



**HAL**  
open science

# La méthode comparative saisie par les mouvements d'uniformisation du droit

Vincent Rivollier

► **To cite this version:**

Vincent Rivollier. La méthode comparative saisie par les mouvements d'uniformisation du droit : Comparer pour mieux régner. A propos des méthodes de la recherche juridique. Discours théoriques et récits d'expériences, Jun 2017, Chambéry, France. hal-02195902

**HAL Id: hal-02195902**

**<https://hal.science/hal-02195902>**

Submitted on 26 Jul 2019

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

# La méthode comparative saisie par les mouvements d'uniformisation du droit

## Comparer pour mieux régner<sup>1</sup>

Vincent Rivollier

Université Savoie Mont Blanc

**1. Droit comparé et uniformisation du droit.** Les promoteurs de l'uniformisation du droit ont souvent pris appui sur la comparaison des droits pour développer et justifier leurs projets. Ainsi, le droit comparé a été régulièrement mobilisé pour uniformiser le droit. Ce phénomène s'est rencontré à l'échelle nationale : dès le XVI<sup>e</sup> siècle, le comparatisme intercoutumier a favorisé l'uniformisation du droit sur le territoire français à travers la construction du droit commun français<sup>2</sup>. Ce phénomène se rencontre également depuis longtemps à l'échelle européenne ou internationale. Le droit comparé a même été érigé en tant que discipline pour servir les desseins unificateurs (et jusnaturalistes) de Saleilles et de Lambert. Lors du Congrès de 1900, l'objectif de la promotion du droit comparé est clair : favoriser le rapprochement et l'uniformisation juridique du monde occidental<sup>3</sup>.

Pour ne prendre en considération que les instruments de droit privé matériel, constatons que le droit comparé fut fortement mobilisé dès l'élaboration des premières conventions internationales. Ainsi, en matière de vente internationale de marchandises, les premières conventions signées à La Haye en 1964<sup>4</sup> reposent sur un travail comparatif très important qui avait débuté près de 30 ans auparavant sous l'impulsion d'Ernst Rabel, au sein

---

<sup>1</sup> Les réflexions ici présentées constituent le prolongement de celles développées dans ma thèse (*La doctrine et la (re)construction d'un droit privé européen*, Institut universitaire Varenne, 2016, préf. P. Ancel).

<sup>2</sup> J.-L. Thireau, « Le comparatisme et la naissance du droit français », *RHFD* 1990, p. 153-191.

<sup>3</sup> À travers le « droit commun de l'humanité civilisée » (R. Saleilles) ou le « droit commun législatif » (E. Lambert). Cf. *Congrès international de droit comparé tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900. Procès-verbaux des séances et documents*, LGDJ, 1905, 2 t. Pour l'historiographie récente, cf. C. Jamin, « Le vieux rêve de Saleilles et Lambert revisité. À propos du centenaire du Congrès international de droit comparé de Paris », *RIDC* 2000, p. 733-751 ; S. Soleil, « Modèles, réseaux et fonds juridique commun. Les ambitions de la doctrine comparatiste française (1900-1950) », in T. Le Yoncourt, A. Mergey, S. Soleil (dir.), *L'idée de fonds juridique commun dans l'Europe du XIX<sup>e</sup> siècle. Les modèles, les réformateurs, les réseaux*, PU Rennes, 2014, p. 305-324.

<sup>4</sup> Il s'agit de la Convention portant loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels (LUVI) et de la Convention portant loi uniforme sur la formation des contrats de vente internationale des objets mobiliers corporels (LUFVI), signées à La Haye le 1<sup>er</sup> juillet 1964.

d'Unidroit<sup>5</sup>. De même, la CVIM, signée à Vienne en 1980 et qui vient remplacer les deux conventions de 1964, s'appuie sur un travail comparatif mené par la CNUDCI (Commission des Nations unies pour le droit commercial international)<sup>6</sup>. Dans le cadre de l'Union européenne, le recours au droit comparé est également présent. Le législateur et le juge européen appuient leurs travaux sur la comparaison des droits<sup>7</sup>. Pour indispensable qu'elle soit, la comparaison apparaît peut-être moins visible que dans d'autres contextes. L'Union a ses objectifs propres, ses logiques propres, ses méthodes propres ; elle possède également une légitimité propre, interétatique et démocratique.

**2. Propositions doctrinales** – À l'échelle européenne, mais en dehors du cadre de ses institutions, ou à l'échelle internationale, la comparaison juridique continue à alimenter les mouvements d'uniformisation du droit. Depuis le milieu des années 1990, plusieurs instruments ont ainsi été élaborés à l'aide de la comparaison des droits.

À l'échelle internationale, Unidroit a élaboré des Principes relatifs aux contrats du commerce international dont quatre éditions sont parues entre 1994 et 2016<sup>8</sup>. Il s'agit d'un texte se proposant de régir le droit des contrats. Il ne s'agit que de principes doctrinaux qui en eux-mêmes n'ont aucune force contraignante ; en revanche, ils trouvent un écho certain dans la pratique internationale du droit des affaires et dans la jurisprudence arbitrale<sup>9</sup>.

Sur le même modèle que ces principes, plusieurs propositions ont été faites à l'échelle européenne<sup>10</sup>. On a vu se développer un certain nombre de textes d'origine doctrinale souvent intitulés « principes ». Ces textes se présentent comme des textes législatifs, éventuellement accompagnés de commentaires et de notes. Les exemples sont nombreux. Les premiers sont les *Principes du droit européen des contrats*, rédigés sous la direction d'O. Lando et publiés entre 1995 et 2003<sup>11</sup>. Également en matière contractuelle, G. Gandolfi et l'Académie des

---

<sup>5</sup> A. Tunc, « Les conventions de La Haye du 1<sup>er</sup> juillet 1964 portant loi uniforme sur la vente internationale d'objets mobiliers corporels », *RIDC* 1964, p. 547-554 ; B. Audit, *La vente internationale de marchandises. Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980*, LGDJ, coll. Droit des affaires, 1990, spéc. n<sup>os</sup> 2-4, p. 5-6.

<sup>6</sup> B. Audit, *La vente internationale de marchandises, op cit.*, n<sup>o</sup> 5, p. 6-8 ; I. Fadlallah, « Le projet de convention sur la vente internationale de marchandises », *JDI* 1979, p. 755-769 ; J.-P. Plantard, « Le nouveau droit uniforme de la vente internationale : La Convention des Nations Unies du 11 avril 1980 », *JDI* 1988, p. 311-367.

<sup>7</sup> Cf. F. Van Der Mensbrugge (ed.), *L'utilisation de la méthode comparative en droit européen*, PU Namur, 2003.

<sup>8</sup> *Principes relatifs aux contrats du commerce international*, Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit), 1994, 2004, 2010 et 2016 (ci-après PICC).

<sup>9</sup> P. Deumier, « Les Principes Unidroit ont 10 ans : bilan en demi-teinte », *RDC* 2004, p. 774-783 ; J. M. Canahuate-Camacho, *Application des principes d'Unidroit par les tribunaux arbitraux et étatiques*, thèse Paris II, 2009, dir. C. Larroumet.

<sup>10</sup> Cf. par ex. C. Quézel-Ambrunaz (dir.), *Les défis de l'harmonisation européenne du droit des contrats*, Chambéry : Université de Savoie, 2012.

<sup>11</sup> Commission pour le droit européen des contrats, O. Lando (dir.), G. Rouhette *et al.* (trad.), *Principes du droit européen des contrats*, SLC, coll. Droit privé comparé et européen, 2003 (ci-après PDEC).

privatistes européens ont rédigé un *Avant-projet de Code européen des contrats*<sup>12</sup>. Ces projets ne se limitent pas au droit des contrats ; de tels principes ont été proposés en droit de la responsabilité civile<sup>13</sup>, en droit de la famille<sup>14</sup>, etc. L'un des projets les plus polémiques, du point de vue français, est le projet de cadre commun de référence ou *Draft Common Frame of Reference* porté C. von Bar ; ce projet ambitionne de couvrir tout le droit patrimonial privé<sup>15</sup>.

Aucun de ces textes n'a de valeur positive. Malgré leur forme « quasi législative », plusieurs de ses projets ne sont accompagnés d'aucune prétention normative immédiate ; ils sont de simples exercices intellectuels, appuyés sur la comparaison des droits<sup>16</sup>. D'autres projets, matière contractuelle en particulier, prétendent à une certaine force juridique. Ils pourraient notamment être choisis par les parties à un contrat comme droit applicable à celui-ci<sup>17</sup>. Ils pourraient être utilisés dans le cadre de l'interprétation ou de la réforme des droits nationaux. Dans certaines hypothèses, les rédacteurs de ces projets ont su retenir l'attention des institutions de l'Union. Ce fut notamment le cas du *Study Group on European Civil Code* qui a su retenir l'attention de la Commission européenne. Cela a abouti à une « proposition de règlement sur le droit commun européen de la vente »<sup>18</sup> qui a, peu à peu, été abandonnée<sup>19</sup>.

---

<sup>12</sup> Académie des privatistes européens, G. Gandolfi (coord.), *Code européen des contrats, Avant-projet, Livre premier*, Giuffrè, 2001 ; *Code européen des contrats, Avant-projet, Livre deuxième*, 1. Vente et contrats collatéraux et 2. Rapports de membres de l'Académie et d'experts, Giuffrè, 2007-2008.

<sup>13</sup> European Group on Tort Law, O. Moréteau (éd. française dir.), M. Séjean (trad.), *Principes du droit européen de la responsabilité civile. Textes et commentaires*, SLC, coll. Droit privé comparé et européen, 2011 (ci-après PETL d'après leur abréviation en langue anglaise).

<sup>14</sup> K. Boele-Woelki *et al.*, *Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses ; Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities ; Principles of European Family Law Regarding Property Relations Between Spouses*, Intersentia, European Family Law Series, 2004, 2007 et 2013.

<sup>15</sup> C. von Bar, E. Clive *et al.*, Study Group on a European Civil Code, Research group on EC Private Law (Acquis Group) (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference*, Full Edition, Sellier European Law Publishers, Oxford University Press, 6 vol., 2009-2010 (ci-après DCFR).

<sup>16</sup> Cf. par exemple les Principes du droit européen de la famille ou les PETL.

<sup>17</sup> Cf. en particulier l'article 1:101 des PDEC et le préambule des PICC. Unidroit va jusqu'à proposer des clauses types pour que ces principes régissent ou soient incorporés au contrat.

<sup>18</sup> Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente, 11 octobre 2011, COM(2011) 635 final.

<sup>19</sup> Elle a d'abord été remplacée par deux propositions de directives, « concernant certains aspects des contrats de fourniture de contenu numérique » et « concernant certains aspects des contrats de ventes en ligne et de toute autre vente à distance de biens » (9 décembre 2015, COM(2015) 634 final et COM(2015) 635 final). Cette seconde proposition de directive a désormais été modifiée (« Proposition modifiée de directive concernant certains aspects des contrats de vente de biens, modifiant le règlement (CE) n° 2006/2004 Parlement européen et du Conseil et la directive 2009/22/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil », 31 octobre 2017, COM(2017) 637 final).

Au-delà de leur influence sur un éventuel instrument européen, ces projets ont fortement alimenté les discussions dans certains domaines du droit. Ce fut notamment le cas dans le processus qui a conduit à la réforme française du droit des contrats<sup>20</sup>.

**3. Méthodes** – L'un des dénominateurs communs à l'ensemble de ces initiatives est leur assise comparative. On entend créer un nouveau droit commun européen ou international par la comparaison et la réunion des droits nationaux. Ainsi, ce sont les méthodes de travail mises en œuvre par ces groupes chargés d'élaborer ces projets, c'est-à-dire la manière dont ils se sont saisis du droit comparé, qui retiendront principalement notre attention.

Dans ce cadre, l'utilisation du droit comparé est faite dans un but précis : trouver les points communs entre les droits nationaux pour favoriser l'unification du droit. Mais dire que la méthode comparative est utilisée dans le cadre de l'uniformisation du droit dit finalement assez peu de la manière dont les textes d'uniformisation du droit sont construits : quelle méthode comparative est mise en œuvre ? Quelle importance a-t-elle ? Quels droits nationaux et éléments de comparaison sont utilisés ? Comment trancher les conflits entre ceux-ci ?

Alors que la comparaison des droits a été l'objet de nombreuses réflexions et de méthodologies très élaborées<sup>21</sup>, la faiblesse de la réflexion méthodologique semble caractériser les mouvements contemporains d'uniformisation du droit (§ 1). L'étude et l'analyse de la manière dont les groupes travaillent permettent de révéler la méthode effectivement pratiquée : il s'agit d'une méthode conceptuelle (§ 2). Le déficit de questionnements méthodologiques et la méthode adoptée par défaut ont cependant des conséquences sur les propositions élaborées par ces groupes (§ 3).

## § 1. La faiblesse de la réflexion méthodologique

**4. « Méthode comparative »** – L'examen des présentations, introductions, travaux préparatoires des instruments d'harmonisation du droit ne permet pas de faire ressortir une orientation méthodologique claire ; souvent, au contraire, l'absence de méthodologie explicite interpelle. Dans plusieurs textes importants, l'indication des sources d'inspiration, l'organigramme du groupe de travail, et la présentation des différentes étapes de la discussion

---

<sup>20</sup> Cf. notre étude, « L'influence du droit européen et international des contrats sur la réforme française du droit des obligations », *Revue internationale de droit comparé*, 2017, n° 4, p. 757-777.

<sup>21</sup> Cf. A. Downe, « Séparer et rapprocher. Voyage au pays des comparatistes » *supra*. Pour d'autres présentations des différentes méthodologies, cf. B. Jaluzot, « Méthodologie du droit comparé. Bilan et perspective », *RIDC* 2005, p. 29-48 ; Th. Rambaud, *Introduction au droit comparé. Les grandes traditions juridiques dans le monde*, PUF, coll. Quadrige, 1<sup>re</sup> éd. 2014, spéc. p. 11-30. Cf. aussi M.-L. Izorche, « Propositions méthodologiques pour la comparaison », *RIDC* 2001, p. 289-325.

tiennent lieu d'exposé méthodologique. Mais la méthode utilisée sur le fond est rarement explicitée. L'utilisation même de la comparaison des droits n'est pas systématiquement formulée, mais résulte nécessairement des sources d'inspiration mises en avant et du processus d'élaboration des textes.

Les sources avancées sont toujours diverses. La Commission Lando indique avoir emprunté « aux législations nationales et aux conventions internationales relatives à différents types de contrats »<sup>22</sup> et qualifie la CVIM de « source d'inspiration particulièrement fructueuse »<sup>23</sup>. Ainsi, elle « s'est inspirée dans une certaine mesure des systèmes juridiques de tous les États membres », mais « n'a pas limité ses sources au droit des États membres »<sup>24</sup>. De même, M. J. Bonell, qui a dirigé la rédaction des Principes Unidroit, indique, à propos de la première édition, que « parmi les codifications et compilations nationales, la plus grande attention a naturellement été portée aux plus récentes »<sup>25</sup>, il cite ainsi l'*Uniform Commercial Code* et le *Restatement (Second) of the Law of Contracts* des États-Unis, et les codes civils (ou projets) algériens, néerlandais et québécois. Les PICC eux-mêmes doivent probablement être rattachés à la catégorie des « études de droit comparé dans les matières du droit privé » au sens du statut d'Unidroit (article 1<sup>er</sup>, § 2, c)<sup>26</sup>. L'utilisation d'une méthode comparative est plus explicite à propos du DCFR puisque celui-ci indique être notamment fondé sur des recherches comparatives approfondies<sup>27</sup>.

La description du processus d'élaboration des textes met en avant deux étapes intellectuelles dans la construction des textes en cause : la recension des points communs, puis un travail d'invention lorsqu'aucun point commun n'a pu être dégagé ou lorsque celui-ci ne semble pas approprié<sup>28</sup>. La première étape consiste en l'identification d'un « fonds commun » (*common core*) des solutions issues des sources envisagées ; on identifie les convergences entre les différentes sources d'inspiration. Ainsi, les PDEC indiquent que « les principes généraux applicables dans l'ensemble de l'Union doivent être établis de façon plus créative

---

<sup>22</sup> PDEC, « Introduction », p. 24.

<sup>23</sup> *Ibid.*

<sup>24</sup> *Ibid.*

<sup>25</sup> M. J. Bonell, « The Unidroit Principles of International Commercial Contracts: Why? What? How? », *Tulane Law Review* 1995 (vol. 69), p. 1121 et s., spéc. p. 1129-1130 : « *Of the national codifications or compilations of law, greater attention was naturally given to the most recent ones* ». Nous traduisons.

<sup>26</sup> Cf. C. Kessedjian, « Un exercice de rénovation des sources du droit des contrats du commerce international : les principes proposés par Unidroit », *Rev. crit. DIP* 1995, p. 641-670, spéc. n<sup>os</sup> 11-22.

<sup>27</sup> DCFR, « Introduction », p. 20, et « Academic contributors », p. 25.

<sup>28</sup> Cf. de manière très explicite à propos des principes du droit européen de la famille, distinguant l'identification du « *common core* » de la « *better law approach* », F. Ferrand, « Les Principes du droit du divorce établis par la Commission de droit européen de la famille », 1<sup>re</sup> partie : *RLDC* juin 2005, p. 29-32, 2<sup>de</sup> partie : *RLDC* juillet 2005, p. 41-42, spéc. 1<sup>re</sup> partie, p. 30. Cf. également K. Boele-Woelki (ed.), *Common Core and Better Law in European Family Law*, Intersentia, European Family Law Series, 2005.

[que les *Restatements* américains], par la recherche d'un fonds commun et l'élaboration, à partir de ce fonds, d'un système opératoire »<sup>29</sup>. Des considérations similaires peuvent être trouvées à propos des Principes Unidroit<sup>30</sup> ou des principes du droit européen de la famille<sup>31</sup>.

Si le travail comparatif apparaît toujours comme le point de départ des travaux d'uniformisation, la manière dont a été menée la comparaison et les critères permettant d'établir la présence d'un fonds commun (ou son absence) sur un point donné sont rarement explicites.

**5. Le respect de la diversité comme faire-valoir** – La diversité de la composition du groupe de travail est fréquemment mise en avant comme gage de la diversité des droits pris en exemple. L'absence de source d'influence prépondérante est souvent soulignée pour prévenir tout soupçon de favoritisme à l'égard d'un système juridique ou d'un autre. Ainsi, les PDEC affirment qu'« aucun système de droit n'a été considéré comme constituant un point de départ privilégié [...], ni comme devant avoir une influence décisive »<sup>32</sup>. De ce point de vue, seul le Code Gandolfi fait exception en adoptant deux modèles principaux<sup>33</sup>. Le respect de la diversité à la fois dans la composition des groupes et des systèmes juridiques pris en considération apparaît même quelquefois comme un substitut à une méthodologie claire : la diversité des systèmes juridiques représentés suffirait à légitimer le travail envisagé.

Les PDEC peuvent faire valoir que la commission qui les a préparés réunissait des membres issus de l'ensemble des États membres de l'Union européenne ; mais l'Union ne comportait à l'époque que 15 États membres<sup>34</sup>. Le groupe ayant élaboré le DCFR, dans une Union à 28 États membres, n'a pu remplir cet objectif<sup>35</sup>. À l'échelle mondiale, les PICC suppléent à l'exhaustivité par une forme de représentation ; ainsi la première édition des

---

<sup>29</sup> PDEC, « Introduction », p. 25.

<sup>30</sup> M. J. Bonell, « The Unidroit Principles of International Commercial Contracts: Why? What? How? », *op. cit.*, p. 1129 : « The UNIDROIT Principles are intended to enunciate rules that are common to most of the existing legal systems and at the same time to provide the solutions that seem best adapted to the special requirements of international trade ».

<sup>31</sup> Cf. F. Ferrand, « Les Principes du droit du divorce établis par la Commission de droit européen de la famille », *op. cit.*, spéc. 1<sup>re</sup> partie, p. 30 ; K. Boele-Woelki *et alii*, *Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses*, *op. cit.*, spéc. « General Introduction », p. 1-5.

<sup>32</sup> PDEC, « Introduction », p. 24.

<sup>33</sup> Il s'agit du livre IV du Code civil italien et du projet de *Contract Code* élaboré sous les auspices des *Law Commissions* anglaise et écossaise par H. McGregor. Le recours à ces deux modèles est justifié par l'œuvre de compromis qu'ils réaliseraient (entre le Code Napoléon et le BGB pour le premier, entre les systèmes de *common law* et de *civil law* pour le second). G. Gandolfi souligne cependant, pour affirmer le respect de la diversité, que le code proposé « puise dans l'ensemble des expériences, législatives, jurisprudentielles et doctrinales dignes d'être prises en considération » (G. Gandolfi, « Introduction », *in Code européen des contrats, Avant-projet, Livre premier*, *op. cit.*, p. LI-LVIII, spéc. p. LIV ; cf. également, « Rapport du coordinateur sur les articles 1 à 41 », *in Code européen des contrats*, *op. cit.*, p. 89-122, spéc. p. 91).

<sup>34</sup> PDEC, p. 13-14.

<sup>35</sup> Si l'on prend en compte la composition du *co-ordinating group* et des *advisory councils*, il manque de Chypre et de la Lettonie (DCFR, p. 25 et s.)

principes Unidroit indique que « [le groupe de travail] comprenait des représentants de tous les principaux systèmes juridiques du monde »<sup>36</sup> ; il faut toutefois remarquer, au sein de ce groupe, la place prépondérante des juristes européens<sup>37</sup>. Par ailleurs, la composition de certains groupes, absolument pléthorique, peut faire douter de l'implication effective de leurs membres ; c'est en particulier le cas de l'académie des privatistes européens sous l'égide de laquelle G. Gandolfi a rédigé un *Avant-projet de Code européen des contrats*<sup>38</sup>.

Quoi qu'il en soit, la présence de membres issus de divers systèmes juridiques ne préjuge en rien de la prise en compte des droits issus de ces systèmes juridiques. O. Lando indique ainsi que « tous les systèmes des États membres » ont été pris en considération, mais il doit confesser, *a minima*, que « tous n'ont pas eu une influence sur chaque point envisagé »<sup>39</sup>.

**6. Éléments de la méthode fonctionnelle** – S'agissant des projets initiés en premier, en matière contractuelle en particulier, l'exposé méthodologique ne va pas au-delà de l'exposé des sources et du processus de rédaction. La division du travail apparaît importante dans l'élaboration des PDEC, des principes d'Unidroit et du DCFR : chaque subdivision de ces projets a été confiée à des rapporteurs différents. Ainsi, la mise en œuvre de la méthode comparative et les droits pris en compte ont probablement répondu à des critères personnels ; chaque rapporteur a vraisemblablement pris en compte les éléments auxquels il avait le plus facilement accès selon ses compétences juridiques et ses facilités linguistiques et documentaires. G. Gandolfi refuse clairement une telle division du travail, de sorte que le Code qu'il a dirigé, même s'il s'appuie sur des rapports préparatoires, apparaît avant tout comme une œuvre personnelle<sup>40</sup>.

Pour d'autres projets, en droit de la responsabilité civile, ou en droit de la famille, la méthode de comparaison et d'élaboration des textes est davantage précisée. Pour ces principes, le travail comparatif préparatoire et la rigueur de celui-ci sont mis en avant<sup>41</sup>. Sur chaque thématique, des questionnaires ou des cas pratiques ont été soigneusement élaborés et,

---

<sup>36</sup> PICC, 1994, « Introduction », p. VII.

<sup>37</sup> Sur les 17 membres du groupe de travail d'Unidroit qui prépara la première version des principes, neuf appartenaient alors à des États membres de l'Union européenne (cf. PICC, 1994, « Membres du groupe de travail », p. XII-XIV).

<sup>38</sup> Au moment de la publication du projet de Code, l'académie revendiquait 162 membres (*Code européen des contrats, op. cit.*, p. 743-752).

<sup>39</sup> O. Lando, « Principes de droit européen des contrats : une première étape vers un Code civil européen ? », *RDAL* 1997, p. 189-202, spéc. 195.

<sup>40</sup> G. Gandolfi, « Introduction », *op. cit.*, p. LVI.

<sup>41</sup> Notamment à travers la publication ou la diffusion de ces travaux préparatoires. Pour l'European Group on Tort Law, cf. ses publications de sur son site internet (<http://www.egtl.org/>). Pour la Commission de droit européen de la famille, une grande partie de ses travaux préparatoires (questionnaires, rapports nationaux) sont diffusés sur son site internet, cf. également la liste de ses publications (<http://ceflonline.net/>).

à partir de ce travail, des rapports nationaux ont été dressés. Ainsi, une connaissance approfondie des droits nationaux a permis de servir de support au travail d'élaboration des textes. Grâce à ces rapports nationaux, des rapports généraux permettant de confronter les règles et les solutions nationales ont été rédigés<sup>42</sup>. Il s'agissait d'essayer d'observer les convergences des solutions concrètes, au-delà de la convergence ou de la divergence des règles. Cette méthode est souvent qualifiée de méthode fonctionnelle, mais seul le groupe en droit de la famille se réfère explicitement à une telle méthodologie<sup>43</sup>.

Mais une telle manière de procéder peut toutefois apparaître comme un dévoiement de la méthode fonctionnelle : celle-ci entend comparer les fonctions des règles juridiques, les résultats concrets de la mise en œuvre des règles, mais non les règles ou les concepts par eux-mêmes. Cette méthode prend pour « hypothèse que chaque société fait face aux mêmes problèmes et les résout par des moyens différents mais souvent avec des résultats identiques »<sup>44</sup>. A priori ce ne sont ni les règles en tant que telles ni les concepts utilisés par ces règles qui sont au cœur de l'approche fonctionnelle, mais les solutions apportées par ces règles<sup>45</sup>. À travers cette méthode, on souhaite souligner les convergences possibles des solutions malgré la divergence des règles, ou au contraire la divergence des solutions concrètes malgré la proximité des règles et des concepts<sup>46</sup>. La méthode fonctionnelle, en tant que telle, permet de décrire la convergence des solutions, mais non de construire. Pour construire, il faut repérer, ou à défaut créer, des règles, des concepts communs. Repérer la convergence des solutions n'est pas suffisant, sauf à renoncer à toute abstraction et à toute construction. « En tant que méthode anti-formaliste, la méthode fonctionnelle n'est pas bien armée pour la formulation des règles juridiques qui doit revêtir un certain degré de

---

<sup>42</sup> Pour les principes du droit européen de la famille, cf. K. Boele-Woelki (ed.), *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, Intersentia, European Family Law Series, 2003 ; F. Ferrand, « Les Principes du droit du divorce établis par la Commission de droit européen de la famille », *op. cit.*. Pour les principes du droit européen de la responsabilité civile, cf. J. Spier, trad. M. Séjean, « Introduction générale », in PETL, *op. cit.*, p. 33-41, spéc., p. 35-38, n<sup>os</sup> 14-29.

<sup>43</sup> K. Boele-Woelki *et alii*, *Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses*, *op. cit.*, spéc. « General Introduction », p. 1-5, spéc. p. 2 ; I. Schwenzer, « Methodological Aspects of Harmonisation of Family Law », in K. Boele-Woelki (ed.), *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, *op. cit.*, p. 143-155.

<sup>44</sup> « [The functional comparative method is] based on the assumption that every society faces essentially the same problems and solves them by quite different means but with often similar result » (K. P. Berger, « Harmonisation of European contract law: the influence of comparative law », *ICLQ* 2001 (vol. 50), p. 877-900, spéc. p. 887).

<sup>45</sup> Cf. A. Peters, H. Schwenke, « Comparative law beyond post-modernism » *ICLQ* 2000 (vol. 49), p. 800-834, spéc. p. 808-810.

<sup>46</sup> Souvent, la méthode fonctionnelle s'appuie une présomption de similarité. Pour une critique de cette *praesumptio similitudinis*, cf. R. Michaels, « The Functional Method of Comparative Law », in M. Reimann, R. Zimmermann (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, 2006, p. 339-382, spéc. p. 369-372.

formalisme »<sup>47</sup>. Pour créer un nouveau système, on ne peut ignorer la formalisation et la systématique des droits étudiés<sup>48</sup>, ainsi, « la méthode fonctionnaliste est un outil particulièrement mauvais pour l'unification du droit »<sup>49</sup>.

En raison de l'objectif même de ces groupes et de l'uniformisation recherchée, leurs promoteurs ne peuvent faire abstraction de la manière dont les droits étudiés formalisent les règles étudiées. La forme et les concepts des droits étudiés ne peuvent être ignorés. Les groupes qui mettent en œuvre le plus fidèlement la méthode fonctionnelle sont des groupes qui refusent précisément de proposer des textes uniformes. Ainsi, le groupe *Common Core of European of European Private Law* fonde très explicitement son travail sur la méthode fonctionnelle, développée par R. Schlesinger à l'université Cornell<sup>50</sup>. L'objectif est descriptif : il s'agit d'accéder au « fonds commun des systèmes juridiques »<sup>51</sup> ; l'« attitude normative »<sup>52</sup> de la commission Lando ou du groupe Unidroit est expressément rejetée.

## § 2. Une méthode par défaut : la méthode conceptuelle

**7. Méthode par défaut** – L'absence de méthodologie revendiquée ne signifie pas absence de méthode. Pour élaborer leurs textes sur une base comparative, les différents groupes de travail ont nécessairement adopté une manière de faire. Celle-ci a été guidée par leurs objectifs : construire un texte uniforme, compréhensible des juristes issus des systèmes juridiques dont l'unification est proposée.

L'objectif même du travail comparatif, proposer un texte uniforme, conduit les auteurs à adopté une démarche conceptuelle. B. Jaluzot définit et décrit cette méthode ainsi :

« [Il s'agit d'une] une approche du droit comparé fondée sur les concepts juridiques. Partant d'institutions ou de notions, il s'agit de les comparer dans des droits différents. Cette approche semble d'une évidence telle qu'elle a peu retenu l'attention des auteurs alors que presque tous l'appliquent, tout au moins débutent leurs recherches en droit comparé par celle-ci. Elle s'avère toujours

---

<sup>47</sup> R. Michaels, « The Functional Method of Comparative Law », *op. cit.*, p. 376 : « the functional method [...] as an antidoctrinal method it is not well equipped for the formulation of legal rules that must be doctrinal ».

<sup>48</sup> R. Michaels, « The Functional Method of Comparative Law », *op. cit.*, p. 376 : « Lawmakers cannot ignore lawyers' actual experiences with legal doctrine and the creation of systems if they want to create a new doctrine and a new system. Functionalist comparative law works well for critiquing doctrine, far less well for its establishment. »

<sup>49</sup> R. Michaels, « The Functional Method of Comparative Law », *op. cit.*, p. 376 : « functionalist comparative law is a particularly bad tool for the unification of law ».

<sup>50</sup> M. Bussani, U. Mattei, « Le fonds commun du droit privé européen », *RIDC* 2000, p. 29-48. Cf. [www.common-core.org](http://www.common-core.org)

<sup>51</sup> Sur le projet de R. Schlesinger à l'université Cornell, cf. R. Schlesinger, « Le fonds commun des systèmes juridiques. Observations sur un nouveau projet de recherche », *RIDC* 1963, p. 501-540.

<sup>52</sup> M. Bussani, U. Mattei, « Le fonds commun du droit privé européen », *op. cit.*, p. 40.

nécessaire, notamment dans la perspective d'une harmonisation des législations. »<sup>53</sup>

Cette méthode apparaît comme le point de départ de la plupart des études comparatives : une approche comparative du droit des contrats ou de l'enrichissement injustifié ne peut être proposée sans définition ou identification préalable de ce qui est appréhendé à travers le contrat ou l'enrichissement injustifié. Et cette définition est généralement construite à partir des droits étudiés. Ainsi, cette méthode sert *a minima* à définir le champ juridique dans lequel l'étude comparative est menée<sup>54</sup>.

Cette méthode, qui prend pour point de départ les concepts et les compare dans les différents systèmes juridiques, apparaît encore plus indispensable dans le cadre de l'uniformisation du droit. En effet, les rédacteurs d'un tel texte ne peuvent faire abstraction des systèmes juridiques existants, de leurs concepts, de leurs notions, de leur vocabulaire. Pour être compréhensibles, les auteurs doivent nécessairement partir de l'existant et s'appuyer sur une comparaison des concepts. Créer un langage juridique, des concepts et des notions entièrement propres est impossible : cela reviendrait à créer un sabir très difficilement compréhensible, et particulièrement hermétique aux juristes non initiés. Pour garantir une application et une interprétation uniforme des textes, les termes juridiques considérés revêtiront très probablement une signification autonome. Mais au stade de l'élaboration du texte, ce sont bien les concepts et les notions issus des sources d'inspiration qui ont alimenté la comparaison et la construction uniforme.

Cette méthode n'est pas sans danger. En effet, le terme ou le concept juridique issu du texte d'uniformisation ne doit pas nécessairement être considéré comme équivalent au terme ou au concept homonyme dans l'un des droits ainsi uniformisés. R. David nous met en garde : « le défaut de correspondance entre les notions, et même entre les catégories juridiques admises ici et là, constitue l'une des plus grandes difficultés que rencontre le juriste désireux d'établir une comparaison entre les divers droits. »<sup>55</sup>

Si cette manière de procéder n'est pas explicite, il est possible de la reconstituer, en partie au moins, à l'aide des textes d'uniformisation et, le cas échéant, des commentaires et

---

<sup>53</sup> B. Jaluzot, « Méthodologie du droit comparé. Bilan et perspective », *RIDC* 2005, p. 29-48, spéc. p. 39 (note omise).

<sup>54</sup> Comp. refusant cette méthode même au départ de ses recherches, B. Markesinis, *Foreign Law and Comparative Methodology : A Subject and a Thesis*, Oxford : Hart Publishing, 1997, spéc. art. éponyme p. 3 et s. Mais la perspective de l'auteur n'est pas, de manière immédiate au moins, la construction d'un droit commun. Le but de la comparaison qu'il professe est la « destruction des mythes » et la « construction de ponts entre les systèmes et les juristes » en « rendant le droit étranger plus intelligible et plus digeste pour les juristes nationaux » (*Ibid.*, spéc. « The Destructive and Constructive Role of the Comparative Lawyer », p. 36 et s.)

<sup>55</sup> R. David, C. Jauffret-Spinosi, M. Goré, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, coll. Précis, 12<sup>e</sup> éd. 2016, n° 12, p. 13 (B. Jaluzot, « Méthodologie du droit comparé. Bilan et perspective », *op. cit.*).

notes accompagnant leur diffusion. Il est également possible de trouver des exemples de mécompréhension des textes proposés, en raison précisément de la transposition de définitions nationales à des concepts utilisés dans les textes européens ou internationaux.

#### **8. La méthode conceptuelle à l'œuvre : l'erreur dans la formation du contrat –**

Les dispositions de plusieurs projets sont accompagnées de commentaires et notes comparatives qui éclairent les significations de la disposition, mais indiquent également la manière dont celle-ci a été construite. L'exemple de la disposition consacrée à l'erreur dans la formation du contrat au sein des PDEC est révélateur de la manière dont ces principes ont été élaborés. L'article 4:103 est intitulé « Erreur essentielle de fait ou de droit ». Le juriste français ne sera pas désarçonné par le concept ou ses qualificatifs : le droit français distingue l'erreur de fait et l'erreur de droit (pour les accueillir toutes deux)<sup>56</sup> et érige le caractère essentiel de l'erreur en une condition de l'efficacité du concept<sup>57</sup>. Dans les PDEC, la disposition est complétée par des commentaires. Ceux-ci proposent une forme d'exégèse du texte : ils expliquent la raison d'être et la place de la disposition au sein des dispositions proposées et expliquent longuement le sens de la notion et son articulation avec d'autres dispositions.

À la suite du commentaire, des notes comparatives établissent les liens avec les droits nationaux européens. Le choix d'utiliser un concept tel que l'erreur est justifié par son admission dans tous les systèmes juridiques :

« Dans tous les droits, lorsqu'une partie ou les deux ont conclu un contrat sous l'emprise de l'erreur, elles peuvent s'en dégager dans des conditions variées. »<sup>58</sup>

Le point de départ est donc l'unanimité des droits nationaux européens quant à l'existence de la notion. Rapidement une précision intervient :

« Dans les droits continentaux, la doctrine de l'erreur joue dans de nombreuses circonstances et procure fréquemment une sanction. En revanche, les doctrines anglaise et irlandaise de *mistake* sont très étroites et les arrêts peu nombreux. »<sup>59</sup>

Le concept d'erreur, dans son acceptation large, n'est plus unanime mais largement majoritaire, les droits anglais et irlandais faisant exception. Sont ensuite présentées, dans un

---

<sup>56</sup> Cf. avant la réforme opérée par l'ordonnance du 10 février 2016, F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, coll. Précis, 11<sup>e</sup> éd. 2013, spéc. n° 224, p. 252. Cf. désormais l'article 1132 du Code civil.

<sup>57</sup> Avant la réforme, jurisprudence et doctrine évoquaient le caractère substantiel de l'erreur (cf. , F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations, op. cit.*, n°s 214 et s., p. 237 et s.). L'article 1132 du Code civil se réfère désormais aux « qualités essentielles de la prestation due ou [...] celles du cocontractant ».

<sup>58</sup> PDEC, notes sous article 4:103, p. 194.

<sup>59</sup> *Ibid.*

paragraphe intitulé « 1. Erreur, misrepresentation et autres doctrines », les équivalences fonctionnelles au concept de l'erreur, *ie* ce que les droits nationaux ne nomment pas erreur, mais qui rentrerait dans cette catégorie au sens des PDEC (la *misrepresentation* des systèmes de common law, les vices cachés en matière de vente pour les droits belge, français et luxembourgeois, etc.). Enfin, dans les neuf paragraphes qui suivent, le concept d'erreur au sens des PDEC est expliqué, distingué ou rapproché des erreurs que connaissent les droits nationaux<sup>60</sup>.

Ainsi, le concept d'erreur en tant que vice du consentement est issu des conceptions de l'erreur dans les différents droits nationaux européens pris en considération. Les concepts nationaux ont été repris, adaptés, transformés pour être transposés à l'échelle européenne. La définition et les contours exacts de l'erreur au sens des PDEC sont certainement autonomes de toute conception nationale. Le point de départ est bien une approche conceptuelle : tous les droits nationaux européens connaissent le concept d'erreur, les PDEC font donc leur le concept ; la plupart lui donnent des contours assez larges, les PDEC font de même. Certes, les équivalents fonctionnels au concept d'erreur ne sont pas passés sous silence, mais le concept d'erreur et ses principales caractéristiques n'en sont pas moins directement empruntés aux droits nationaux, éléments de la comparaison menée par les rédacteurs des PDEC.

**9. La méthode conceptuelle et la mécompréhension des concepts** – Le processus de formation du contrat tel que proposé par les PDEC utilise un vocable familier pour le juriste français : « promesse unilatérale »<sup>61</sup>, « offre »<sup>62</sup>. Mais les éléments rassemblés sous ces catégories et la systématique de la formation du contrat ne correspondent pas nécessairement à ce que le juriste français rassemble sous les catégories identiques. Les PDEC ont repris le vocabulaire utilisé par différents droits nationaux européens alors même que les termes « promesses unilatérales » peuvent apparaître équivoques.

L'offre peut être définie de manière identique dans les PDEC comme en droit français. Elle est la proposition qui émane d'une partie manifestant sa volonté d'être lié par le contrat

---

<sup>60</sup> PDEC, notes sous article 4:103, p. 194-201. La plupart des intitulés des paragraphes apparaîtront assez familiers aux juristes français et « continentaux » : 2. Erreur sur un point quelconque qui était essentiel pour la victime, 3. Erreur connue du cocontractant ou causée par lui, 4. Erreur partagée, 5. Cas où le cocontractant ne s'est pas encore prévalu des dispositions du contrat, 6. Divers types d'erreur [a) motif erroné, b) erreur sur la valeur, c) erreur sur l'identité du cocontractant, d) erreur de droit], 7. Hypothèses où l'une des parties a assumé le risque d'erreur, 8. Erreur inexcusable, 9. Effet sur le contrat, 10. Dommages et intérêts pour la victime.

<sup>61</sup> PDEC, article 2:107 « promesses obligatoires sans acceptation », les commentaires de la disposition se réfèrent plus simplement aux « promesses unilatérales ».

<sup>62</sup> PDEC, article 2:201 « Offre ».

en cas d'acceptation, et dont les éléments essentiels sont précisés<sup>63</sup>. En revanche, les définitions de la promesse unilatérale divergent radicalement.

En droit français, une promesse unilatérale est un contrat, c'est-à-dire qu'elle résulte d'un accord de volonté entre un promettant et un bénéficiaire<sup>64</sup>. L'originalité de ce contrat réside dans le droit d'option qui est offert au bénéficiaire de la promesse : celui-ci n'est pas lié par le contrat projeté, mais dispose d'un certain délai pour lever l'option (et conclure le contrat) ou ne pas le faire (et ne pas conclure de contrat). L'offre et la promesse unilatérale ne se recoupent pas en droit français : la première est une manifestation unilatérale de volonté alors que la seconde est un accord de volonté.

Dans les PDEC, la « promesse unilatérale » ou « promesse obligatoire sans acceptation » est celle « qui tend à être obligatoire sans acceptation de son auteur »<sup>65</sup>. Elle n'est donc pas un contrat au sens des PDEC (ou même au sens du droit français) : nul besoin d'acceptation, nul besoin de rencontre ou d'accord des volontés pour qu'elle soit obligatoire. En cela, elle se distingue clairement de la promesse unilatérale du droit français qui est un contrat<sup>66</sup>. Dans les PDEC et dans certaines hypothèses, l'offre et la promesse unilatérale peuvent se recouper. Toutes deux sont des manifestations unilatérales de volonté. Et lorsqu'elle est considérée comme irrévocable, l'offre constitue une promesse unilatérale ; en effet, elle devient juridiquement obligatoire (l'offrant ne peut valablement la révoquer) même sans avoir été acceptée par son destinataire.

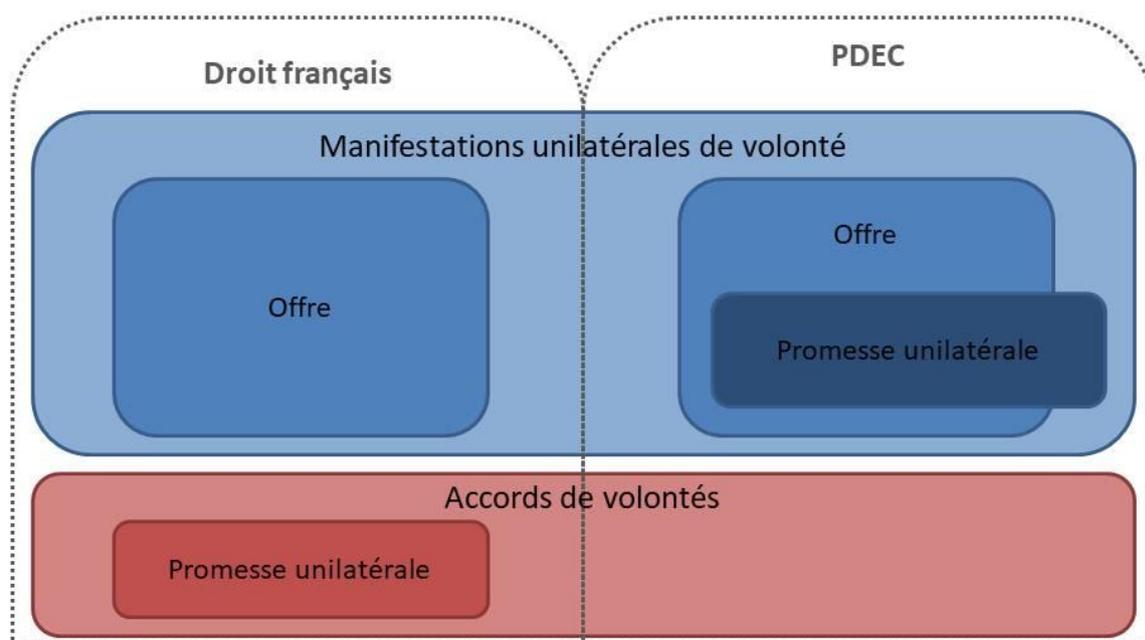
---

<sup>63</sup> Cf. PDEC, article 2:201 (1) et les articles 1113 et 1114 du Code civil.

<sup>64</sup> Cf. l'article 1124 du Code civil réformé. Cette définition (mais non son régime) correspond au droit français, jurisprudentiel et doctrinal, antérieur à la réforme.

<sup>65</sup> PDEC, article 2:107.

<sup>66</sup> S'il fallait rechercher un équivalent français à la promesse unilatérale au sens des PDEC, l'engagement unilatéral correspondrait davantage (même si le statut et l'existence de l'engagement unilatéral sont discutés en France).



**Fig. 1 : Les promesses unilatérales en droit français et dans les PDEC**

Les notes accompagnant l'article 2:107 des PDEC ne permettent pas de lever l'ambiguïté et n'indiquent pas que les mots n'ont pas le même sens :

« Les droits belge, français et luxembourgeois exigent en principe l'acceptation des promesses unilatérales, même quand le contrat est unilatéral [...]. Les promesses unilatérales sont toutefois reconnues, bien qu'avec difficulté ».<sup>67</sup>

Les exemples donnés à cette reconnaissance en droit belge et en droit français ne relèvent pas de ce que ces droits nomment « promesses unilatérales ». Pour le droit belge, cela correspond à « l'engagement résultant d'une volonté unilatérale »<sup>68</sup>. Pour le droit français, cela correspond aux arrêts de la Cour de cassation relatifs aux loteries publicitaires<sup>69</sup>. Ainsi, les PDEC sans commettre eux-mêmes la confusion ne permettent pas de mettre fin à l'équivoque.

Une confusion véritable peut cependant être relevée dans le rapport au président de la République accompagnant l'ordonnance de 2016 réformant le droit français des contrats et des obligations :

« L'article 1124, après avoir donné une définition de la promesse unilatérale (alinéa 1), prévoit la sanction de la révocation de cette promesse, avant la levée

<sup>67</sup> PDEC, notes sous l'article 2:107, p. 119.

<sup>68</sup> Les notes renvoient notamment à Cass. (Belgique), 3 septembre 1981, *L'entreprise et le droit* 1982, p. 131. Sur la jurisprudence belge sur cette question, cf. P. van Ommeslaghe, *Traité de droit civil belge*, t. II *Les obligations*, vol. 1 à 3, Bruylant, 2013, spéc. n° 708.

<sup>69</sup> PDEC, notes sous l'article 1:107, p. 71 auxquelles les notes sous l'article 2:107 renvoient (Civ. 1<sup>re</sup>, 25 mars 1995, n° 93-12678, *Bull. civ I*, n° 150).

de l'option, par l'exécution forcée du contrat (alinéa 2). Cette solution met fin à une jurisprudence très critiquée : la Cour de cassation refuse en effet la réalisation forcée du contrat lorsque la levée de l'option par le bénéficiaire intervient postérieurement à la rétractation du promettant, et limite la sanction à l'octroi de dommages et intérêts. *La nouvelle solution adoptée, conforme aux projets européens d'harmonisation, tend à renforcer la sécurité et l'efficacité de la promesse unilatérale.* »<sup>70</sup>

Les projets européens visés par le rapport ne connaissent pas de la promesse unilatérale telle que définie en droit français. Parmi ces projets<sup>71</sup>, seuls les PDEC utilisent l'expression « promesse unilatérale », mais avec une signification différente de celle retenue en droit français. Ainsi, le rapport français tire argument d'un concept européen qui, bien qu'ayant le même nom, ne vise pas la même chose. Effectivement, le régime juridique appliqué à la « promesse unilatérale » au sens du droit français est désormais le même que celui de la « promesse unilatérale » au sens des PDEC. Pourtant les concepts ne sont pas équivalents. La promesse unilatérale française est un accord de volonté quand la promesse unilatérale européenne est une manifestation unilatérale de volonté. La comparaison des régimes juridiques de l'offre fait nettement apparaître la différence entre les deux droits. L'offre française, bien qu'irrévocable, ne permet pas la conclusion du contrat lorsqu'elle est retirée, en dépit de cette irrévocabilité, avant d'être acceptée<sup>72</sup>. En revanche, l'offre européenne, lorsqu'elle est irrévocable, permet la conclusion du contrat même si elle a été retirée avant l'acceptation, car elle vaut alors promesse unilatérale<sup>73</sup>. Ainsi, les PDEC apparaissent plus enclins à doter les manifestations unilatérales de volonté d'une pleine force obligatoire, alors que la valeur de ces manifestations, en tant qu'engagement unilatéral de volonté, fait encore débat après la réforme en France<sup>74</sup>.

**10. De la compréhension au contenu** – Ainsi, et éventuellement à l'insu des groupes élaborant des textes de droit uniforme, ceux-ci appliquent et prennent pour point de départ une méthode conceptuelle. Le système qu'ils construisent est fait de concepts, de notions, de

---

<sup>70</sup> « Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *JORF* 11 février 2016, spéc. à propos de la promesse unilatérale. Nous soulignons.

<sup>71</sup> Le DCFR utilise l'expression « unilateral undertaking » qui peut être traduite par « engagement unilatéral » pour désigner ce que les PDEC désignaient par « promesse unilatérale ». Cf. DCFR, article II. – 1:103 (2).

<sup>72</sup> Article 1116 du Code civil.

<sup>73</sup> PDEC, article 2:202.

<sup>74</sup> Cf. l'article 1100-1, al. 1<sup>er</sup>, du Code civil. Retenant la consécration de l'engagement unilatéral de volonté, cf. C. Brenner, « Sources des obligations dans le Code civil rénové : passage à l'acte ou acte manqué ? », *JCP G* 2016, 524 ; F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, Dalloz, 2016, no 10.14, p. 12. *Contra* B. Haftel, « La conclusion du contrat dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations », *Gaz. Pal.* 30 avril 2015, n° 120, p. 8 et s., spéc. n° 22 ; M. Latina, G. Chantepie, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2<sup>e</sup> éd. 2018, n° 197, p. 178 et n° 220, p. 193-194 ; J. Antippas, « L'engagement unilatéral dans les limbes du droit civil », *RDC* 2018, p. 272 et s.

définitions et de règles, qu'ils empruntent aux droits comparés. Cette méthode recèle des dangers, car l'identité des mots ne signifie pas l'identité des concepts ; et lorsque la définition d'un terme varie d'un système juridique national à un autre, les risques de confusions sont grands<sup>75</sup>. Par ailleurs, cette absence de réflexion méthodologique et de remise en cause des droits comparés a des conséquences quant au contenu des propositions uniformes élaborées.

### § 3. Les conséquences de l'absence de réflexion méthodologique

**11. L'absence de transparence** – Les premiers risques tenant à l'absence de réflexion et d'exposé méthodologiques correspondent à ceux qu'encourt un processus d'élaboration du droit manquant de transparence. La première crainte qui peut naître, qu'elle soit au non fondée, est celle d'un droit orienté, d'un droit qui privilégierait certains systèmes juridiques à d'autres. Le président du groupe de travail qui a rédigé les PICC au sein d'Unidroit explique l'absence de notes comparatives ainsi : « de manière inévitable les droits de certains systèmes juridiques ont joué un rôle plus important que d'autres dans la préparation des principes Unidroit ; inclure des notes comparatives aurait pu être contre-productif, car cela aurait souligné cet état de fait »<sup>76</sup>. La crainte d'un échec en raison d'un processus d'élaboration déséquilibré au profit de certains systèmes juridiques apparaît justifiée, spécialement au regard de l'échec passé de certains textes d'uniformisation du droit. Les deux conventions de La Haye de 1964, préparées par Unidroit, avaient échoué à rassembler un grand nombre de ratifications, notamment pour cette raison. Dans un contexte de guerre froide, l'Union soviétique leur avait reproché d'être trop conformes aux systèmes juridiques du bloc de l'Ouest, capitalistes. Aucun pays du bloc de l'Est ne les ratifia, et les quelques États qui la ratifièrent émirent presque systématiquement des réserves importantes au moment de sa ratification<sup>77</sup>. Les leçons en furent tirées et l'élaboration de la CVIM rassembla des juristes

---

<sup>75</sup> À ces difficultés, s'ajoutent celles de la traduction. Cf. H. Claret, « Le défi du langage (Déterminabilité d'un droit européen des contrats et pluralisme linguistique) », in C. Quézel-Ambrunaz (dir.), *Les défis de l'harmonisation européenne du droit des contrats*, op. cit., p. 47-72, spéc. p. 55-63.

<sup>76</sup> M. J. Bonell, « The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: Similar Rules for the Same Purposes? », *Uniform Law Review* 1996 (vol. 1), p. 229-246, spéc. p. 234 : « *It should be borne in mind that, as already pointed out, it was inevitable in the preparation of the UNIDROIT Principles that the laws of some countries played a more significant role than those of others: consequently it might even have been counterproductive to highlight this fact by including comparative notes in the official text of the Principles.* » Nous traduisons.

<sup>77</sup> I. Fadlallah, « Le projet de convention sur la vente internationale de marchandises », op. cit., p. 756, n° 2 ; B. Audit, *La vente internationale de marchandises*, op. cit., n° 4-5, p. 6-7.

d'horizons très divers<sup>78</sup>. Cependant, tenter de cacher les éventuels déséquilibres de la comparaison des droits n'apparaît guère une meilleure solution. Au contraire même, l'absence de transparence peut alimenter des craintes et des soupçons qui peuvent ne pas être fondés.

**12. La reproduction des modèles** – Au-delà des craintes suscitées par l'absence de transparence, les objectifs et la méthode effectivement retenue peuvent conduire à des critiques plus fondamentales des projets. Reposant sur des « transplants juridiques »<sup>79</sup>, sur une méthode comparative conceptuelle, sur un prétendu « fonds commun » des droits nationaux, les projets s'abstiennent de questionner les emprunts qu'ils effectuent, consciemment au non.

Ce refus de s'interroger sur les droits pris en considération est quelquefois rendu explicite :

« Le DCFR ne remet pas davantage en cause les principes de l'Acquis (tels que l'efficacité des obligations d'information ou l'importance de la notion de consommateur comme fondement d'une protection nécessaire) que les positions partagées par les droits nationaux. Il aurait été inapproprié pour un groupe de juristes universitaires de procéder ainsi pour un exercice de cette nature : ces questions, qui sont fondamentales et politiquement sensibles, ne sont pas principalement de nature juridique. Le DCFR fait de simples propositions quant à la manière dont, compte tenu des hypothèses politiques actuelles, les règles actuelles pourraient être améliorées et rendues plus cohérentes. »<sup>80</sup>

Si l'affirmation est formulée à propos de l'Acquis du droit de l'Union, elle est certainement transposable à l'attitude des groupes d'uniformisation du droit à l'égard des droits nationaux : les principes communs aux systèmes juridiques nationaux n'ont pas été remis en cause ou questionnés. Le refus de faire des choix d'ordre politique et le choix de reproduire les droits nationaux constituent en réalité un choix politique : celui d'adopter et reproduire les mêmes conceptions et soubassements que les éléments étudiés.

**13. Les valeurs sous-jacentes** – La méthode conceptuelle et l'appropriation des schémas nationaux conduisent à faire siennes les valeurs qui sous-tendent les droits ainsi comparés et repris. Par la recherche et souvent la reprise des solutions communes aux droits étudiés, leurs fondements politiques et économiques ont également été adoptés. Par ailleurs,

---

<sup>78</sup> B. Audit, *La vente internationale de marchandises*, *op cit.*, n° 5, p. 6-8.

<sup>79</sup> A. Watson, *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*, University of Georgia Press, 1<sup>re</sup> éd. 1974, 2<sup>e</sup> éd. 1993.

<sup>80</sup> DCFR, Introduction, n° 50, p ; 20 : « *The DCFR does not challenge these basic assumptions of the acquis (such as the efficacy of information duties or the value of the notion of the consumer as a basis for providing necessary protection) any more than shared propositions of national law. It would not have been appropriate for a group of academic lawyers in an exercise of this nature to do so: these are fundamental and politically sensitive questions which are not primarily of a legal nature. The DCFR simply makes proposals as to how, given the present policy assumptions, the relevant rules might with advantage be modified and made more coherent.* » Nous traduisons.

plusieurs de ces projets ont été développés à l'échelle de l'Union européenne. Pour retenir l'attention des institutions, une argumentation fondée sur la libre circulation des biens et la réalisation du marché intérieur a été développée. Cela conduit à adopter une vision très fonctionnaliste du contrat : il n'est perçu que comme un outil du marché.

Par exemple, dans la majorité des droits nationaux et internationaux, pour les obligations de payer une somme d'argent, le point de départ des dommages et intérêts moratoires est constitué par l'échéance de la créance et non par la mise en demeure, il en va donc ainsi dans les projets d'uniformisation du droit<sup>81</sup> ; la majorité des États retient que l'annulation du contrat se fait par voie de notification et non par voie judiciaire, il en va donc ainsi dans les projets d'uniformisation du droit<sup>82</sup>. Tous les systèmes juridiques étudiés retiennent la possibilité d'une résiliation unilatérale du contrat en cas d'inexécution, il en va donc ainsi dans les projets d'uniformisation du droit<sup>83</sup>. Tous ces choix, tirés des droits nationaux ou internationaux, consistent à laisser plus de liberté aux acteurs et à ne concéder aux organes étatiques, au juge, qu'un contrôle *a posteriori* ; il participe donc d'une conception libérale de la société. En reprenant ces solutions et en participant *ipso facto* à leur diffusion, les groupes font leur et alimentent à leur tour cette conception libérale de la société.

La réflexion sur les valeurs gouvernant les textes proposés n'a généralement pas été structurante du travail d'harmonisation réalisé par ces groupes. De manière révélatrice, l'étude du processus d'élaboration fait apparaître à plusieurs reprises que cette réflexion a été menée *a posteriori*, une fois le travail abouti ou sur le point d'aboutir. Ainsi lorsqu'il s'est agi d'entrer dans un processus plus politique de réflexion autour d'un instrument (« le cadre commun de référence »), la Commission européenne a demandé aux groupes de formuler des « principes fondamentaux communs du droit européen des contrats » à côté des règles types et

---

<sup>81</sup> Cf. article 9:508 des PDEC, article III. – 3:708 du DCFR, les articles 86 et 169 du Code Gandolfi (même si ce n'est pas explicite), l'article 7.4.9 des PICC (2016). Le droit français, inchangé par la réforme de 2016, fait exception : les dommages et intérêts moratoires sont dus à compter de la mise en demeure, cf. l'article 1231-6 du Code civil.

<sup>82</sup> Cf. l'article 4:112 PDEC, l'article II. – 7:209 du DCFR, l'article 141 du Code Gandolfi, l'article 3.2.11 des PICC (2016). Le droit français, inchangé par la réforme de 2016, fait encore exception : l'annulation du contrat doit résulter d'une décision juridictionnelle ou d'un accord des parties.

<sup>83</sup> Cf. l'article 9:303 des PDEC, l'article III. – 3:507(1) du DCFR, l'article 114 du Code Gandolfi, et l'article 7.3.2 des PICC (2016). Le droit français a longtemps fait exception. Depuis 1998, la jurisprudence admettait que « la gravité du comportement d'une partie à un contrat [puisse] justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls » (jurisprudence constante depuis Civ. 1<sup>re</sup>, 13 octobre 1998, pourvoi n° 96-21485, *Bull. civ. I*, n° 300). Depuis la réforme opérée par l'ordonnance du 10 février 2016, l'article 1224 du Code civil prévoit que « la résolution résulte soit de l'application d'une clause résolutoire soit, en cas d'inexécution suffisamment grave, d'une notification du créancier au débiteur ou d'une décision de justice ».

des définitions<sup>84</sup>. C'est donc pour répondre à la commande de la Commission qu'ils se sont attachés à formuler des « valeurs sous-jacentes » à leurs travaux, déjà entrepris et avancés<sup>85</sup>.

Un tel processus, l'absence de réflexion sur les valeurs et le contenu des valeurs qui sous-tendent les textes d'harmonisation ainsi élaborés ont suscité plusieurs critiques, individuelles ou collectives, dirigées contre des projets en particulier ou contre le processus en général<sup>86</sup>. Dans le cadre des projets visant à élaborer, sur une base comparative, un droit privé uniforme à l'échelle européenne, un « groupe d'étude sur la justice sociale en droit privé européen » s'est constitué et a publié un « Manifeste pour une justice sociale en droit européen des contrats ». Les auteurs s'inquiètent particulièrement de l'aspect technocratique pris par le processus d'élaboration d'un droit privé européen en Europe, qui nie l'aspect politique et social de cette branche du droit. Ils craignent l'élaboration d'« un droit européen des contrats asymétrique : un droit qui agisse en faveur d'une plus grande intégration du marché mais qui soit inadéquat pour garantir la justice sociale »<sup>87</sup>.

**14. Le modèle contractuel** – Par ailleurs, le droit commun des contrats tel pensé dans les codifications nationales du XIX<sup>e</sup> siècle reposait sur le modèle du contrat de vente. Un tel modèle, meilleur exemple du contrat à exécution instantanée, ne permet pas de penser, au stade du droit commun des contrats, les effets à long terme du contrat. En prenant les droits nationaux comme modèle, les textes d'harmonisation ont également pris le modèle qui les sous-tend, le contrat de vente. Cette conséquence de la méthode conceptuelle a été particulièrement critiquée par un groupe d'auteurs intitulé « EuSoCo » (European Social

---

<sup>84</sup> Communication de la Commission, « Droit européen des contrats et révision de l'acquis : la voie à suivre », 11 octobre 2004, COM(2004) 651 final, spéc. p. 15.

<sup>85</sup> Ainsi les « principes » en question ont évolué entre les différentes versions du DCFR. Cf. *Draft common frame of reference*, Interim Outline Edition, 2008, spéc. p. 10-11, n° 15 (« *Ongoing discussion on 'fundamental principles'* »). Comp. *Draft common frame of reference*, Full Edition, 2009-2010, *op. cit.*, vol. 1, spéc. « Introduction », n°s 10-12, p. 5-6 et « The underlying principles of freedom, security, justice and efficiency », p. 37 et s. De même, le groupe Acquis a expressément décidé de repousser la rédaction des principes fondamentaux à une période postérieure à celle des règles proposées (Acquis Group, *Contract II : General Provisions, Delivery of Goods, Package Travel and Payment Services*, Sellier European Publisher, coll. Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles), 2009, spéc. p. XXXIII).

<sup>86</sup> À propos du DCFR, cf. la critique très sévère d'un collectif d'auteurs allemands (H. Eidenmüller, F. Faust, H. C. Grigoleit, N. Jansen, G. Wagner, R. Zimmermann, « The Common Frame of Reference for European Private Law. Policy Choices and Codification Problems », *Oxford Journal of Legal Studies* 2008 (vol. 28, n° 4), p. 659-708) ou la critique plus mesurée d'un auteur néerlandais (J. Smits, « On the Role of Principles in European Private Law », in S. Besson, P. Pichonnaz (eds.), *Les principes en droit européen*, Schulthess, LGDJ, coll. Fondements du droit européen, 2011, p. 223-232, spéc. p. 231). À propos du processus en général, cf. M. W. Hesselink, « The Politics of a European Civil Code », *European Law Journal* 2004 (vol. 10), p. 675-697 ou le Manifeste pour une justice sociale en droit européen des contrats *infra*.

<sup>87</sup> Groupe d'étude sur la justice sociale en droit privé européen, « Manifeste pour une justice sociale en droit européen des contrats », *RTD civ.* 2005, p. 713-734, spéc. p. 724. (publication initiale : « Social Justice in European Contract Law: a Manifesto », in *European Law Journal* 2004 (vol. 10), n° 6, p. 653-674).

Contract)<sup>88</sup>. Pour dépasser cette critique, les auteurs proposent d'élaborer une autre théorie générale du contrat qui reposerait sur les contrats d'existence, les *life-time contracts*. Leurs modèles sont donc le contrat de travail, le contrat de bail d'habitation et le contrat de crédit de consommation. En effet, ces contrats ont pour points communs de s'inscrire dans la durée et d'apparaître nécessaires à l'insertion sociale des citoyens. Ce nouveau droit commun et l'adoption de ce nouveau modèle de contrat visent à « promouvoir la justice sociale qu'appellent les besoins humains et les nécessités de l'existence » et à « assurer une protection substantielle de la partie faible »<sup>89</sup>.

## Conclusion

**15. Le droit comparé comme fondement de la légitimité universitaire ?** – Les universitaires sont depuis longtemps les premiers promoteurs de la comparaison des droits. Le contexte dans lequel ils promeuvent cette comparaison est régulièrement celui de l'uniformisation des droits, de la recherche d'un « fonds commun » ou de l'élaboration d'un droit commun. Le vocabulaire n'a pas beaucoup évolué depuis le Congrès de 1900 ; il en va de même pour la méthode et les objectifs. Construire un texte d'uniformisation du droit nécessite des choix, et les critères sur lesquels s'opèrent ces choix dépassent largement le droit ; ils dépendent des objectifs sociaux, économiques ou politiques du concepteur du texte. Lorsque les États ou leurs mandataires sont les concepteurs du texte, ils bénéficient de la légitimité politique, le plus souvent démocratique, nécessaire à la formulation de ces choix. Lorsque l'initiative est universitaire, la perspective est différente. Sans légitimité politique ou démocratique, sans mandat, les concepteurs doivent alors rechercher une légitimité autre, scientifique par exemple. Ils tentent de la trouver dans la comparaison des droits. Mais comparer et construire, ce n'est pas la même chose ; le passage de l'un à l'autre nécessite des choix qui impliquent de tordre ou d'adapter les méthodes comparatives. Derrière la comparaison des droits, les promoteurs de l'uniformisation du droit tentent de dissimuler leurs prétentions normatives. Mais comparer n'est pas régner. Comparer n'est qu'un prétexte pour régner !

---

<sup>88</sup> Sur ce groupe et leurs travaux, cf. L. Nogler, U. Reifner (eds.), *Life Time Contracts. Social Long-term Contracts in Labour, Tenancy and Consumer Credit Law*, Eleven International Publishing, 2014 et [www.eusoco.eu](http://www.eusoco.eu). Cf. également D. Hiez, « À propos de *life time contracts* », *RTD civ.* 2014, p. 817 et s.

<sup>89</sup> « Déclaration » formulée par le groupe EuSoCo en 2005, in L. Nogler, U. Reifner (eds.), *Life Time Contracts*, préc., p. XXXIV-XXXVI, spéc. § 5 et § 7 et en ligne sur [www.eusoco.eu](http://www.eusoco.eu)