union européenne, pourraient être affectées. La Communication proposait quatre options d'amélioration: Laisser les forces du marché régler tous les problèmes qui surgissent; envisager la mise au point de principes communs de droit des contrats par des études; améliorer la qualité de la législation communautaire déjà en vigueur ou adopter une nouvelle législation communautaire sur le droit des contrats⁵⁵.

On voit que le plan d'action ne reprend pas la solution optimale, envisagée le 11 juillet 2001, et on peut dire qu'il marque même peut-être un recul par rapport à l'idée d'un code de grande envergure. C'est d'ailleurs le regret qu'a exprimé le Parlement européen dans sa résolution de septembre 2003⁵⁶. Le plan d'action est néanmoins conçu dans des termes suffisamment souples pour permettre une action relativement large. C'est le souci qu'ont exprimé certains qui craignent que la Commission n'abandonne pas l'idée d'un projet ambitieux⁵⁷. Il est trop tôt pour dire ce qu'il adviendra: il est sans doute juste de penser qu'aucune option n'est exclue.

⁵³ Pour un commentaire de ce plan d'action, cf. KENNY, p. 1169 ss; cf. ég. GAMBARO, p. 768 ss.

⁵⁴ COM(2001) 398 final.

⁵⁵ Pour une analyse critique très complète, cf. GRUNDMANN / STUYCK.

⁵⁶ Résolution du 2 septembre 2003 du Parlement européen et du Conseil de l'Union européenne, JO C 76 E/95.

⁵⁷ A ce sujet, cf. SOCIAL JUSTICE IN EUROPEAN CONTRACT LAW. A MANIFESTO (disponible sur <http://www.law.harvard.edu/programs/elrc/events/2003-2004/SOCIALJUSTICE.pdf>), point 2.3.2 qui souligne l'ambiguïté du plan d'action.

C. Une appréciation et les perspectives pour le droit suisse

Nul ne saurait douter de l'existence du lien entre le marché et le droit privé. Toute la question est cependant celle de savoir quelle est l'intensité de ce lien. Aucune preuve précise n'existe vraiment à ce sujet. Il est vrai que les codifications du droit qui ont vu le jour dans des Etats fédéraux qui étaient devenus des marchés uniques, comme la Suisse du 19^{ème} siècle ou les Etats-Unis du 20^{ème} siècle, sont autant d'indications intéressantes. Toutefois, il n'est pas certain qu'elles fournissent une preuve suffisamment conclusive, surtout en relation avec un code qui ne se limiterait pas aux transactions interétatiques.

Il est aussi possible après tout que la diversité culturelle européenne constitue un obstacle irréductible au projet de d'unification du droit privé. Unifier le droit privé de 25 Etats européens parlant 20 langues n'est pas tout à fait assimilable à l'unification du droit de 26 cantons suisses qui en parlent quatre. Il n'est pas exclu non plus que le code, au sens civil du terme, soit un instrument législatif désuet et qu'il soit particulièrement inadapté à la culture des *common lawyers* anglais. A cela s'ajoute que le droit d'un code n'a de sens que celui que lui donnent les tribunaux. Ainsi, si l'on veut vraiment unifier le droit, il faudra créer des tribunaux européens. Seul un système judiciaire européen implanté dans chaque Etat membre permettrait en effet d'assurer une application uniforme du droit. Un tel système risque d'être très coûteux.

Sans doute convient-il par ailleurs de ne pas négliger la dimension sociale du droit privé. C'est le souci qu'a exprimé un groupe qui vient de se constituer sous le nom de Study Group on Social Justice in European Private Law. Ce groupe trouve regrettable que la Commission européenne ait les yeux rivés sur le fonctionnement du marché et qu'elle ne se préoccupe pas de la justice sociale et du respect des valeurs qui font l'essence d'une société démocratique et protectrice des parties faibles. Il reproche en particulier à la Commission européenne d'adhérer aveuglément au principe de la liberté contractuelle sans en poser les limites⁵⁸.

La critique est intéressante, même si elle ne donne aucune indication sur la solution législative qu'il faut adopter si on veut y donner suite. Elle ne dit pas comment il faudrait concevoir le droit privé européen pour qu'il ait la dimension sociale souhaitée. La critique n'est peut-être pas non plus complètement pertinente: On notera en effet que le BGB de 1896, pourtant clairement libéral et favorable aux grandes entreprises, n'a pas empêché les tribunaux allemands de développer un droit privé social, là où le besoin s'en faisait sentir. On peut dès lors supposer que même l'adoption d'un «BGB» européen n'aurait pas pour effet de désocialiser le droit privé en Europe. Il faut par ailleurs souligner qu'on ne peut pas reprocher au législateur européen de ne

pas avoir été social: les directives en matière de droit de la consommation le démontrent clairement. Il y a lieu d'admettre que l'adoption d'un droit unifié ne remettrait pas en cause ce choix politique.

Même si j'en comprends les limites, je ne peux m'empêcher de succomber à la tentation d'approuver l'idée de l'unification du droit privé patrimonial en Europe. Elle a d'abord le mérite de susciter la discussion sur l'évolution la plus importante qu'a connue le droit privé depuis le début du 19^{ème} siècle. On est pour ou on est contre, mais on doit en découdre. Elle remet ensuite en question la dimension strictement nationale, pour ne pas dire nationaliste du droit privé, et permet de faire comprendre qu'en entrant dans la Communauté européenne, les Etats membres ont aussi accepté d'élargir les frontières de la société civile⁵⁹.

Il ne fait pas de doute qu'un code unique ne suffirait pas à unifier le droit. On l'a dit, des tribunaux supplémentaires seraient nécessaires et, de toutes façons, les règles ne restent jamais enfermées dans leur texte. Un code offrirait cependant un point de repère et de rapprochement pour les Européens, autrement plus efficace que les directives. L'essentiel résiderait peut-être dans la valeur symbolique d'un tel texte, tant en Europe que dans le monde⁶⁰.

Au-delà du débat qui ressemble à celui qui a opposé Thibaut à Savigny, la plus grande question est peut-être celle de savoir comment il faudrait procéder. Après tout, des règles européennes — comme celles du groupe Lando ou Gandolfi — ont déjà vu le jour et, à condition que l'on se départisse peut-être des conceptions classiques sur le caractère rigide des codes civils, certaines d'entre elles semblent tout à fait aptes à fonctionner⁶¹. En revanche, le débat devrait maintenant porter sur la question de savoir quel rôle il faut conférer à ces règles. On pourrait envisager d'en faire un instrument législatif imposé par la communauté; de façon politiquement plus facile, on pourrait aussi se contenter de laisser aux Etats membres le choix d'adhérer à ces règles, comme on l'a fait aux Etats-Unis avec le UCC⁶².

L'autre question sera aussi de savoir si une loi unique devrait avoir une portée limitée aux transactions internationales, ou s'il faudrait l'appliquer sur le plan domestique aussi, en remplacement des législations nationales. La simplicité pourrait faire pencher la balance en faveur de cette dernière solution; la réalité politique et culturelle pourrait s'y opposer, tout au moins dans un premier temps⁶³. Du point de vue de la compétence législative, il serait

⁵⁹ D'un autre avis, cf. notamment LEQUETTE, p. 2202 ss, qui pense que le ciment de la société civile demeure le code civil national.

⁶⁰ Cf. ég. BUSSANI, p. 159 ss (p. 165), qui parle du rôle géo-politique d'un droit européen des contrats.

⁶¹ A ce sujet, cf. CHAMBOREDON, p. 5 ss.

⁶² Dans ce sens notamment, WILHELMSSON, p. 353 ss; HYLAND; WITZ. D'un autre avis, cf. p. ex. MATTEI (2002), p. 215 ss, qui plaide contre l'idéologie du *soft law* et l'idée d'un *restatement* ou d'un *model law* à l'américaine.

⁶³ Sur l'ensemble des possibilités, cf. les nombreuses contributions in GRUNDMANN / STUYCK.

⁵⁸ SOCIAL JUSTICE IN EUROPEAN CONTRACT LAW (supra note 57).

aussi plus facile de faire admettre aux Etats membres que la Communauté peut régler les transactions interétatiques, le commerce intraétatique restant de leur compétence.

Quoi qu'il adviene, la Suisse ne pourra pas rester à l'écart de ce qui se décide autour d'elle. Comme elle a repris certaines directives jugées indispensables, la Suisse devra suivre la solution européenne. Si un droit des contrats voit le jour sur le plan communautaire, elle ne pourra guère continuer de vanter les mérites de son droit souple et «neutre» dans le commerce international: un droit européen au-dessus des parties en présence lui sera sans doute préféré. La Suisse ne perdra pas pour autant la place qu'elle occupe aujourd'hui dans l'arbitrage international: pour cela il faudra toutefois qu'elle continue de former des juristes ouverts, efficaces et compétents; plus que les qualités du droit applicable, ce sont celles des juristes qui selon moi importent avant tout.

CONCLUSION

Le droit privé communautaire des contrats tel qu'il est issu des directives adoptées en matière de consommation présente un bilan important. Grâce à lui, les droits nationaux se sont transformés et modernisés de manière importante et, à mon sens, de façon positive. Les effets s'en sont fait sentir non seulement dans le droit de la consommation, mais aussi dans le droit commun des obligations. Les relations qui existent entre le droit communautaire et le droit national ne s'en sont pas trouvées simplifiées pour autant. Un manque de cohérence et d'ordre semble même assombrir les perspectives et compromettre la réussite de l'entreprise. Le droit communautaire déjouant parfois des projets nationaux est souvent rejeté pour défaut de légitimité. A cela s'ajoute surtout que le but du droit privé communautaire de faire fonctionner le marché semble ne pas être atteint.

Si ce but doit au demeurant être poursuivi, comme le veut le Traité de la Communauté européenne, il faut sans doute envisager un instrument législatif plus structuré et plus cohérent au plan communautaire. Un droit des contrats plus organisé et pourquoi pas un code européen de droit des contrats, pourrait apporter une solution plus adéquate. Si on admet que le droit des contrats présente un lien étroit avec le fonctionnement du marché, on ne saurait valablement objecter que la communauté n'a pas la compétence législative de mettre sur pied l'instrument législatif idoine, même si la solution d'un code optionnel pourrait éviter cette question. Au-delà du marché, sans doute ne faut-il pas perdre de vue que le droit privé s'inscrit dans une réalité sociale. Celle-ci devrait se retrouver dans l'effort législatif de la communauté en droit privé, comme on l'a trouvé jusqu'ici dans la promotion d'un droit de la consommation fort. Cela suppose peut-être que le rapprochement ne s'arrête pas aux portes du droit privé. Cela suppose aussi sans doute que l'on sache

faire le lien entre les principes de droit des contrats qui existent déjà et l'acquis communautaire en matière de droit de la consommation.

Quelle que soit l'issue de ce débat, il paraît acquis que la Suisse ne saurait faire cavalier seul: les tribunaux suisses sont maintenant liés par les décisions de la CJCE rendues en application des textes que la Suisse a repris de façon autonome en 1993. Elle devra également suivre l'avènement éventuel d'un droit européen des contrats. Gageons qu'elle saura conserver la place qu'elle occupe aujourd'hui, moins par l'originalité de son droit, que par la qualité de ses juristes, ouverts sur le monde et efficaces dans les services rendus dans l'arbitrage des conflits commerciaux.