



**HAL**  
open science

**Pour la création d'un " Institut européen du droit ".  
Entre une unification législative ou non législative,  
l'émergence d'une science juridique transnationale en  
Europe**

Anthony Chamboredon, Christoph U. Schmid

► **To cite this version:**

Anthony Chamboredon, Christoph U. Schmid. Pour la création d'un " Institut européen du droit ". Entre une unification législative ou non législative, l'émergence d'une science juridique transnationale en Europe. *Revue internationale de droit comparé*, 2001, 53, pp.685 - 708. 10.3406/ridc.2001.17948 . hal-03819335

**HAL Id: hal-03819335**

**<https://hal.science/hal-03819335>**

Submitted on 18 Oct 2022

**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.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - NoDerivatives 4.0  
International License

Pour la création d'un « Institut européen du droit ». Entre une unification législative ou non législative, l'émergence d'une science juridique transnationale en Europe

M. Anthony Chamboredon, M. Christoph U. Schmid

---

**Citer ce document / Cite this document :**

Chamboredon Anthony, U. Schmid Christoph. Pour la création d'un « Institut européen du droit ». Entre une unification législative ou non législative, l'émergence d'une science juridique transnationale en Europe. In: Revue internationale de droit comparé. Vol. 53 N°3, Juillet-septembre 2001. pp. 685-708;

doi : <https://doi.org/10.3406/ridc.2001.17948>

[https://www.persee.fr/doc/ridc\\_0035-3337\\_2001\\_num\\_53\\_3\\_17948](https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_2001_num_53_3_17948)

---

Fichier pdf généré le 09/04/2018

## Résumé

La législation actuelle en matière de droit privé européen manque de cohérence et d'efficacité. Cet article présente trois compilations récentes de jus commune qui pourraient remédier à de tels défauts en apportant un fondement plus large et plus cohérent aux efforts d'harmonisation et de codification présents et futurs. Afin de rendre ces approches non législatives plus effectives, les auteurs suggèrent la création d'un institut européen du droit suivant l'exemple américain. Une telle institution serait en mesure de rationaliser les différents projets aussi bien universitaires que législatifs, de mieux les faire connaître et contribuerait ainsi à l'émergence d'une science juridique transnationale en Europe.

## Abstract

Against the background of the selective nature, lacking coherence and frequent ineffectiveness of Community legislation in the field of general private law, this article reviews three outstanding ius commune compilations which might be able to remedy such defects by providing a broader and more coherent basis for existing and future harmonisation and codification efforts. In order to render the underlying approach of « bottom-up » harmonization more effective, this article further suggests the establishment of a European Law Institute following the American example. Such an institution should be able to prepare, rationalise, co-ordinate and disseminate research projects as well as legislative proposals, and would contribute to the emergence of a Transnational Legal Science in Europe.

**POUR LA CRÉATION  
D'UN « INSTITUT EUROPÉEN DU DROIT »  
ENTRE UNE UNIFICATION LEGISLATIVE  
OU NON LEGISLATIVE, L'ÉMERGENCE  
D'UNE SCIENCE JURIDIQUE TRANSNATIONALE  
EN EUROPE**

Anthony CHAMBOREDON et Christoph U. SCHMID \*

La législation actuelle en matière de droit privé européen manque de cohérence et d'efficacité. Cet article présente trois compilations récentes *de jus commune* qui pourraient remédier à de tels défauts en apportant un fondement plus large et plus cohérent aux efforts d'harmonisation et de codification présents et futurs. Afin de rendre ces approches non législatives plus effectives, les auteurs suggèrent la création d'un institut européen du droit suivant l'exemple américain. Une telle institution serait en mesure de rationaliser les différents projets aussi bien universitaires que législatifs, de mieux les faire connaître et contribuerait ainsi à l'émergence d'une science juridique transnationale en Europe.

*Against the background of the selective nature, lacking coherence and frequent ineffectiveness of Community legislation in the field of general private law, this article reviews three outstanding ius commune compilations*

---

\* Anthony CHAMBOREDON est ATER à l'Université de Paris V René Descartes, doctorant à Paris X Nanterre et à l'Institut Universitaire Européen de Florence, Christoph U. SCHMID est Marie Curie Research Fellow à l'Institut Universitaire Européen de Florence. La contribution présentée est une version approfondie et élargie de l'article « The Emergence of a Transnational Legal Science in Europe » qui est paru en anglais dans l'*Oxford Journal of Legal Studies* 1999, p. 673, et en allemand dans la *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, 1999, p. 213. Nous voudrions remercier les éditeurs des deux revues pour bien avoir voulu permettre la publication de la présente version française.

which might be able to remedy such defects by providing a broader and more coherent basis for existing and future harmonization and codification efforts. In order to render the underlying approach of « bottom-up » harmonization more effective, this article further suggests the establishment of a European Law Institute following the American example. Such an institution should be able to prepare, rationalise, co-ordinate and disseminate research projects as well as legislative proposals, and would contribute to the emergence of a Transnational Legal Science in Europe.

S'il paraît inévitable qu'un minimum de législation soit nécessaire pour harmoniser le droit privé en Europe, on observe cependant, depuis le début de sa formation, un nombre toujours plus grand de textes législatifs sans cohérence aboutissant à une législation pointilliste qui risque de tomber dans l'inefficacité. Cela est dû notamment à ce que la connaissance actuelle des différents systèmes de droit privé européens n'est pas encore suffisamment concertée.

Pourtant ce ne sont pas les recherches et les travaux qui manquent en la matière. Certains auteurs vont même très loin dans la recherche de solutions européennes et ne s'arrêtent pas à une pure analyse comparative des systèmes juridiques. C'est notamment le cas de trois récents ouvrages<sup>1</sup> qui mettent tous en avant la nécessité d'une réflexion commune. Les leçons tirées de ces contributions doctrinales sont riches d'enseignement quant à la conception d'un nouveau *jus commune*. Cependant ces travaux demeurent encore dispersés et les propositions qui y sont faites sont souvent peu ou mal connues des principaux intéressés — les institutions communautaires européennes en particulier —.

C'est pourquoi nous partageons l'idée de la création d'un « Institut européen du droit » sur le modèle de l'*American Law Institute*. Une telle institution permettrait, au moins dans un premier temps, de rationaliser tous les travaux jusqu'ici entrepris et de développer et promouvoir les échanges entre universitaires et praticiens du droit. La création d'un « Institut européen du droit » serait ainsi le meilleur moyen d'exploiter l'émergence d'une science juridique transnationale en Europe.

---

<sup>1</sup> Christian VON BAR, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*, t. I, Munich, Verlag C. H. Beck, 1996, 704 p. (incl. bibliographies, tables des matières, jurisprudences et index), t. II, 1999 ; version anglaise, *The Common European Law of Torts*, Oxford University Press, 2000 ; Hein KÖTZ et Axel FLESSNER, *European Contract Law*, vol. 1 : *Formation, Validity and Content of Contracts ; Contracts and Third Parties* par Hein KÖTZ, traduction anglaise par Tony WEIR, Clarendon Press, 1997, 286 p. (incl. tables de jurisprudence et index), Walter VAN GERVEN, Jeremy LEVER, Pierre LAROCHE, Christian VON BAR, Geneviève VINEY, *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Tort Law, Scope of Protection (Jus commune casebooks for the common law of Europe)*, Oxford, Hart Publishing, 1998, 494 p. (incl. tables de jurisprudence, législation et index).

## I. ENTRE UNE UNIFICATION LÉGISLATIVE OU NON LÉGISLATIVE DU DROIT PRIVÉ EUROPÉEN

L'appel à l'harmonisation<sup>2</sup> du droit privé fut lancé dès les premières années de la Communauté européenne (CEE)<sup>3</sup>. Pourtant, alors que dans les années 60 et 70, les efforts d'harmonisation ont surtout porté sur le droit public économique, la Commission européenne n'a commencé à harmoniser certains domaines du droit privé qu'à partir des années 80. Pendant cette même période, d'importants secteurs du droit international uniforme tels que la Convention sur la vente internationale des marchandises (CVIM) sont entrés en vigueur. En ce qui concerne la législation européenne de droit privé, on peut citer les directives sur les mandats commerciaux, la responsabilité du fait des produits défectueux, la vente à domicile, le crédit à la consommation, les ventes de voyages organisés, la directive sur les clauses abusives, sur les contrats immobiliers à temps partagé et, plus récemment, sur les délais de paiement et la protection des consommateurs dans les contrats de vente<sup>4</sup>.

Mis à part le problème de leur qualité qui laisse parfois plus qu'à désirer<sup>5</sup>, ces directives sont généralement restreintes à des domaines plutôt limités dans le cadre du processus d'intégration du marché unique. Aboutissant à un « pointillisme juridique »<sup>6</sup>, elles ne sont pas censées constituer la réglementation exhaustive d'un domaine du droit privé comme le droit de la responsabilité civile par exemple.

Le droit européen directement applicable, qui jouit d'une suprématie sur le droit national, peut, quant à lui, conduire à une superposition

<sup>2</sup> Le terme harmonisation s'entend ici dans un sens large et comprend toutes les formes de rapprochement des droits y compris l'unification.

<sup>3</sup> Cf. Le premier président de la Commission européenne, Walter HALLSTEIN, dans son célèbre article « Angleichung des Privat und Prozeßrechts in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft », 28 *Rechtszeitschrift*, 1964, p. 211.

<sup>4</sup> Pour un aperçu et des références bibliographiques, P.-C. MÜLLER-GRAFF, « Les perspectives d'un droit privé européen », *Revue des affaires européennes*, n° 3, 1998, p. 24253 ; dans la même revue, F. PICOD, « La politique des consommateurs : deuxième génération », pp. 163-164 ; également, F. DEHOUSSE, « Le marché unique et la protection des consommateurs », *Journal des Tribunaux*, 6 nov. 1993, n° 5691 ; U. DROBNIG, *Private Law in the European Union*, 1996 ; P.-C. MÜLLER-GRAFF (éd.), *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, Baden Baden, Nomos, 1993 ; M. GEBAUER, *Grundfragen der Europäisierung des Privatrechts*, Heidelberg, Winter, 1998 ; I. KLAUER, *Die Europäisierung des Privatrechts*, Baden Baden, Nomos, 1998 ; N. LIPARI (éd.) *Diritto Privato Europeo*, Padoue, Cedam, 2 vol., 1997.

<sup>5</sup> On observe ainsi un manque de cohérence entre certaines directives (par exemple, il n'y a pas de concept unitaire du « consommateur », mais chaque directive comporte une définition différente) et la recherche universitaire, notamment la recherche comparative, n'est pas prise en compte. V. à ce sujet et sur d'autres défauts des directives en droit privé, H. J. SONNENBERGER, « Der Ruf unserer Zeit nach einer europäischen Ordnung des Zivilrechts », 53 *Juristenzeitung*, 1998, p. 984 ; cf. E.-M. KIENINGER et S. LEIBLÉ, « Plädoyer für einen europäischen wissenschaftlichen Ausschuss für Privatrecht », 9 *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1999, p. 37. Comp. P. MALAURIE, « Un droit privé pour l'Union européenne ? », *La Vie judiciaire*, 2682, 7/09/1997, pp. 2-10.

<sup>6</sup> H. KÖTZ, « Gemeineuropäisches Privatrecht », in *Festschrift für Konrad Zweigert*, H. KÖTZ, *et al.* (éd.), 1981, p. 481.

incohérente de strates juridiques nationales et supranationales rarement fondées sur les mêmes structures doctrinales, les mêmes principes juridiques ou conceptions socio-politiques. Cette juxtaposition se reproduit dans l'ordre juridique national et souvent dans une seule et même partie de la législation<sup>7</sup>. C'est le cas notamment entre des dispositions purement nationales et des dispositions qui ont pour fonction d'appliquer le droit communautaire et qui, selon la doctrine classique de l'interprétation conforme de la Cour de Justice des Communautés européennes (CJCE), doivent être interprétées dans ce sens<sup>8</sup>.

La constellation juridique qui en résulte peut se définir comme un système à plusieurs niveaux, plus précisément, un régime à plusieurs niveaux, un « système » étant généralement caractérisé par un ordre unitaire et cohérent<sup>9</sup>. Ainsi, le droit privé national peut se heurter à des parties du droit privé européen (« conflits verticaux ») ou à n'importe quelle autre branche du droit communautaire telle que par exemple, les principes fondamentaux ou le droit de la concurrence (« conflits diagonaux »)<sup>10</sup>. Avant même de pouvoir les résoudre, ces conflits sont déjà parfois difficiles à reconnaître, et peuvent conduire à des situations tout à fait chaotiques<sup>11</sup>. En un mot, le droit privé peut difficilement servir « deux maîtres »<sup>12</sup>.

---

<sup>7</sup> En ce sens cf. J.-S. BERGÉ, « Paradoxes et droit communautaire : observations sur l'interaction des catégories juridiques à partir des données récentes tirées des droits intellectuels et du droit de la concurrence », *Journal du Droit International*, 1999, 85-114, spéc. p. 86 : « Depuis plus de quarante ans, l'ordre juridique communautaire a produit de très (trop) nombreuses règles qui ont une incidence croissante sur les rapports de droit privé. Ces règles de droit communautaire, intégrées ou associées aux règles nationales, livrent une multitude de solutions, posant ainsi la difficile question de leur articulation (...). La multiplication des interventions du droit communautaire est fréquemment l'occasion de situation paradoxales. De l'émergence d'un ordre juridique nouveau résultent, au moins de manière apparente, des confusions, contradictions et lacunes ».

<sup>8</sup> M. LUTTER, « Die Auslegung angeglichenen Rechts », 47 *Juristenzeitung*, 1992, p. 593.

<sup>9</sup> Pour un résumé instructif des différents aspects du régime à plusieurs niveaux, v. par ex., O. REMIEN, « Einheit, Mehrstufigkeit und Flexibilität im Europäischen Privat und Wirtschaftsrecht », 62 *Rabelszeitung*, 1998, pp. 627-647.

<sup>10</sup> Sur cette notion, C. SCHMID, « Vertical and diagonal conflicts in the europeanisation process », in *Private governance, democratic constitutionalism and supranationalism*, C. JOERGES et O. GERSTENBERG (éd.), European Commission, 1998, p. 185.

<sup>11</sup> Un des nombreux exemples est la difficile question de la compatibilité de l'article 9 de la deuxième directive sur le droit des sociétés (n° 68/151/CEE) et des règles nationales allemandes sur le « *Mißbrauch der Vertretungsmacht* » ainsi que la doctrine de l'« *ultra vires* » en Common law. Cette question fut résolue par la CJCE sur la référence du Hoge Raad des Pays Bas, dans l'affaire C-104/96 (*Rabobank*) ECR 1997, p. I-7211. Cependant, le *Bundesgerichtshof* allemand avait rendu en 1985 un arrêt sur des faits identiques sans reconnaître le problème de compatibilité des dispositions allemandes avec la directive communautaire, cf. C. SCHMID, « Die gemeinschaftsrechtliche Überlagerung der Tatbestände des *Mißbrauchs der Vertretungsmacht* und des *Insichgeschäfts* », *Die Aktiengesellschaft*, 1998, p. 127.

<sup>12</sup> « Deux maîtres » c'est-à-dire deux normes fondamentales, deux « *Grundnormen* », cf. la citation de Mathieu VI, 24 : « Nul ne peut servir deux maîtres : car ou bien il haïra l'un et aimera l'autre, ou bien il s'attachera à l'un et ne tiendra pas compte de l'autre. Vous ne pouvez servir Dieu et l'Argent », par H. KEISEN dans *Reine Rechtslehre* (trad. française Ch. EISENMAN, Paris, Dalloz, 1977) 2<sup>e</sup> éd., 1960, p. 330.

Il est évident que cette évolution contribue largement à dévaloriser l'idée d'un système (relativement) cohérent et harmonieux comme paradigme méthodologique des droits privés continentaux<sup>13</sup>. Bien que la common law soit plus accoutumée à ce type de fragmentation et de superposition des règles de droit, cette constellation lui pose également des problèmes, puisque la cohérence entre ses différentes sources ne peut plus être assurée par son système et sa communauté juridique nationale<sup>14</sup>.

#### A. — Une unification législative du droit privé européen

En réponse à cette forme de fragmentation et afin d'apporter au milieu des affaires et aux citoyens une infrastructure juridique plus uniforme et plus claire, d'éminents auteurs proposent depuis déjà un certain temps davantage d'unification législative du droit privé en Europe. On distingue trois options fondamentales<sup>15</sup> : un régime spécial européen pour les seules relations internationales entre des parties privées ; un corps de principes européens communs applicables par les droits privés nationaux, et enfin et surtout, l'élaboration d'un Code civil européen<sup>16</sup>.

La dernière proposition a eu, par deux fois, en 1989 et 1994, l'appui du Parlement européen<sup>17</sup>. Pourtant, ce n'est qu'en 1999, aux sommets de Cologne et Tampere, que le projet a reçu pour la première fois l'appui

<sup>13</sup> Le système comme paradigme méthodologique en droit est défini par C.-W. CANARIS, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, 2<sup>e</sup> éd., Berlin, Duncker & Humblot, 1983. D'autres « interférences » entre le régime européen et le système juridique national sont présentées dans C. SCHMID, « Europäische Integration und Privatrecht », *Jura* 1999, 617.

<sup>14</sup> Quand on compare par exemple cette constellation avec la distinction classique entre *Law* et *Equity*, on observe que les domaines d'application du droit privé national et du droit privé européen sont beaucoup moins clairement délimités que ne l'est la question de la réparation sur le fondement du *Law* ou de l'*Equity*. Pour une illustration du phénomène de fragmentation due à l'importation de principes européens, cf. G. TEUBNER, « Legal Irritants : Good faith in British Law or How Unifying Law ends up in new divergences », 61 *Modern Law Review*, 1998.

<sup>15</sup> Pour un résumé instructif des différentes possibilités offertes, cf. J. H. SONNENBERGER, « Der Ruf unserer Zeit nach einer Europäischen Ordnung des Zivilrechts », 53 *Juristenzeitung*, 1998, p. 984 ; et J. BASEDOW, « The Renaissance of Uniform Law : European Contract Law and its Components », 18 *Legal Studies*, 1998, p. 121 ; du même auteur, « Un droit commun des contrats pour le Marché commun », *R.I.D.C.*, I-1998, pp. 7-28.

<sup>16</sup> G. GANDOLFI, *Code européen des contrats*, Milan, Giuffrè, 2001 ; G. GANDOLFI, « Per un codice europeo dei contratti », *Rivista trimestriale di diritto e procedura civile*, 1991, p. 781 ; trad. en français : « Pour un Code européen des contrats », *Revue trimestrielle de droit civil* 1992, p. 707. A. S. HARTKAMP, M. W. HESSELINK, E. H. HONDIUS, J. B. M. FRANKEN (éd.), *Towards a European Civil Code*, 1<sup>re</sup> éd. 1994, 2<sup>e</sup> éd. 1998 ; J. BASEDOW, « Un droit commun des contrats pour le Marché commun », *cit.* V. aussi, les actes du colloque « Towards a European Civil Code : the debate has started », *REDP* 5, 1997, n° 4. Également A. CHAMBOREDON, « "La texture ouverte" d'un Code européen du droit des contrats », *Journal du droit international*, I, 2001, pp. 1-47.

<sup>17</sup> Résolution sur les actions à mener pour harmoniser le droit privé des États membres, 1989, *J.O.C.E.* 158/400, et la Résolution pour l'harmonisation de certains secteurs du droit privé des États membres, 1994, *J.O.C.E.* C-205/518. La Commission vient de faire une communication au Conseil et au Parlement européen concernant le droit européen des contrats (COM(2001) 398 final 11/07(2001) que l'on peut trouver sur [http://europe.eu.int/com/off/green/index\\_fr.htm](http://europe.eu.int/com/off/green/index_fr.htm)).



du Conseil des Ministres, et de la Commission européenne à qui il a été demandé de préparer un rapport sur le progrès des travaux. Le Parlement européen a également demandé une étude<sup>18</sup>. En outre, le *Study Group on a European Civil Code*, successeur du groupe Lando, a commencé l'ébauche d'un code, couvrant une grande partie du droit privé. Mais ce projet de codification nous paraît, au moins dans sa conception actuelle, critiquable, ceci pour des raisons à la fois juridiques et pratiques<sup>19</sup>.

Tout d'abord, la compétence matérielle des Communautés selon l'article 95 du Traité CEE n'est, pour le moins, pas très bien définie dans les domaines traditionnels du Code civil ; en particulier, pour tout ce qui n'est pas directement lié au marché. En effet, si l'harmonisation du droit de la responsabilité contractuelle et du droit commercial pourrait encore être couverte par la compétence de la CJCE, qu'en est-il du droit de la responsabilité civile ? Quant aux droits de la famille ou du droit des successions, largement influencés par les cultures nationales, ils semblent en dehors de la sphère de compétence du législateur européen.

De plus, pour certains auteurs, le principe de subsidiarité introduit dans le Traité de Maastricht exclut tout projet de Code civil européen. C'était précisément la raison invoquée par un haut fonctionnaire de la Commission européenne pour justifier l'absence pendant longtemps d'effort de codification à Bruxelles<sup>20</sup>. Mais même si ce principe était interprété différemment à l'avenir, ou si l'on conférait aux Communautés les compétences législatives nécessaires (ce qui paraît à l'heure actuelle peu réaliste), rien ne permet d'affirmer que le coût économique de ce code ne dépasserait pas les bénéfices escomptés<sup>21</sup>. Dans ce contexte, nous devons également garder à l'esprit que les acteurs économiques internationaux ont déjà créé pour eux-mêmes des mécanismes et des procédures juridiques adaptées

---

<sup>18</sup> « Untersuchung der Privatrechtsordnungen der EU im Hinblick auf Diskriminierungen und die Schaffung eines Europäischen Zivilgesetzbuchs », trad. en anglais : « The private Law systems in the EU : Discrimination on grounds of nationality and the need for a European Civil Code », C. VON BAR (dir.), Parlement Européen, Série Affaires Juridiques, JURIS 103, [http://www.europarl.eu.int/working\\_paper/JURIS/pdf/103\\_en.pdf](http://www.europarl.eu.int/working_paper/JURIS/pdf/103_en.pdf).

<sup>19</sup> V. les critiques d'un tel projet : B. MARKESINIS, « Why a code is not the best way to advance the cause of European legal unity » *REDP* 5, 1997, p. 519 ; M. J. BONELLI, « The need and possibilities of a codified European contract law » *REDP*, 5, 1997, p. 505 ; P. LEGRAND, « Against a European Civil Code », 60 *Modern Law Review*, 1997, p. 44 ; G. TEUBNER, *op. cit.*, n. 14 ; H. COLLINS, « European Private Law and the Cultural Identity of States », *REDP* 3, 1995, p. 353 ; L. NOTTAGE, « Convergence, Divergence, and the Middle Way in Unifying or Harmonising Private Law », Working Paper du Dept. de Droit à l'Institut Universitaire Européen de Florence 2001 n° 1. Pour une synthèse du débat, cf. O. REMIEN, « Denationalisierung des Privatrechts in der Europäischen Union ? - Legislative und gerichtliche Wege », *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, 1995, p. 116, spéc. p. 119 et s. ; C. SCHMID, « Legitimitätsbedingungen eines Europäischen Zivilgesetzbuchs », *Juristenzeitung* 2001, p. 674 ; en anglais comme Working Paper n° 14/2001 du Centre Schuman de l'Institut Universitaire Européen de Florence.

<sup>20</sup> J. TIMMERMANS, « Zur Entwicklung des europäischen Zivilrechts », *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 7, 1999, pp. 1 à 4.

<sup>21</sup> U. MATTEI, « A transaction cost approach to the European Code », *REDP* 5, 1997, p. 537.

aux contrats internationaux tels que les *standard forms* ou l'arbitrage qui correspondent bien mieux à leurs besoins <sup>22</sup>.

Mais même si l'on pouvait démontrer la nécessité d'une plus grande unification législative dans certains secteurs du droit privé en Europe, il serait certainement très difficile de trouver un accord sur les nouvelles structures d'un droit privé européen et la suppression des codifications existantes. De plus, les différences de style, de raisonnement, de culture et de formation juridique sont loin d'être insignifiantes, non seulement entre le droit continental et le droit des pays de common law, mais également au sein même de chacun de ces familles juridiques. Cela constitue un obstacle fondamental à l'application uniforme d'un Code civil par des tribunaux nationaux. Pour surmonter l'obstacle, il faudrait plutôt réfléchir à une réorganisation des systèmes judiciaires, ce qui nous semble encore une fois, à court ou moyen terme, plus qu'improbable.

Enfin — et ceci est peut-être la plus grande difficulté — une très grande partie du droit privé s'inscrit encore dans des situations nationales, culturelles, économiques et sociales particulièrement différentes, qui s'expriment dans des systèmes de droit public ou de droit constitutionnel très différents <sup>23</sup>. C'est la raison pour laquelle, il nous paraît peu vraisemblable qu'un seul et même système judiciaire européen, muni d'un code uniforme, puisse s'appliquer de façon efficace. Un tel code « univoque » imposé « *from above* » <sup>24</sup> sans préparations suffisantes risquerait, au contraire, de faire face à de fortes résistances et de fragmenter encore davantage nos ordres juridiques <sup>25</sup>.

#### B. — Une européanisation non législative du droit privé européen

Pour encadrer les « dispositions pointillistes » de la législation communautaire existante et préparer les fondements communs de futurs projets d'harmonisations, certains auteurs proposent, depuis le début des années 80, des approches non législatives.

La doctrine et les praticiens suggèrent ainsi de rapprocher les systèmes juridiques européens à partir d'un travail préparatoire non législatif <sup>26</sup>.

<sup>22</sup> H. COLLINS, « Formalism and Efficiency », et A. CHAMBOREDON, « Form v. Substance? An Ideological Venture Beyond the Dichotomy in European Contract Law », dans *Special issue on Interactive Private Law Adjudication in the European Multilevel System*, C. JOERGES (éd.), REDP 8, 1/2000, pp. 211 à 235 et pp. 237 à 247.

<sup>23</sup> Ce que l'on appelle la « constitutionalisation du droit privé ». Une explication très claire de la complexité du cadre constitutionnel du droit privé dans le système européen à plusieurs niveaux de « gouvernance » est donnée par Christian JOERGES dans « European Challenges to Private Law: Reductionist Perceptions, True conflicts and a New constitutionalist Perspective », *European Law Journal* 3, 1997, p. 378; v. le commentaire de G. SAMUELS, « The Impact of European Integration on Private Law — A Comment », *Journal of Legal Studies* 18, 1998, p. 167.

<sup>24</sup> Un code « imposé d'en haut », ayant uniquement une source législative; l'expression est attribuée à F. A. HAYEK, *Droit, législation et liberté: une nouvelle formulation des principes libéraux de justice et d'économie politique*, trad. de l'anglais par R. AUDOUIN, Paris, PUF, 1995.

<sup>25</sup> G. TEUBNER, *op. cit.*, n° 14.

<sup>26</sup> P.-Ch. MÜLLER-GRAFF, « Private Law Unification by means other than Codification » in A. S. HARTKAMP, M. W. HESSELINK, E. H. HONDIUS, J. B. M. FRANKEN

Une telle stratégie repose sur la possibilité d'une harmonisation indirecte dans le style américain des « *Restatements* »<sup>27</sup>. C'est le cas des « Principes européens du contrat » : sous ce titre, une première compilation fut d'abord présentée par la Commission Lando en 1995<sup>28</sup>, puis rééditée et élargie en 1998. Limités aux questions plus techniques du droit des contrats, ces « *Restatements* » sont constitués à partir d'une approche comparative. Comme ses prédécesseurs américains, ils comprennent des règles, des illustrations et des commentaires et montrent à quoi pourrait ressembler un futur code.

Une autre stratégie, plus simple mais peut-être encore plus pertinente, repose sur une harmonisation de la science et de la formation juridique par des compilations ou des traités qui proposent un droit commun européen ou *jus commune*. Comme le font déjà les économistes et les politologues, cette stratégie se fonde sur l'idée que les juristes doivent penser davantage en termes européens et internationaux. Les concepts, les raisonnements et les cultures juridiques seraient plus étudiés, les similarités et les différences économiques et sociales précisées. Ces observations réciproques conduiraient ainsi à une compréhension plus approfondie. L'objectif d'un tel projet serait la reconstitution progressive d'une vision commune du droit privé qui aurait effectivement existé en Europe, de la période de réception du droit romain jusqu'au XVIII<sup>e</sup> siècle, mais qui aurait été abandonnée avec l'émergence des États nations et la promulgation des codifications nationales<sup>29</sup>.

Trois ouvrages récents ont attiré notre attention parce qu'ils constituent des points de repère durables dans le flot actuel des publications concernant le droit privé européen. Ce sont les premières véritables tentatives de compilation des fondations de ce qui pourrait devenir le droit commun européen des contrats et de la responsabilité civile.

Cependant ces travaux demeurent encore dispersés et les propositions qui y sont faites sont souvent peu ou mal connues des principaux intéressés — les institutions communautaires européennes en particulier —. C'est

---

(éd.), *supra* note 17 ; O. REMIEN, « Rechtseinheit ohne Einheitsgesetze ? » 56 *Rabelszeitchrift*, 1992, p. 300.

<sup>27</sup> TUNC définissait le « *Restatement* » comme « un réexposé du droit » sous la forme d'un code officieux sans valeur obligatoire. « L'importance de la doctrine dans le droit des États-Unis », *Droits. Revue française de théorie juridique* 20, 01/06/1994, p. 84 ; et nos développements dans la troisième partie. Cf. Alain LEVASSEUR, *Le Droit des États-Unis*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 1994, p. 23, 151 et 264 ; L. MAYERS, *The American Legal System*, Littleton, Rothman, 1981, p. 362 ; v. aussi, B. SCHWARTZ, *The Law in America*, New York, McGraw-Hill, 1974, p. 210 ; et D. CLARK et T. ANSAY, *Introduction to the Law of the United States*, Deventer, Kluwer, 1992, pp. 45-46.

<sup>28</sup> Du nom de son fondateur, le professeur danois, Ole LANDO. V. O. LANDO et H. BEALE (éd.), *Principles of European Contract Law* : part. I et II, La Haye, Kluwer Law international, 2000.

<sup>29</sup> R. ZIMMERMANN, « Roman Law and European Legal Unity », in *Towards a European Civil Code*, *op. cit.* note 17, pp. 65-81 ; également, *idem*, *The Law of Obligations/Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town/Wetton/Johannesburg 1990 ; v. aussi *idem*, « Civil Code and Civil Law : The « Europeanization » of Private law within the European Community and the Re-emergence of a European Legal Science », 1 *Columbia Journal of European Law*, 1994/95, p. 63.

pourquoi nous plaçons pour la création d'un « Institut européen du droit » sur le modèle de l'*American Law Institute*<sup>30</sup>. Une telle institution pourrait encourager le développement des échanges entre universitaires et praticiens, permettre de rationaliser toutes les recherches jusqu'ici entreprises, et contribuer ainsi à l'émergence d'une science juridique transnationale en Europe.

## II. L'ÉMERGENCE D'UNE SCIENCE JURIDIQUE TRANSNATIONALE EN EUROPE, OU TROIS PROPOSITIONS DE LA DOCTRINE POUR UN *JUS COMMUNE* EUROPÉEN

À partir d'une perspective comparative fonctionnaliste et d'une genèse historique et socio-économique des enjeux du droit privé, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht* de Christian von Bar, *European contract law* de Hein Kötz, et *National, Supranational and International Tort Law* de Walter van Gerven et al., mettent en lumière les nombreux traits communs déjà existants des droits nationaux en Europe, occultés jusqu'ici par des structures dogmatiques et conceptuelles différentes. Ces ouvrages ont pour but de « renforcer l'héritage juridique commun de l'Europe sans étouffer sa diversité »<sup>31</sup>.

### A. — *Gemeineuropäisches Deliktsrecht* de Christian von Bar

*Gemeineuropäisches Deliktsrecht* de Christian von Bar — qui pourrait être traduit par « Le droit commun européen de la responsabilité civile » —, constitue le premier volume d'un véritable *opus magnum* d'une richesse remarquable. L'auteur présente les structures fondamentales de la responsabilité civile de tous les États membres de l'Union européenne. Il traite de la législation communautaire en matière de responsabilité civile et s'attaque aux difficiles questions des relations entre le droit de la responsabilité civile et les autres branches du droit<sup>32</sup>. Le second volume, qui a déjà été publié en allemand, traite des questions de la réparation, de la responsabilité pour faute et sans faute, de la causalité, des exceptions, de la relation entre la responsabilité et la garantie. Il se termine par un résumé des deux volumes.

L'auteur définit le droit européen de la responsabilité civile comme un régime de réparation par compensation (*Schadensausgleichsordnung*) qui ne dépend d'aucune relation spécifique entre les parties (*Sonderverbindung*). Il propose une distinction fondamentale entre la responsabilité « pour son propre fait fautif » (*Haftung für eigenes Fehlverhalten*) et la

<sup>30</sup> L. MAYERS, *op. cit.* note 28, p. 362 ; B. SCHWARTZ, *op. cit.* note 28, p. 210 ; D. CLARK et T. ANSAY, *op. cit.* note 26, p. 45-46.

<sup>31</sup> H. KÖTZ, *European Contract Law*, *op. cit.* note 1. (Les références bibliographiques de ces trois ouvrages sont en note 1).

<sup>32</sup> Pour les questions conceptuelles et méthodologiques, cf. le résumé de C. VON BAR, dans H.-W. RENGELING (éd.), *Europäisierung des Rechts*, Cologne, Heymans, 1996, pp. 167-182.

responsabilité « pour ce qui n'est pas de son fait fautif » (*Haftung ohne eigenes Fehlverhalten*). Ces notions sont de nouvelles constructions de droit comparé qui sont supposées dépasser les structures dogmatiques existantes du droit de la responsabilité civile telles que la distinction allemande entre la *Rechtswidrigkeit* (l'illicéité) et le *Schuld* (la faute) et l'analogie *breach of duty* (défaut d'exécution) en common law.

C. von Bar traite ensuite des structures fondamentales des systèmes de droit continentaux de la responsabilité civile, leurs différents domaines de protection, leurs notions théoriques et leurs développements historiques. Puis il décrit les mêmes aspects dans les droits scandinaves et de common law. L'auteur s'intéresse également au problème de l'unification et de l'harmonisation européenne du droit de la responsabilité civile. Il commente les sources du droit international uniforme, les directives européennes sur les accidents de la circulation, la protection de l'environnement et la protection des consommateurs et, finalement, les perspectives non législatives, en particulier, les recommandations du Conseil de l'Europe, la jurisprudence, aussi bien que le rôle joué par la formation et la science juridique.

Les deux derniers chapitres sont d'un intérêt majeur. Ils comprennent un exposé comparatif et synthétique de l'« entre jeux » entre le droit de la responsabilité civile et les branches voisines du droit. Ce qui constitue une nouveauté dans la littérature juridique en général.

Le premier de ces chapitres (chap. 5) est relatif aux problèmes des relations entre la responsabilité civile et les autres domaines du droit privé. En ce qui concerne les interférences avec la responsabilité contractuelle, l'auteur traite les questions du *concorso* et du *non-cumul* des responsabilités, des tensions liées aux différentes prescriptions et aux degrés de la faute, de l'obligation de sécurité (*Schutzpflichten*) dérivée du droit de la responsabilité contractuelle et civile, de la *culpa in contrahendo* et de l'indemnisation des tiers (*Drittschadensliquidation*). Les dernières sections étudient les liens entre le droit de la responsabilité civile et de la *negotiorum gestio* (gestion d'affaires en français, *Geschäftsführung ohne Auftrag* en allemand — concept qui n'existe pas en common law où des cas similaires sont généralement réglés par la responsabilité civile), l'enrichissement sans cause, la responsabilité civile et le droit de propriété (qui n'est pas non plus un concept autonome en common law, mais plutôt un mélange de propriété réelle, de responsabilité contractuelle, de fiducie (*trust*) et de responsabilité civile). Le dernier chapitre approfondit les multiples facettes des relations entre les responsabilités extra-contractuelles, administratives et pénales. De ce point de vue, une convergence est indispensable comme pré-condition à tout effort d'harmonisation.

Ainsi, partout en Europe, on observe une orientation commune très forte du droit privé en général, et du droit de la responsabilité civile en particulier, vers un ordre constitutionnel national, à partir des droits de l'homme (cf. p. 548 et s.). Cette orientation est même explicitement exprimée dans l'article 40 (3) de la Constitution irlandaise qui engage l'État à protéger et défendre, autant que possible, les droits individuels des citoyens. On peut également trouver dans le droit anglais, même en l'ab-

sence d'une constitution écrite, une certaine influence quasi-constitutionnelle. Lord Denning dans *Associated Newspapers Group v. Wade* affirme : « A trade union has no right to interfere with the freedom of commercial firms to advertise their wares. These freedoms are so fundamental in our society that no trade union has any right to interfere with them. Interference with the freedom of the press is so contrary to the public interest that it is to be regarded as the employment of unlawful means »<sup>33</sup>. On peut aussi trouver des contre-exemples dans l'ordre juridique anglais, tels que l'exclusion dans un certain nombre de cas de la responsabilité d'un *barrister* pour faute professionnelle au cours d'un procès (sec. 2 *Courts and Legal Services Act 1990* c. 41). Une disposition similaire n'existe dans aucun autre pays européen et ne résisterait guère à un contrôle devant une cour constitutionnelle continentale. Mais, comme nous le savons, la « constitutionnalisation » de la common law s'est, dans le même temps, accrue par l'adoption en 1998 de la loi qui intègre au système juridique anglais, la Convention Européenne des Droits de l'Homme (CEDH), laquelle, par son « horizontalité », est aussi bien applicable en droit privé qu'en droit public.

En général, l'orientation constitutionnelle du droit de la responsabilité civile contraint prioritairement l'État à garantir le respect des droits constitutionnels en prévoyant une infrastructure juridique qui permet aux individus de les utiliser. La responsabilité civile peut être considérée, en ce sens, comme une exigence minimale, étant constitutionnellement indispensable si aucune autre protection spéciale n'existe. Ceci est encore une fois bien illustré par le droit irlandais où l'article 40 (3) de la Constitution a contribué à la création d'un « délit constitutionnel » (*constitutional tort*) pour « atteinte fautive » (*wrongful interference*) à un droit constitutionnel. La deuxième conséquence importante du développement de cette « constitutionnalisation » est la doctrine de l'« effet direct horizontal » qui signifie pour l'essentiel que le droit de la responsabilité civile doit être interprété comme devant donner le plus d'effet possible à la Constitution. Un exemple significatif nous est donné par la jurisprudence innovatrice du *danno biologico* en Italie (cf. p. 568 et s.). Selon sa rédaction, le droit italien de la responsabilité civile ne prévoit qu'une disposition générale (art. 2043 du Code civil italien) pour les dommages matériels, alors que la réparation pour dommages immatériels est liée à la violation de dispositions de droit pénal (l'art. 2059 du Code civil). Cependant, dans leur effort d'adoption d'une « *lettura costituzionale* » de l'article 2043 du Code civil italien à la lumière de l'article 32 de la Constitution italienne (« La République protège la santé comme un droit fondamental de l'individu et comme intérêt de la collectivité... »), les juges italiens ont étendu le champ d'application de cette disposition en interprétant l'exigence du « dommage illi-

---

<sup>33</sup> 1 *WLR* (CA), 1979, p. 697, 709 : « Un syndicat n'a pas le droit de porter atteinte à la liberté des sociétés commerciales de faire la publicité de leurs produits. Ces libertés sont tellement fondamentales dans notre société qu'aucun syndicat n'a le droit de les entraver. L'atteinte à la liberté de la presse est ainsi contraire à l'ordre public et doit être considérée comme un usage de moyens illicites » (traduction des auteurs).

cite » de manière à inclure le *danno biologico* comme une forme de *danno evento* (c'est-à-dire que le dommage est présumé comme le fondement d'un délit et non comme sa conséquence).

À cet égard, le professeur von Bar critique sévèrement le droit allemand relatif à la compensation du préjudice subit en cas de blessures corporelles (le *pretium doloris*). En effet, selon les articles 253 et 847 du *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)*, la réparation pour ce type de dommage n'est possible qu'en matière de responsabilité délictuelle, tandis qu'elle est exclue en matière de responsabilité contractuelle, et aussi en cas de responsabilité sans faute (cf. p. 572 et s.). L'auteur démontre que cette distinction n'est pas justifiée, qu'elle est incompatible avec le devoir de l'État de protéger la dignité humaine inscrite dans la Constitution et qu'elle ne correspond pas non plus au modèle d'un droit commun européen.

Dans l'ensemble, l'ouvrage de C. von Bar constitue certainement un instrument précieux pour la recherche comparative et européenne, et devrait figurer en bonne place dans les bibliothèques des tribunaux. Les juges pourraient ainsi intégrer à leurs décisions les solutions qui y sont traitées en profondeur, en bénéficiant de l'acquis de justice (« *Gerechtigkeitswissen* ») des droits nationaux illustré par les nombreuses jurisprudences citées dans l'ouvrage.

#### B. — European contract law *par Hein Kötz*

Le deuxième ouvrage, *European contract law* du professeur Kötz, est le premier de deux volumes sur le sujet. Il comprend le « droit général des contrats », c'est-à-dire les domaines de la formation, de la validité et du contenu des contrats, ainsi que des rapports entre « le contrat et les tiers ». Le second volume d'Axel Flessner, qui devrait suivre bientôt, aura pour objet l'étude des droits et des obligations nés du contrat, construit sur le modèle du concept unitaire d'inexécution (*breach of contract*) en common law et dans le droit de la vente internationale.

Son approche est plus synthétique que celle de M. von Bar. Les institutions particulières du droit de la responsabilité contractuelle, structurées sur une base fonctionnaliste, sont décrites par des rapports généraux de synthèses agrémentés de commentaires. La jurisprudence et les citations des sources législatives, comprenant notamment le droit supranational, international et le droit de la vente internationale, sont reléguées essentiellement en note de bas de page. Cette présentation reflète la vision générale de l'ouvrage selon laquelle les règles de droit positif de chaque pays ne seraient que les variantes du droit de la responsabilité contractuelle de l'Europe dans son ensemble.

Ce n'est que de façon exceptionnelle, dans les domaines où les différences sont les plus grandes, qu'on peut trouver des développements spécifiquement nationaux, avant de revenir sur des fondements communs européens. Ces exemples sont relatifs à la jurisprudence française de l'indétermination du prix, le droit allemand de la *culpa in contrahendo* et le droit anglais de la nullité des contrats en cas d'*undue influence* (intimidation/dol) ou de *misrepresentation* (déclaration ou conduite tendant à induire en erreur : entre la fraude, le dol et l'erreur). Cette étude des

institutions du droit de la responsabilité contractuelle a notamment pour but de vérifier l'efficacité des constructions doctrinales nationales. Seuls, en effet, les concepts, les structures et les institutions qui passent ce « test à l'acide de la discussion internationale » méritent de « survivre »<sup>34</sup>. Deux illustrations démontrent largement que des solutions communes en Europe sont possibles et, même si ces solutions sont encore incompatibles avec le droit en vigueur, elles sont au moins suggérées.

Dans la section relative à la responsabilité pour rupture des négociations (cf. p. 34 et s.), l'auteur estime qu'en réalité, la common law, malgré son refus catégorique de reconnaître aussi bien un devoir de négocier de bonne foi que l'existence d'une relation précontractuelle spéciale de confiance telle que dans la *culpa in contrahendo* du droit allemand (ce qui est souvent présentée comme une des différences les plus frappantes par rapport aux systèmes juridiques continentaux), protège aussi, dans une certaine mesure, les intérêts légitimes (*legitimate interests*) des parties dans la négociation d'un contrat.

Cela se fait, notamment, par l'extension du délit de *negligence* (défaut d'agir ou de ne pas agir d'une manière communément admise comme raisonnable dans des circonstances données), qui donne également droit à une réparation pour perte purement économique dans la phase des négociations. La décision jurisprudentielle citée est l'arrêt *Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners*<sup>35</sup>.

M. Kötz démontre que, même dans la dernière affaire controversée *Walford v. Miles*<sup>36</sup>, où la Chambre des Lords a de nouveau nié l'existence d'un tel devoir de négocier de bonne foi, le sens de cette décision aurait été très probablement le même en France et en Allemagne. Dans cette affaire, le demandeur n'avait pas pu obtenir ce que l'on appelle l'intérêt positif (le *Erfüllungsinteresse* en droit allemand ou le *performance interest* en droit anglais), c'est-à-dire la réparation pour la non-conclusion du contrat, ce qui correspond, en fait, à l'avantage économique que le demandeur aurait pu tirer du contrat s'il avait été effectivement conclu et exécuté. L'indemnisation de ce type de préjudice (le « gain manqué » opposé à la « perte éprouvée ») est, en effet, exceptionnellement accordé par les tribunaux continentaux, dans les cas où, avant la rupture des négociations, le contrat avait été de bonne foi considéré comme acquis. La règle veut que la partie coupable de la rupture pour « mauvaise conduite » durant les négociations mette *seulement* l'autre partie dans la situation dont celle-

---

<sup>34</sup> Cf. préface, p. VI. Cette idée a été reprise par J. SMITS, « A European Private Law as a Mixed Legal System », 5 *Maastricht Law Journal of Comparative and European Law*, 1998, p. 328. L'auteur plaide pour le développement d'un nouveau *jus commune* par la « libre circulation des règles juridiques ». Cependant, il ne précise pas quels types d'instruments permettraient de réaliser un tel échange.

<sup>35</sup> (1964) AC 465 ; cependant, on peut légitimement se demander si cette décision n'est pas isolée.

<sup>36</sup> (1992) 2 AC 128.



ci aurait bénéficiée sans cette mauvaise conduite (*reliance interest*, *Vertrauensinteresse*, l'intérêt négatif)<sup>37</sup>.

Par cette distinction sophistiquée entre bonne et mauvaise conduite dans les négociations, M. Kötz conclut que l'ensemble du raisonnement dogmatique de la Chambre des Lords, exclusivement fondé sur l'inexistence d'un devoir de négocier de bonne foi, n'est pas convaincant. Le champ de protection de la responsabilité civile en droit anglais s'est étendu à la phase de négociation et les tribunaux continentaux et anglais auraient dans *Walford v. Miles*, les uns comme les autres, dénié toute réparation (*performance interest*). Ceci devrait suggérer qu'un droit commun européen, sous la forme d'une sanction pour rupture impropre (*improperly*) ou abusive des négociations, est tout à fait envisageable.

Le second exemple est défini par l'étiquette fonctionnaliste du test de « sérieux » (« *earnestness* »)<sup>38</sup>, que l'on retrouve dans la célèbre *Introduction au droit comparé* de Zweigert et Kötz<sup>39</sup>. Il s'agit de diverses constructions juridiques qui sont destinées à s'assurer que le promettant s'engage sérieusement dans une obligation contractuelle. D'un côté, le droit allemand a développé le modèle du contrat consensuel du droit romain : c'est-à-dire que pour n'importe quel type de contrat ordinaire, une obligation existe que par le seul consentement des parties. De l'autre, les droits français, italien et espagnol, se fondent sur la notion de cause, alors que le droit anglais, préfère celle de « *consideration* », comme condition supplémentaire de « sérieux ».

La notion de « cause » est critiquée :

— soit parce qu'elle ne serait qu'une formule « théorique », « largement superflue », qui ne contribue en rien aux fondements même de la formation du contrat ; en effet, la cause, comme exigence de validité, ne serait utilisée que dans les cas où les tribunaux français considèrent un contrat nul parce qu'il est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public.

— soit parce que l'absence de cause correspond à l'idée que la valeur économique de la contre-prestation est si faible pour l'autre partie, qu'elle ne se sent pas forcée de rester dans le contrat ; l'absence de cause n'est en ce sens que l'évaluation d'une allocation des risques ou encore le fondement d'une nullité pour tromperie ou apparence trompeuse ou erreur mutuelle et fait alors double emploi avec, par exemple, la lésion en France (cf. p. 56).

En revanche, la *consideration* beaucoup « moins vague », signifie généralement que la promesse a une force obligatoire seulement dans le cas où elle a été faite en vue d'une contre-prestation du bénéficiaire. Mais

---

<sup>37</sup> Pour une synthèse sur le régime de la responsabilité pour rupture des pourparlers en France, cf. Ph. LE TOURNEAU, « La rupture des négociations », in *La négociation du contrat*, Colloque Univ. de Toulouse, *RTD com.* 1998, p. 479. V. la jurisprudence de la Cour de cassation : Cass. com. 7 avril 1998, *SARL Laboratoire Sandoz et a. c/s té civile Poleval* (arrêts n° 870 D), *JCP* 1999 avec les commentaires de J. SCHMIDT-SZALEWSKI, « Rupture des pourparlers ayant duré plusieurs années ».

<sup>38</sup> Peut être inspirée de la pièce d'Oscar WILDE, *The Importance of Being Earnest*.

<sup>39</sup> K. ZWEIFERT et H. KÖTZ, *Introduction to Comparative Law*, 3<sup>e</sup> éd., Oxford, Clarendon Press, 1998.

l'utilisation de cette notion a, elle aussi, fait l'objet de critiques par la doctrine anglaise dans un certain nombre de situations (cf. p. 76 et s.), par exemple, quand la contre-prestation est « *inadéquate* » ou même seulement « *nominale* » (quasi nulle), quand la doctrine est déterminée à contester la validité d'un accord en faveur d'une des parties, quand cela conduit à nier la validité d'un accord raisonnable qui accorde un droit à un tiers, ou encore quand cela permet de révoquer une offre qui est restée ouverte pendant une période de temps déterminée.

L'enseignement tiré de cette analyse conduit à l'idée que ni le concept de cause, ni les éléments critiqués de la « *consideration* » ne passeraient le test « du droit commun européen ».

### C. — National, Supranational and International Tort Law *de Walter van Gerven*

Le troisième ouvrage, *National, Supranational and International Tort Law, Scope of Protection*, par Walter Van Gerven, Jeremy Lever, Pierre Larouche, Christian von Bar et Geneviève Viney, est le précurseur d'une prochaine série de « *Casebooks for the Common Law of Europe* ». Ce livre a pour projet de couvrir l'ensemble du droit de la responsabilité civile (*Tort law*). Il contient également un important chapitre sur l'étendue de la protection. Il a été publié dans un volume séparé, afin de présenter le projet aux utilisateurs potentiels — essentiellement enseignants et étudiants — de les encourager à contribuer à l'amélioration du livre par des commentaires ou des suggestions qui pourraient y être ajoutés.

Chacune des huit premières sections du livre présente les diverses approches nationales (françaises, anglaises et allemandes — toutes trois traitées — les autres ne le sont que si elles contiennent une solution spécifique). Chaque section commence avec les dispositions législatives les plus pertinentes (s'il y en a) et une note introductive. On y présente ensuite une étude des décisions jurisprudentielles les plus importantes. C'est une des plus louables réussites de ce travail. Non seulement la présentation des décisions jurisprudentielles est intéressante à lire, mais elle propose surtout au lecteur une idée du style et du raisonnement juridique des autres tribunaux en Europe et montre bien comment le droit fonctionne dans des contextes différents. À la fin de chaque section, on trouve un aperçu comparatif qui se rapproche de la synthèse européenne proposée dans l'ouvrage de H. Kötz.

L'introduction présente les différences générales d'approche entre les systèmes juridiques européens ainsi que le projet d'harmonisation du droit de la responsabilité civile à l'échelle supranationale. Le premier chapitre détermine ensuite les différences conceptuelles entre les droits de la responsabilité civile anglais, français, allemand et scandinaves, ainsi que les récents projets de codification (en Suisse, en Grèce, en Italie, en Espagne et aux Pays-Bas). Le second chapitre traite de la protection contre les actes dommageables (*harmful acts*) et les négligences (*omissions*). Après une description des fondements juridiques sur lesquels une telle responsabilité peut être engagée, une série intéressante de décisions jurisprudentielles est proposée au lecteur.

Dans la jurisprudence française de l'*Olympique lyonnais c. Fuster*<sup>40</sup>, à la suite de la blessure mortelle d'un spectateur due à un acte d'« hooliganisme » (explosion d'un fumigène envoyé par un spectateur anonyme), un club français de football s'est vu contraint à prendre toutes les mesures de sécurité adéquates ; la demande comprenait une réparation pécuniaire pour dommage moral des parents les plus proches de la victime.

Les auteurs illustrent par une comparaison des jurisprudences, l'importante distinction doctrinale entre l'obligation de moyens, de résultat et de garantie (cf. p. 61). La jurisprudence allemande de la « feuille de laitue »<sup>41</sup> traite du non-respect de l'obligation de sécurité, de prudence et de diligence du propriétaire du magasin (*Verkehrssicherungspflicht*) selon le paragraphe 823 (1) BGB qui consiste à maintenir le sol du magasin propre et sûr pour les clients. En revanche, dans la jurisprudence britannique *Smith v. Littlewoods Organisation Ltd*<sup>42</sup>, dans laquelle des vandales avaient mis le feu à un terrain appartenant au demandeur, aucune obligation de sécurité ou de prudence et de diligence (*duty of care*) n'a été caractérisée pour réparer le dommage subit résultant d'une faute délibérée d'un tiers ; bien que ce même jugement précise que dans certaines circonstances, une telle obligation peut être soulevée en common law.

Les chapitres suivants traitent, selon la même structure, de la protection de la vie, de l'intégrité physique, de la santé et de la liberté, des droits de la personnalité, de la propriété, des intérêts économiques et collectifs, ainsi que des libertés publiques. La différence importante qui existe parmi les droits européens de la protection de la personnalité et de la vie privée nous a paru particulièrement intéressant (cf. p. 171 et s.).

En Allemagne, un droit général de protection de la personnalité (« *allgemeines Persönlichkeitsrecht* ») a été reconnu par la jurisprudence à titre de droit distinct de celui accordé par la disposition fondamentale du droit de la responsabilité civile, le paragraphe 823 (1) du BGB. Cette reconnaissance s'explique en grande partie par la place prédominante accordée à la protection de la dignité humaine et du libre développement de sa personnalité après les horreurs du régime nazi, aux articles 1 et 2 de la Constitution<sup>43</sup>. Cette jurisprudence a contribué à la « constitutionnalisation du droit privé » (déjà mentionnée plus haut) et plus particulièrement à l'effet horizontal de dispositions constitutionnelles sur les individus. Dans des cas où les droits de la personnalité de différents individus sont en conflit ou que la liberté d'opinion et d'expression est invoquée comme une limitation au droit de la personnalité, les tribunaux allemands se fondent sur une approche dite de concordance : « ... Dans le cas d'un conflit possible dû au fait que chacun a le même droit général de protection de la personnalité (*Persönlichkeitsrecht*) et du droit au libre développement

---

<sup>40</sup> *JCP* 1990.II.21510.

<sup>41</sup> OLG Hamm, 26 octobre 1981.

<sup>42</sup> (1987) AC 241, (1987) 2 WLR 480.

<sup>43</sup> K. LARENZ et C. W. CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts*, vol. II, 2<sup>e</sup> partie, 13<sup>e</sup> éd. 1994.

de sa personnalité (...), la ligne de partage nécessaire peut être tracée à partir du principe de l'équilibre des droits et des intérêts »<sup>44</sup>.

En revanche, en droit anglais, aucun droit général de protection de la personnalité et de la vie privée n'est reconnu. Comme illustration, on cite l'arrêt *Kaye v. Robertson*<sup>45</sup>. M. Kaye, une vedette de la télévision, est interviewé par des journalistes qui ont pénétré sans autorisation dans sa chambre d'hôpital où il se remet d'une opération neurochirurgicale. M. Kaye accepte l'entretien sur place bien qu'il ne soit pas en mesure de pouvoir donner librement son consentement — ce dont les journalistes ont d'ailleurs pu facilement se rendre compte. Ayant rejeté toute demande fondée sur la diffamation et l'atteinte à la vie privée, la Cour d'appel a ordonné, par référé, d'arrêter la publication de l'interview sur le fondement délictuel de manœuvres frauduleuses (*malicious falsehood*). Pourtant, la Cour a souligné elle-même, que ce n'était qu'un simple expédient qui ne lui permettait pas de faire bénéficier au demandeur de toute l'étendue de la protection qu'il était en droit d'attendre. L. J. Glidewell affirme : « On sait bien qu'en droit anglais, il n'y a pas de droit à la vie privée et, en conséquence, il n'y a aucune action pour atteinte à la vie privée. Les faits de cette affaire sont une illustration claire de la nécessité pour le Parlement de considérer si et dans quelles circonstances, une loi peut être édictée pour protéger la vie privée des individus ».

La description du droit anglais s'achève par un bref compte rendu de l'impact des dispositions supranationales et internationales telles que l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), ainsi qu'une référence à la récente loi de 1997 sur le harcèlement (*Protection from Harassment Act 1997*, cf. p. 195) qui, tout en ne reconnaissant pas un droit général à la vie privée, renforce certains aspects de la protection de la personnalité.

Le dernier chapitre traite de l'impact du droit supranational et international sur le droit interne (cf. p. 382). On y présente les règles conventionnelles et législatives telles que les directives européennes sur la responsabilité en cas d'accident de la circulation de véhicule à moteur, l'assurance obligatoire, la responsabilité des produits défectueux et la protection de l'environnement. On y décrit également la jurisprudence de la CJCE qui comprend la responsabilité des Communautés européennes et des États-membres. Cette jurisprudence est illustrée notamment par les célèbres arrêts *Brasserie du pêcheur*, *Factortame*<sup>46</sup> et *Dillenkofer*<sup>47</sup>. Les sections suivantes analysent la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), la jurisprudence des cours internationales et des tribunaux arbitraux, la législation et les conventions internationales en matière de responsabilité civile. La célèbre affaire des otages de Téhéran<sup>48</sup> ainsi que celle du Canal de Corfou<sup>49</sup> y sont notamment commentées.

<sup>44</sup> BGH, 25 mai 1954, *BGHZ* 13, pp. 334 à 338.

<sup>45</sup> (1991) *FSR* 62.

<sup>46</sup> Affaires jointes C-46/93 et C-48/93.

<sup>47</sup> Affaires jointes C-178, C-179, C-188, C-189, C-190/94.

<sup>48</sup> CIJ, 24 mai 1980.

<sup>49</sup> CIJ, 9 avril 1949.

La dernière section constitue, de notre point de vue, une importante contribution au droit européen (cf. p. 475 et s.). Les auteurs font le point sur l'« entre jeux » du droit supranational, international et national. On commence par une description des effets de fragmentation que la législation de l'Union exerce sur le droit national, en vertu de son effet direct et de sa suprématie. Est ensuite étudié l'effet indirect d'harmonisation exercé par le droit communautaire. Cet effet est la conséquence de l'obligation de mise en œuvre effective dans le droit interne des États membres des objectifs du droit communautaire. Ceci signifie en particulier que les États membres doivent non seulement permettre aux droits nationaux de mettre à disposition les remèdes (*remedies*) comprenant la réparation, la compensation et le référé, mais également, s'assurer de leur pleine efficacité. C'est la raison pour laquelle la CJCE demande une compétence de contrôle sur les droits nationaux en matière de responsabilité civile, dont la possibilité de rendre inapplicable toutes limitations abusives de la responsabilité dans ce domaine. Alors que cet examen indirect est encore limité à la responsabilité des personnes publiques, selon M. van Gerven et al., on peut s'attendre à ce que la responsabilité pour non-respect du droit communautaire soit également étendue aux personnes privées. Par exemple, les dispositions du Traité CEE tels que les articles 81 et 82 (anciens articles 85 et 86) n'ont pas seulement des effets directs verticaux (comme dans le cas des directives), mais également des effets directs horizontaux. Le résultat de ce « test de compatibilité » conduit évidemment à une harmonisation indirecte.

Cet aperçu du régime juridique européen à plusieurs niveaux donne une bonne idée de la réalité du droit de la responsabilité civile tel qu'il est, et distingue la contribution de M. van Gerven des deux autres qui se concentrent exclusivement sur la comparaison des droits nationaux et du droit supranational, sans s'intéresser aux problèmes de conflits entre les différents niveaux de droit.

Dans l'ensemble, les trois compilations nous donnent une compréhension générale de ce que l'on peut appeler « l'*acquis* du droit privé européen », dont le domaine apparaît beaucoup plus étendu que prévu. Maintenant, il s'agit de savoir comment utiliser cet *acquis* pour renforcer l'harmonisation du droit privé européen. Cette question éminemment complexe et spéculative sera abordée ici<sup>50</sup> par la proposition d'un « Institut européen du droit ».

### III. POUR UN « INSTITUT EUROPÉEN DU DROIT »

Trois points nous paraissent essentiels. Premièrement, bien que l'approche non législative semble une voie plus prometteuse que l'approche

---

<sup>50</sup> Pour une analyse plus détaillée cf. C. SCHMID, « Plädoyer für ein Europäisches Rechtsinstitut und für *Restatements* über europäisches Recht », *Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler* 10, Th. ACKERMANN et al. (ed.), Stuttgart, Beorberg, 1999.

législative, ces projets de *jus commune* ne sont qu'une première étape<sup>51</sup>. En particulier, il serait prématuré de penser que l'attention croissante portée par les juristes sur l'existence de points communs et sur la concurrence entre les normes, suffise à dépasser les obstacles à la création d'un Code civil européen. Deuxièmement, on doit garder à l'esprit que le droit comparé n'est qu'un des composants de cet acquis européen du droit privé. Les efforts d'harmonisation doivent aussi se fonder sur l'idée d'un régime européen à plusieurs niveaux. Comme le démontre M. van Gerven, il s'agit d'associer le droit européen déjà existant, les conventions internationales en vigueur, le droit comparé et les règles de conflit entre les différents niveaux de droit. Enfin et surtout, on doit prendre en compte certains problèmes d'ordre pratique. Cela dit, la Commission européenne nous paraît disposer de moins en moins des ressources financières, personnelles et logistiques suffisantes pour développer une conception générale d'un futur droit privé européen. Des initiatives privées issues du milieu professionnel des juristes, universitaires et praticiens, pourraient avoir de meilleures chances de succès. C'est pourquoi, l'expérience américaine de l'*American Law Institute* nous semble être un exemple particulièrement pertinent.

#### A. — *Le modèle de l'American Law Institute et ses Restatements*

On pourrait en effet s'inspirer des efforts d'harmonisation entrepris depuis déjà plus d'un siècle par les États-Unis<sup>52</sup>. « *The National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* » organisé par l'*American Bar Association* (ABA) en 1892 publia les premières règles uniformes en matière commerciale susceptibles d'être adoptées par le législateur américain. Puis en 1923 est créé l'*American Law Institute*. Cette institution, qui regroupe plusieurs centaines de professeurs et de praticiens du droit, a dès ses débuts pour projet de remédier à la situation d'imprévisibilité et de complexité croissante dans laquelle était tombé le droit aux États-Unis<sup>53</sup>. Ses objectifs — comparables à nos préoccupations européennes

<sup>51</sup> J. BASEDOW, *op. cit.*, note 16, p. 138 et s.

<sup>52</sup> Une telle proposition a déjà été faite pour l'harmonisation du droit des sociétés par W. F. EBKE (qui est un des rares non-américains de l'ALI) dans « *Company law and the European Union : Centralised versus Decentralised Law Making* », 31 *International Lawyer*, 1997, p. 961 et 985 ; *idem* : « *Unternehmensrechtsangleichung in der Europäischen Union : Brauchen wir ein European Law Institute* » dans *Festschrift für Bernard Großfeld*, U. HÜBNER ET W. F. EBKE (éd.), 1999, p. 189. Pour la consolidation du droit primaire européen, C. SCHMID « *Konsolidierung und Vereinfachung des europäischen Primärrechts-wissenschaftliche Modelle, aktueller Stand und Perspektiven* » dans *Konsolidierung und Kohärenz des Primärrechts nach Amsterdam*, A. VON BOGDANDY ET C.-D. EHLER-MANN (éd.), 1998, *Europarecht*, supplément 2, p. 17 à 34 et s. ; pour une version en anglais, *Working paper* de l'UE, Centre Robert Schuman, n° 7/99.

<sup>53</sup> Pour une première approche de l'*American Law Institute*, cf. Françoise MICHAUT, « *Les réalistes américains* », *Droits. Revue française de théorie juridique* 27, 1998, pp. 49-63 ; cf. André TUNC, « *L'importance de la doctrine dans le droit des États-Unis* », *Droits. Revue française de théorie juridique* 20, 1994, p. 84 ; également du même auteur, « *La révision du droit fédéral des sociétés anonymes aux États-Unis* », *RIDC* 1978, p. 839, ainsi que « *Le gouvernement des sociétés anonymes — le mouvement de réforme aux États-Unis et au Royaume-Uni* » — Conférence du 15/12/1993 à la Société de législation comparée, *R.I.D.C.* 1-1994, pp. 59-67.

— « promouvoir la clarification et la simplification du droit et son adaptation aux besoins sociaux, assurer une meilleure administration de la justice et encourager ou réaliser des travaux juridiques scientifiques »<sup>54</sup>, ont été poursuivis à travers la principale activité de cet Institut : la rédaction de *Restatements* et de modèles de lois uniformes.

La procédure d'élaboration des *Restatements* est la suivante : un rapporteur ou un groupe de rapporteurs, assisté par une commission de conseillers prépare une première ébauche. Ces premiers travaux préparatoires sont revus et corrigés par le Conseil de l'Institut et rassemblés dans un avant-projet. Le texte est alors retravaillé à la lumière des délibérations du Conseil, puis soumis à l'avis des membres de l'Institut lors de leur réunion annuelle. Les discussions donnent lieu à de nouvelles révisions, chaque sujet est revu selon la même procédure et quand tous les sujets ont été traités, le texte définitif est adopté<sup>55</sup>.

La première série de *Restatements* qui a demandé plus de vingt ans pour sa rédaction (de 1923 à 1944) est une synthèse des principes directeurs dans neuf domaines, le droit des contrats, de la propriété, de l'*Agency* (forme de représentation), de la responsabilité délictuelle et quasi délictuelle, de la procédure, du conflit des lois, de la *restitution* (mode de réparation par équivalent), des sûretés et du *trust* (propriété réelle ou personnelle exercée par une partie au profit d'une autre). À partir des années 50, une deuxième série de *Restatements* ajoute des commentaires et des illustrations plus amples après chaque principe, et toutes les décisions juridictionnelles dans lesquelles les *Restatements* sont cités sont publiées séparément comme « *Restatements in the Courts* ». Une troisième série commencée en 1987 relative au droit international sera suivie en 1992 par le *Trust Restatement*<sup>56</sup>.

Les *Restatements* sont aujourd'hui divisés en chapitres portant chacun sur un sujet. Les chapitres sont subdivisés en sujets, titres et sections. Chaque section commence par un exposé du droit positif qui est suivi de commentaires et d'illustrations sur les différentes situations possibles de l'application de la règle de droit présentée, enfin une note de synthèse

---

<sup>54</sup> Cf. Rule 1.01 du *By laws* du *ALI*, publiés dans « *The American Law Institute* », Annual Reports, 1998, p. 63 ; cf. les pages WEB de l'*ALI* : <http://www.ali.org>.

<sup>55</sup> Pour plus de détails, cf. W. GRAY, « E. pluribus unum ? A Bicentennial Report of Unification of Law in the United States », 50 *Rabelszeitchrift*, 1986, pp. 111-119 ; C. SCHMID, *Das Zusammenspiel von Einheitlichem UN-Kaufrecht und nationalem Recht*, 1996, p. 138 et s. ; M. SCHINDLER, « Die *Restatements* und ihre Bedeutung für das amerikanische Privatrecht », *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 1998, p. 275 ; ainsi que W. F. EBKE, dans U. HÜBNER ET W. EBKE (éd.), *supra* note 52, p. 203 avec beaucoup d'autres références.

<sup>56</sup> Pour un aperçu historique de l'*ALI*, cf. *The American Law Institute : Seventy-fifth Anniversary, 1923-1998*, American Law Inst. éd., 1998, V. également un commentaire sur le *Restatement* relatif à la responsabilité des produits défectueux, « Introductory remarks by the Honorable Justice Stewart G. Pollock at Seton Hall University School of Law », *Seventh Annual Health Law Symposium : proving product defect after the Restatement (Third) of Torts : Products Liability*, *Seton Hall Law Review* 30, n° 1 1999, pp. 202-6 ; ou encore un commentaire sur le *Restatement* relatif au droit du divorce, John SHELDON, « Anticipating the American Law Institute's Principles of the Law of Family Dissolution », *Maine Bar Journal* 14, n° 1 janvier 1999, pp. 18-30.

du rapporteur donne le cadre général, la jurisprudence, les lois et les matériaux secondaires.

Les *Restatements* sont souvent consultés et cités par les tribunaux. Ils ont acquis pour cela une autorité considérable sans être juridiquement obligatoires. Ils contribuent ainsi à la clarification, à la systématisation et à l'unification et à l'amélioration de la jurisprudence en facilitant le travail des avocats dans leur recherche de jurisprudences et, dans une certaine mesure, en permettant aux juges de mieux évaluer les précédents. Leur autorité est donc surtout fondée sur leur qualité et la conviction qu'emportent leurs propositions.

« *The National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* » avec le concours de l'ALI ont également rédigé plus d'une centaine de codes ou modèles de lois uniformes. Ces textes constituent des propositions que le législateur peut adopter ; ce ne sont pas des codes à proprement parler mais une série de propositions de lois uniformes supplétives sur certains domaines particuliers du droit seulement. Ils ne sont donc ni impératifs ni systématiques comme nos codes européens<sup>57</sup>.

Le plus célèbre est sans aucun doute le Code de Commerce Uniforme (UCC)<sup>58</sup>. Une commission conjointe de l'ALI et de l'ABA, sous la direction du professeur Karl Llewellyn a mis au point ce texte en 1952. Bien que l'on ait proposé de le soumettre au vote du Congrès fédéral, il a été finalement adopté, après plusieurs années de négociations, par les cinquante États<sup>59</sup> excepté la Louisiane qui a préféré conserver son propre système de codification en matière de contrats de vente de marchandises (article 2 UCC), mais qui a cependant intégré la plupart des autres articles du UCC dans son ordre juridique.

Ce modèle et les autres textes rédigés depuis<sup>60</sup> représentent un effort d'harmonisation du droit américain tout en laissant cependant les États

<sup>57</sup> Sur le sens équivoque du mot codification dans les systèmes anglo-américains, v. Denis TALLON, « La codification dans le système de *common law* », *Droits. Revue française de théorie juridique* 27, 01/01/1998, pp. 39-47. V. également George A. BERMAN, « La codification aux États-Unis », *Revue française d'administration publique* 82, 01/04/1997, pp. 221-225.

<sup>58</sup> En français, *Code de commerce uniforme*, Livre I, Dispositions générales, Livre II, De la vente, préface TUNC, Paris, A. Colin, 1971. Pour une première approche, cf. John C. REITZ, « Commercial Transactions », chap. 13 *Introduction to the Law of the United States*, D. S. CLARK et T. ANSAY, *op. cit.* n. 28, p. 279 et s.

<sup>59</sup> Cf. James WHITE et Robert S. SUMMERS, *Handbook of the Law under the Uniform Commercial Code*, 2<sup>e</sup> éd. St Paul, West Publishing, 1980 ; v. aussi, M. Thomas QUIN, *Uniform Commercial Code Commentary and Law Digest*, 1978/79.

<sup>60</sup> On peut également citer le *Model penal code* (MPC) de 1962. L'American Law Institute a également mis en œuvre en 1990 un important projet sur le droit de la famille qui devait aboutir à un *Restatement* sur le droit du divorce. Le programme de la dernière réunion annuelle qui a eu lieu des 15 au 18 mai 2000 concernait les Principes du droit de la famille et du divorce (*Dissolution*) ; un projet relatif à l'endettement transnational (*Transnational Insolvency*) ; un projet sur les procédures et les compétences juridictionnelles internationales (*International Jurisdiction and Judgments*) ; Le troisième *restatement* sur la *Restitution* et l'*Unjust Enrichment* et enfin sur l'*Agency*. Pour plus détails cf. [http://www.ali.org/ali/ALI2000\\_AM\\_main.htm](http://www.ali.org/ali/ALI2000_AM_main.htm).



fédérés libres de les adopter ou non. C'est donc une méthode souple mais efficace d'harmonisation du droit<sup>61</sup> qui a été choisie.

A partir de cet exemple américain, peut-on imaginer la création d'un institut aux fonctions comparables en Europe ?

### B. — *Pour un « Institut européen du droit »*

Un « Institut européen du droit » permettrait, d'une part, de rationaliser les travaux jusqu'ici entrepris, d'encourager les échanges entre universitaires et praticiens, et d'autre part, de développer par le moyen de *Restatements* l'harmonisation du droit privé européen.

Un institut européen comparable à l'*American Law Institute* serait tout d'abord constitué de professeurs et de professionnels du droit européen, d'organisations européennes indépendantes telles que l'« Union des avocats européens »<sup>62</sup>, la Commission Lando et tous les projets de recherches universitaires sur l'eupéanisation du droit privé. La création d'une telle institution juridique transnationale, associant les représentants des associations professionnelles des juristes aux institutions européennes, engagée dans un processus de délibération sur les meilleures solutions législatives possibles<sup>63</sup>, serait particulièrement bienvenue dans une période où l'on se plaint beaucoup du « déficit démocratique » de l'Union européenne.

L'« Institut européen du droit » pourrait ainsi proposer une structure institutionnelle plus adéquate pour une coopération efficace avec la Commission européenne en vue de la préparation d'une législation du droit privé. Par exemple, il pourrait à cette fin, réunir des comités scientifiques dans différents domaines du droit privé qui participeraient à la préparation des textes européens, comme ce qui a été déjà fait dans le domaine du droit économique<sup>64</sup>.

Par le simple moyen du réseau Internet, cette structure institutionnelle serait également capable à peu de frais, de rassembler beaucoup d'informations relatives aux systèmes juridiques nationaux et aux décisions des juridictions nationales<sup>65</sup> ; elle coordonnerait ainsi tous les projets de recherches en cours sur le droit privé européen, et serait, de plus, en mesure

---

<sup>61</sup> Pour une étude plus approfondie sur le rôle de *ALI*, cf. Herbert-M. KRITZER, « Evaluating the American Law Institute : research issues and prospects, Discussion of The Case for an in-depth study of the American Law Institute », *Law & Soc* 23, n° 3, sum. 98 Inquiry, pp. 625-40.

<sup>62</sup> Une description de la genèse et de l'activité de cette organisation peut être trouvée dans la publication du récent congrès : *Judicial Protection of Rights in the Community Legal Order*, Bruylant, 1997, VII.

<sup>63</sup> Sur la théorie du « supranationalisme délibératif », v. en général dans *European Law Journal* 3, 1997, et spéc. J. COHEN et C. SABEL, p. 313 ; O. GERSTENBERG, p. 343, et C. JOERGES et H. J. NEYER, p. 273 qui relève le potentiel de démocratie délibérative des comités supranationaux.

<sup>64</sup> Un « *European Scientific Committee for Private Law* » dans le but d'assister la Commission européenne dans l'édiction de nouvelles législations communautaires a été récemment proposé par E. M. KIENINGER et S. LEIBL, 9 *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1999, p. 37.

<sup>65</sup> V. par exemple le site WEB de l'*American Law Institute* : <http://www.ali.org>.

d'organiser des échanges, des conférences et des stages de formation pour les juristes. Elle pourrait enfin remplir des tâches plus mineures mais extrêmement utiles, telles que la création d'un modèle uniforme de citation bibliographique pour la littérature universitaire européenne (comme le « *Bluebook* » publié par les plus grandes universités américaines).

La fonction essentielle de cet Institut serait l'élaboration de *Restatements* dont la conception tiendrait compte des particularités européennes. De telles compilations seraient, dans une large mesure, constituées par les législations européennes et internationales existantes. Ce qui permettrait d'allier les perspectives comparatives et européennes. Une telle approche paraît plus prometteuse, puisque l'expérience nous montre combien les juges et les praticiens sont peu intéressés par le droit applicable en vigueur que par les travaux universitaires. Ces *Restatements* pourraient ainsi comprendre, par exemple, les dispositions de la Convention des Nations Unies sur le droit de la vente internationale (ratifiée par les États membres de l'UE, excepté le Royaume-Uni), la Convention de Bruxelles sur la compétence et la reconnaissance de l'exécution des jugements étrangers, la législation européenne en droit privé, les implications en droit privé de la jurisprudence de la CJCE sur la responsabilité civile et les principes généraux développés par la CJCE qui couvrent déjà des domaines importants du droit privé.

Les lacunes inévitables seraient résolues par des règles communes des droits nationaux et, s'il n'en existe pas, par les meilleures solutions existantes répertoriées à l'aide des compilations de *jus commune*, comme celles proposées par les *Restatements* de la Commission Lando et d'Unidroit. L'origine de chaque règle (de droit international ou de droit supranational ou seulement l'édification d'un *jus commune* tirant son autorité d'un ou plusieurs droit nationaux) serait expliquée en détail dans des commentaires. On y ajouterait les principales décisions jurisprudentielles nationales et européennes avec des explications synoptiques comparatives comme celles fournies par les ouvrages que nous avons présentés.

Dans un ouvrage de ce genre qui emprunte certains de ses traits aux recueils privés de textes obligatoires, il y a, par la force des choses, des textes obligatoires. Simplement, ils ne tiennent pas leur force obligatoire du *Restatement* mais bien des autorités politiques qui les ont édictés.

Les *Restatements* européens fourniraient ainsi aux tribunaux un instrument d'interprétation européen commun, non seulement en droit communautaire, mais aussi en droit national. Ils permettraient de renforcer la concurrence entre les discours du droit sur les différentes solutions nationales. Fruits de l'activité d'éminents universitaires et de praticiens, ils contribueraient aux prémisses d'une authentique littérature « secondaire » européenne, capable de promouvoir l'émergence d'une science juridique européenne.

Enfin, alors qu'une grande partie de l'abondante littérature juridique du droit privé européen est encore peu connue des juges et des fonctionnaires de la Communauté européenne, l'« Institut européen du droit », constitué de juristes parlant d'une seule voix, renforcerait son autorité ; ce qui lui permettrait notamment, d'exercer un contrôle plus effectif et plus

systematique sur la jurisprudence et la législation européennes. En un mot, cette institution serait un formidable moyen pour renforcer la justification et donc la légitimité des décisions des juridictions européennes.

Ce n'est qu'après une certaine période de mise à jour continue, d'affinement et d'intégration de nouveaux domaines de la législation européenne dans les *Restatements* européens que l'on pourrait abandonner les réserves du passé sur l'unification et édicter des règles comme celles d'un « Code de commerce uniforme européen ». Ce qui donnerait une représentation plus cohérente de la réalité du droit privé en Europe. Avant même que cela ne devienne une réalité, les avantages que l'on peut attendre d'un tel projet en font déjà un objectif souhaitable. Mais ce ne sont que des suggestions et cela est beaucoup plus facile à dire qu'à faire. C'est pourquoi les compilations de *jus commune* que nous avons étudiées ici vont déjà très loin. Elles nous ont fait découvrir un héritage juridique européen commun à partir duquel tout projet d'harmonisation devrait se construire. C'est leur mérite et, pour cela, nous sommes persuadés qu'une place de choix leur sera attribuée dans l'histoire de l'harmonisation du droit privé en Europe. Mais si nous voulons réellement accompagner l'émergence de cette science juridique européenne et développer tout le potentiel d'harmonisation du droit privé qu'elle implique, la création d'un « Institut européen du droit » nous paraît certainement pouvoir relever ce défi.