

## **L'INSUFFISANCE DU DROIT POSITIF**

**80.** L'Union européenne dispose d'un modèle de droit commun des contrats constitué par les principes Lando. Mais ce modèle a-t-il rempli son office ? L'Europe s'est-elle dotée d'un texte comparable ? Plus précisément, existe-t-il parmi les actes communautaires qui disposent d'une valeur juridique, un texte spécifique ou un ensemble de textes contenant les règles générales applicables aux contrats sans distinction de nature ? Le droit communautaire a-t-il réglementé la formation des contrats, leur interprétation, leur validité et leurs effets sans se placer dans le cadre d'un contrat particulier ? Force est de constater que la réponse à cet ensemble de questions ne peut qu'être négative. L'étude de l'acquis communautaire en matière contractuelle révèle assez rapidement que le droit commun des contrats constitue « l'angle mort » du droit communautaire des contrats (Section 1). L'inexistence de règles de droit commun dans le droit positif communautaire est indéniable et s'accompagne d'une relative indifférence de la doctrine. Des raisons fort diverses peuvent être avancées. La construction de la culture juridique communautaire et la question des compétences communautaires y figurent au premier plan. Il convient, afin d'établir leur réalité respective, d'envisager les diverses justifications avancées (Section 2).

### **Section 1**

#### **LE DROIT COMMUN :**

#### **« ANGLE MORT » DU DROIT POSITIF**

**81.** Pour affirmer l'existence d'un droit commun en matière contractuelle au sein du droit positif communautaire il faut pouvoir justifier de l'existence d'un ou plusieurs textes pouvant être qualifiés comme tels. Or, l'inexistence d'un texte spécifique est manifeste et si certains s'apparentent, par leur contenu matériel, à des dispositions figurant classiquement dans le droit commun des Etats, ils ne peuvent, eu égard à leur nature et à leur champ d'application, pallier cette lacune. Dans ces conditions, on ne peut qu'établir un constat négatif (§1). Des conséquences d'ordre théorique et pratique résultent nécessairement de cette situation et ne sauraient être négligées (§2).

#### **§1 – LE CONSTAT NÉGATIF**

**82.** Si elle est manifeste, l'absence de textes pouvant constituer un droit commun des contrats doit quand même être démontrée (I). Certaines directives communautaires ont un contenu très proche des règles de droit commun mais sont dotées d'un champ d'application restreint qui ne leur permet pas de revendiquer cette appellation. L'existence de ces textes, que l'on peut situer « à la frontière » entre droit commun et droit spécial (II), mérite aussi une analyse car ils touchent, comme aucun autre, à la substance du droit des contrats.

## **I - L'absence de textes pouvant constituer un droit commun des contrats**

**83.** La part du droit des contrats que l'on nomme « droit commun des contrats », est assez facilement identifiable : il s'agit de l'ensemble des règles qui sont applicables à tous les contrats, quelle que soit leur nature. Traditionnellement un texte ne peut prétendre constituer le droit commun des contrats dans un ordre juridique donné que s'il contient un ensemble de dispositions régissant l'essentiel des questions soulevées par le processus contractuel, indépendamment de la nature du contrat en cause. La formation et les effets du contrat constituent les deux grands axes de cette matière. L'une des questions essentielles soulevées par la formation de l'acte contractuel est celle de la validité de celui-ci. Sont à ce titre réglementés, dans les différents systèmes juridiques, le consentement des parties et les circonstances qui le vicie (erreur, dol et violence), mais aussi la possibilité de contracter au nom d'autrui. La capacité des parties pour contracter valablement constitue aussi l'un des « passages obligés » des droits communs nationaux. La question de l'objet du contrat, ainsi que celle de la cause des obligations constitue sans nul doute l'un des points essentiels de la plupart des réglementations nationales. La question des effets du contrat donne lieu à de nombreuses dispositions et sont envisagés en détail les questions liées à l'inexécution des obligations contractuelles et ses conséquences avec des développements relatifs à la responsabilité contractuelle et aux clauses pénales. L'ensemble des droits des Etats membres correspond à ce schéma, même si la méthode employée et l'importance accordée aux différentes questions peuvent considérablement varier d'un Etat à l'autre. En droit français, le droit commun des contrats recouvre les dispositions du Titre troisième du Livre III du Code civil intitulé « Des contrats ou des obligations conventionnelles en général », c'est-à-dire les articles 1101 à 1369. Le BGB allemand ne comprend pas une subdivision rassemblant toutes les dispositions applicables au contrat car celles-ci sont dispersées dans la Partie générale du texte, mais il existe bien un ensemble de règles qui s'appliquent indistinctement à tous les contrats<sup>207</sup>. Le droit anglais, enfin, même fortement marqué de particularismes, régit la plupart

---

<sup>207</sup> - Pour plus de détails, voir : PEDAMON (M.), *Le contrat en droit allemand*, LGDJ, Paris, 1993, 245 p.

de ces questions<sup>208</sup>. Au plan international, le contenu de certains textes permet d'utiliser l'appellation de droit commun des contrats et cela, nous l'avons vu, nonobstant leur caractère purement incitatif : c'est le cas des principes Unidroit et des principes Lando. En effet, hormis les questions trop sensibles de la licéité du contrat au regard de son objet ou de la cause des obligations ou de la capacité des parties, les principes du droit européen du contrat correspondent aussi à ce contenu matériel.

**84.** Pour pouvoir affirmer que l'ordre juridique communautaire comprend des dispositions constituant un droit commun des contrats, il faudrait pouvoir justifier de l'existence de l'ensemble des règles décrites ci-dessus dans un texte unique, dans un ensemble de textes voire même dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes. Or une telle affirmation n'est pas possible. Si le législateur communautaire est bien intervenu en matière contractuelle, aucun des textes adoptés par les autorités communautaires ne peut revendiquer l'appellation de « droit commun des contrats ». L'ensemble des textes communautaires touchant directement au droit des contrats est relativement étoffé : au moins une dizaine de directives et autant de règlements. Pourtant, cet ensemble ne saurait constituer le droit commun des contrats pour le territoire communautaire. Parmi ces textes, certains contiennent pourtant des règles relatives à la formation du contrat, au consentement des parties ou à la forme de l'acte. Le contenu matériel de ces règles pourrait permettre de les rapprocher de celles des droits communs nationaux. Certaines directives indiquent la teneur des informations à fournir par l'une des parties au stade de la négociation du contrat, consacrant un devoir d'information pré-contractuelle : c'est le cas notamment de la directive concernant les voyages, vacances et circuits à forfait<sup>209</sup>. L'article 3 de ce texte dispose que toute brochure communiquée au consommateur doit contenir un certain nombre d'informations relatives au forfait touristique proposé. D'autres contiennent des dispositions relatives à la forme du contrat. C'est ainsi que, contrairement au principe du consensualisme, l'article 4 de la directive sur le crédit à la consommation<sup>210</sup> prévoit que le contrat doit revêtir la forme écrite pour être valable. Si ce type de dispositions peut matériellement se rapprocher de celles contenues dans les droits communs nationaux, les textes qui les contiennent n'en constituent pas pour autant le droit commun de l'Union européenne, car ils disposent tous d'un champ d'application restreint. Le plus souvent la restriction se fait *ratione materiae* : le texte ne s'applique qu'à un type de contrat tels le contrat de crédit, certains contrats de tourisme, le contrat d'agence commerciale, le contrat de franchise... Mais nombreux sont les textes qui en plus, ont un champ d'application réduit *ratione personae*, ne s'appliquant qu'en présence d'une catégorie particulière de contractants : dans la plupart des cas les consommateurs. A titre d'illustration, il est possible de citer la directive sur l'utilisation à temps partiel de biens

---

<sup>208</sup> - Pour plus de détails, voir : MONTANIER (J.-C.), SAMUEL (G.), *Le contrat en droit anglais*, Presses Universitaires de Grenoble, 1999, 143 p.

<sup>209</sup> - Directive 90/314, du 13 juin 1990, *JOCE* n° L-158 du 23/06/90 pp. 59-64. Voir : annexe B de la thèse.

<sup>210</sup> - Directive 87/102, du 22 décembre 1986, *JOCE* n° L-42 du 12/02/87 pp. 48-53. Voir : annexe B de la thèse.

immobiliers<sup>211</sup>, qui vise un contrat spécial, le contrat de *timeshare*, et un contractant particulier, le consommateur. A l'évidence, ces différents textes ne peuvent donc pas être considérés comme des éléments d'un hypothétique droit commun des contrats. D'autres textes posent en revanche de réels problèmes quant à leur classification. On doit considérer qu'ils se situent « à la frontière » du droit commun des contrats.

## **II - L'existence de textes « à la frontière » entre droit commun et droit spécial**

**85.** Parmi les textes qui pourraient *a priori* faire partie des dispositions du droit commun communautaire figurent deux catégories de textes. Dans la première sont à classer les directives qui concernent certaines techniques contractuelles (A). Dans la seconde ne figure qu'un texte : la directive sur les clauses abusives (B).

### **A – Les directives concernant certaines techniques contractuelles**

**86.** Plusieurs directives régissent les contrats par le biais de certaines techniques contractuelles. Les directives relatives aux contrats négociés à distance ou en dehors des établissements commerciaux ont un caractère horizontal puisqu'ils ne s'appliquent pas en présence de contrats spécifiques<sup>212</sup>. Bien sûr, certains contrats sont exclus de leurs champs d'application respectifs, mais les deux directives ont vocation à régir un panel assez large de contrats. Ces textes ont pour objectif de réglementer certaines méthodes de négociation contractuelle jugées agressives, et non tel ou tel contrat spécifique. En ce sens la directive concernant les contrats négociés à distance impose une double obligation d'information, pré-contractuelle et contractuelle<sup>213</sup>. Les deux directives prévoient un droit de rétractation au profit de l'un des contractants<sup>214</sup>. L'émission d'un consentement libre et éclairé constitue dans les divers droits nationaux, l'une des questions clés du droit commun des contrats. Pour qu'un contrat soit valablement formé, au regard du principe de l'autonomie de la volonté, il faut que l'engagement de chacune des parties soit libre et intervenu en parfaite connaissance de cause.

---

<sup>211</sup> - Directive 94/47, du 26 octobre 1994, concernant la protection des acquéreurs pour certains aspects des contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation à temps partiel de biens immobiliers, *JOCE* du 29/10/1994, n° L-280, pp. 83-87. Voir : annexe B de la thèse.

<sup>212</sup> - Directive 85/577 du 20 décembre 1985 relative à la protection des consommateurs dans le cas des contrats négociés en dehors des établissements commerciaux, *JOCE* n°L-372 du 31/12/1985, pp. 31-33 et directive 97/7 du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats négociés à distance, *JOCE* n° L-144 du 4/07/1997 pp. 19-25. Voir : annexe B de la thèse.

<sup>213</sup> - Articles 4 et 5 de la directive 97/7 déjà citée.

<sup>214</sup> - Articles 5 de la directive 85/577, et article 6 de la directive 97/7 concernant les contrats conclus à distance.

Il est donc légitime de penser que les dispositions des deux directives communautaires sont des éléments constitutifs d'un droit commun des contrats au plan communautaire, visant à protéger le consentement des contractants dans certaines situations. Ce serait oublier que ces textes ne concernent que les contrats conclus par des consommateurs. Il est en effet expressément prévu par l'article 1<sup>er</sup> de chacune des deux directives que celles-ci trouveront à s'appliquer lorsque l'un des deux contractants a la qualité de consommateur. Il ne s'agit donc pas d'une réglementation générale du consentement des parties face à une technique contractuelle agressive mais bel et bien d'une réglementation consumériste. Or il n'est pas possible de conclure en qualité de consommateur tous les contrats sans distinction de nature. Parce qu'un consommateur est une personne qui contracte pour assouvir un besoin domestique, certains contrats sont exclus du champ d'application d'une réglementation consumériste, soit que par nature ils n'interviennent qu'entre professionnels, soit que la notion de consommateur ne peut avoir de rôle à jouer dans ce type de contrat. Par ailleurs, encore aujourd'hui, assez peu de contrats sont conclus par le biais des techniques contractuelles en cause, en dehors des contrats de consommation. Ainsi le champ d'application « virtuel » des deux textes se révèle lui aussi plutôt réduit. Il paraît donc impossible de ranger de tels textes dans les éléments constitutifs d'un droit commun des contrats au plan communautaire.

**87.** Deux autres textes visant des moyens spécifiques de conclusion des contrats se trouvent dans une situation encore plus originale au regard de la distinction entre droit commun et droit spécial : la directive 1999/93 sur les signatures électroniques<sup>215</sup> et la directive 2000/31 sur le commerce électronique<sup>216</sup>. Les deux textes ne voient pas leur champ d'application limité aux seuls contrats passés par des consommateurs. Il serait donc facile de penser ces textes comme des prescriptions du droit commun des contrats relatives à la formation du contrat. Concernant la première directive, cette affirmation est en partie exacte. Sans toutefois être destinée à couvrir « les aspects liés à la conclusion et à la validité des contrats », la directive pose un principe dont l'influence sur le droit des contrats est essentielle : celui de l'équivalence juridique entre les signatures manuscrites et les signatures électroniques<sup>217</sup>. Les autres dispositions ont pour but de rendre effective cette reconnaissance en organisant la fiabilité des systèmes de signatures électroniques. Si l'influence sur le droit des contrats est ici très

---

<sup>215</sup> - Directive 1999/93, 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, *JOCE*, du 19/01/2000, n° L-013, pp. 12-20. Voir : annexe B de la thèse.

<sup>216</sup> - Directive 2000/31 du 20 juin 2000, relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, *JOCE*, du 17/07/2000, n° L-178, pp. 1-16. Voir : annexe B de la thèse.

<sup>217</sup> - Les autres dispositions de la directive sont relative aux définitions, puisque la notion même de signature ne recouvre pas les mêmes réalités dans les systèmes juridiques gouvernés par la *Common Law* et dans les droits français ou luxembourgeois et établissent un cadre pour assurer la sécurité de ces signatures.

ponctuelle, elle n'en revêt pas moins une importance significative tant on connaît l'importance de la question de la signature dans la formation et la preuve des engagements contractuels <sup>218</sup>.

**88.** La directive concernant le commerce électronique ne touche que très légèrement au droit des contrats. Le texte lui-même indique « Les services de la société de l'information ne se limitent pas exclusivement aux services donnant lieu à la conclusion de contrats en ligne... » <sup>219</sup>. Les Etats membres se voient obligés de rendre possible la conclusion de contrats en ligne et de ne pas priver d'effet et de validité les contrats ainsi passés. Une obligation d'information pré-contractuelle est mise à la charge du prestataire de service <sup>220</sup> et des règles sont établies pour garantir la sûreté des commandes passées sous cette forme <sup>221</sup>. Etant donné que le champ d'application de ce texte ne se limite pas aux seules relations entre professionnel et consommateur, il est possible d'imaginer, *a priori*, qu'il s'agit de règles de droit commun concernant la formation des contrats. Pourtant, les rares dispositions qui ont une incidence directe sur la relation contractuelle, qui viennent d'être évoquées, ne revêtent un caractère obligatoire que lorsque le destinataire du service est un consommateur <sup>222</sup>. On voit donc ressurgir, dans une directive à l'origine non consumériste, des dispositions spécialement destinées aux consommateurs. On peut donc conclure qu'un dépit de la vocation générale du texte, celui-ci ne peut être analysé que comme procédant d'une approche sectorielle. Une remarque équivalente pourra être faite pour un texte pourtant présenté comme le plus général des textes communautaires relatifs aux contrats : la directive sur les clauses abusives.

## **B – La directive sur les clauses abusives**

**89.** La directive sur les clauses abusives <sup>223</sup> constitue le texte revêtant le caractère le plus horizontal, puisqu'il ne s'applique ni à un type de contrat particulier ni à un mode de conclusion des contrats spécifiques. Mais, comme pour les directives précédemment citées, les dispositions du texte s'appliquent uniquement lorsque l'un des contractants est un consommateur <sup>224</sup>. Le contenu des dispositions de la directive, les mécanismes utilisés pour la protection contre les clauses abusives se rapprochent des règles des droits communs nationaux. Le texte impose un certain formalisme informatif, contient une règle d'interprétation des contrats bien connue des droits nationaux, le principe *contra proferentem*, aussi contenu dans

---

<sup>218</sup> - PRUM (A.), L'acte sous seing privé électronique : réflexions sur une démarche de reconnaissance, *in* : *Mélanges Michel Cabrillac*, Litec, Paris, 1999, pp. 255-276 ; CATALA (P.), Ecriture électronique et actes juridiques, *in* : *Mélanges Michel Cabrillac, op. cit.*, pp. 91-104.

<sup>219</sup> - Considérant n°18 de la directive 2000/35.

<sup>220</sup> - Article 10 de la directive 2000/35.

<sup>221</sup> - Article 11 de la directive 2000/35.

<sup>222</sup> - C'est ce qui ressort de la formulation suivante : « les Etats membres veillent à ce que, sauf si les parties qui ne sont pas des consommateurs en ont convenu autrement, [...] ».

<sup>223</sup> - Directive 93/13 du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, *JOCE* du 21/04/93, n° L-95 pp. 29-34. Voir : annexe B de la thèse.

<sup>224</sup> - Article 1 de la directive 93/13.

le Code civil français comme dans les principes du droit européen du contrat. La nullité vient sanctionner les clauses réputées abusives, et le texte régit le sort du contrat qui contient de telles clauses. Les similitudes de domaine et de nature sont fortes entre le texte de la directive et les règles générales du Code civil français ou du BGB allemand. La tentation est grande d'admettre que la directive 93/13 représente un des éléments constitutifs du droit commun des contrats. D'autant que, si le champ d'application « virtuel » des directives « contrats à distance » et « contrats négociés en dehors des établissements commerciaux » était assez restreint, la situation est différente concernant la directive « clauses abusives ». Celle-ci vise à protéger un contractant lorsque celui-ci n'a pas été mis en mesure de négocier les clauses contractuelles auxquelles il a adhéré. Les dispositions de la directive communautaire s'appliquent donc aux clauses contractuelles n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle. Ce type de dispositions se retrouve dans les contrats dits « contrats d'adhésion », particulièrement répandus dans les contrats de consommation, mais ne sont pas exclusivement contenues dans ceux-ci. En raison du développement de la dépendance économique, les contrats d'adhésion se sont aussi développés dans les relations entre professionnels, la distribution étant leur domaine de prédilection. C'est pourquoi certains droits nationaux protègent tous les contractants contre les clauses abusives, indépendamment de la qualité de consommateur, dès lors que l'on se trouve en présence d'un contrat d'adhésion<sup>225</sup>. La plupart des droits nationaux ont, en ce sens, transposé la directive communautaire dans le cadre des dispositions générales de leur droit des contrats. La loi de transposition française figure aussi bien dans le Code de la consommation que dans le Code civil, et la plupart des auteurs traitent de la protection contre les clauses abusives dans les manuels consacrés au droit commun des contrats. La directive « clauses abusives », possède donc des caractéristiques qui pourraient en faire un élément du droit commun des contrats : la nature des règles qu'elle édicte qui se rapprochent comme aucunes autres de celles des droits communs des Etats membres, et sa « potentialité à la généralisation ». Dans une moindre mesure, la même remarque peut être faite pour les directives protégeant le consommateur lors de la conclusion de contrats par la voie d'une technique spécifique.

**90.** Cette constatation amène à se poser la question de la place des règles protectrices des consommateurs dans le droit des contrats. S'appliquant exclusivement à certains contrats, ceux conclus par des consommateurs, ces règles sont empreintes de particularisme et semblent n'être que des règles spéciales. Mais, servant le plus souvent de fondement à des dérogations aux règles du droit commun et s'appuyant sur des mécanismes empruntés à celui-ci (obligation d'information, droit de rétractation...) ces règles peuvent logiquement être regardées comme

---

<sup>225</sup> - C'est le cas du droit civil allemand depuis la loi du 9 décembre 1976. Le nouveau Code civil du Québec ne distingue pas non plus en fonction de la qualité de consommateur et étend la protection contre les clauses abusives à tous les contrats d'adhésion. Le droit anglais, quant à lui, ne limite pas la lutte contre les clauses abusives aux seuls contrats d'adhésion, mais sanctionne de façon générale les clauses déloyales. En ce qui concerne la solution française, voir : §288.

des règles générales. La doctrine d'influence romano-germaniste parvient difficilement à trouver une place autonome aux règles protégeant le contractant-consommateur et concluent, le plus souvent, qu'il s'agit de « règles à mi-chemin de la théorie générale et des règles spéciales »<sup>226</sup>. En ce sens, l'influence du droit communautaire sur les droits nationaux est réelle : source de nombreuses règles consuméristes, il ne se contente pas de s'inscrire dans la tendance actuelle à la spécialisation du droit des contrats mais participe activement à la relativisation de la distinction entre droit commun et droit spécial. Ce lien entre droit communautaire et droit national des contrats méritait d'être souligné en dépit de toutes les critiques qu'il ne cesse d'entraîner. Mais il s'agit d'une question qui dépasse largement le cadre de cette étude et nous ne pouvons que constater l'existence de textes « à la frontière du droit commun des contrats » même si on ne peut que regretter que le législateur communautaire n'ait pas envisagé de protéger les contractants sans passer par le filtre réducteur de la qualité de consommateur.

**91.** Dans ces conditions, certains développements de la communication de la Commission du 11 juillet 2001 peuvent laisser perplexe. L'annexe III du texte, intitulée « Structure de l'acquis et instruments internationaux pertinents ayant force obligatoire », l'institution communautaire rassemble sous la forme d'un texte unique l'ensemble des dispositions communautaires qui influencent les relations contractuelles. Ces textes sont regroupés sous différentes rubriques rappelant de façon évidente celles qui composent les droits communs nationaux. C'est ainsi que sont évoqués la conclusion du contrat, sa forme, l'obligation d'information, l'inexécution du contrat et la réparation en cas de violation des obligations contractuelles. Par ailleurs, il faut remarquer que la Commission fait précéder le résumé des dispositions communautaires relatives à chacun des thèmes cités, des dispositions pertinentes de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises. Outre le fait que ce texte ne vise que la vente et non l'ensemble des contrats, on ne peut que constater que le rapprochement opéré est particulièrement osé. Il découle, en effet, des développements précédents qu'il est pour l'heure impossible d'affirmer l'existence d'un droit commun contractuel sur le plan communautaire. On ne peut donc qu'en déduire que la Commission entend par-là affirmer l'existence d'un « embryon » de droit commun, qui pourrait servir de base à l'évolution future de l'intervention communautaire en la matière. Cette vision plus modeste permet, en outre, à la Commission de justifier, *a priori*, l'ensemble des actions qu'elles pourra engager dans le futur, concernant le droit des contrats.

**92.** Pour autant que l'on admette l'existence de textes communautaires pouvant être assimilés à des éléments constitutifs d'un droit commun des contrats, il faudrait encore que ces règles puissent justifier d'une certaine unité. Les règles du Code civil français et peut-être, dans une moindre mesure, celles du BGB allemand sont soumises à un ordonnancement

---

<sup>226</sup> - HUET (J.), *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, LGDJ, Paris, 2<sup>ème</sup> éd., 2001, p. 12.

précis. Et même la jurisprudence anglaise relative au droit des contrats revêt une certaine unité. En ce sens, quelques dispositions contenues dans des textes épars, rédigées sans volonté d'intégration, ne sauraient constituer un véritable droit commun. Celui-ci suppose un ensemble hiérarchisé ou au minimum une réelle cohérence. Force est donc, pour l'instant, de conclure qu'il n'existe aucun texte communautaire, aucun ensemble de textes ou de décisions de justice que l'on puisse comparer aux articles du Titre troisième du Livre III du Code civil français, ni même aux dispositions des principes Lando. Sans négliger pour autant les dispositions existantes, il faut affirmer, à l'instar d'un observateur averti, que « le droit communautaire ne touche guère aux principes fondamentaux du droit des contrats. La théorie générale [...] est intacte »<sup>227</sup>. Ce constat n'est pas sans conséquences sur l'ordre juridique communautaire.

## §2 - Les conséquences DE CE CONSTAT

**93.** Les conséquences de l'inexistence de règles matérielles de droit communautaire régissant de façon générale tous les contrats indépendamment de leur nature sont à la fois d'ordre théorique (I), qui affaiblissent la notion de droit communautaire des contrats et pratique (II).

### **I - La conséquence théorique : l'affaiblissement de la notion de droit communautaire des contrats**

**94.** Il convient tout d'abord de constater combien il est difficile *a priori* d'accorder du crédit à un corps de règles influençant de manière volontaire et active le droit des contrats et qui ne donne aucune définition textuelle précise de la notion de « contrat ». En l'absence d'un texte cadre, c'est dans les textes composant « l'acquis communautaire » dans le domaine du droit privé, que l'on a cherché une telle définition. Or, aucun de ces textes ne définit, à proprement parler, la notion de contrat, et même les références qui sont faites à cette notion-clé dans les règles relatives à l'interdiction des ententes entre entreprises n'emportent pas non plus de définition. La portée d'une telle lacune est immense au point de vue théorique. Il semble difficile d'affirmer l'existence d'un droit qui ne définit pas de façon précise son propre objet. Il convient pourtant de réduire la portée d'une telle lacune. D'une part, si la notion n'est pas définie spécifiquement par les textes communautaires, les dispositions matérielles que ceux-ci contiennent devraient permettre, en pratique, d'éviter que se crée une confusion. Les contrats visés par le droit communautaire sont toujours des conventions créant des obligations

---

<sup>227</sup> - HUET (J.), Les sources communautaires du droit des contrats, in : *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, Travaux de l'Association H. Capitant, LGDJ, 1997, p. 13.

récioproques entre les parties. Il convient de noter que ni les principes Unidroit ni les principes Lando qui constituent pourtant des modèles de droit commun, ne se livrent à l'exercice de la définition de la notion de contrat. C'est probablement qu'acte universel par essence, le contrat a reçu, dans tous les systèmes juridiques, une définition dotée d'effets similaires. Ce qui diffère réellement n'est pas tant la définition que donnent les différents Etats à la notion de contrat, que les conditions dans lesquelles ils considèrent que le contrat est valablement conclu.

**95.** Au-delà de cette lacune méthodologique, c'est l'inexistence de règles générales relatives à la formation, à la validité et aux effets des contrats qui importe. Le constat forcément négatif qui doit être fait concernant l'idée d'un droit commun des contrats au plan communautaire contribue activement à mettre en doute l'existence du droit communautaire des contrats. Aux yeux des juristes de tradition romano-germaniste, les règles spéciales sont dénuées de toute pertinence si elles ne peuvent s'inscrire dans un *corpus* ordonné et cohérent. C'est pourquoi l'ensemble des droits des Etats membres disposent d'un certain nombre de règles, plus ou moins nombreuses, plus ou moins détaillées, qui régissent la formation, la validité et les effets du contrat en général ; même le droit britannique des contrats, qui pourtant ignore la distinction entre droit spécial et droit commun, est fondé sur ce type de règles. Cette absence, à elle seule, cause l'incrédibilité de la notion de « droit communautaire des contrats ». Selon E. Lambert il faut à tout système juridique « des principes directeurs [...] règles générales et des constructions juridiques autour desquelles puissent se grouper les solutions de détail », afin que soit préservée « dans la mesure du possible l'harmonie générale du droit »<sup>228</sup>. C'est le sens de la critique faite par le professeur Oppetit qui refuse de voir dans les règles du droit communautaire les empreintes du *jus commune* romain qui était véritablement construit comme un ensemble hiérarchisé. En droit français, le Code civil, la doctrine et l'enseignement universitaire s'ordonnent autour de la distinction entre droit commun et règles spéciales. Il est donc facile de comprendre l'indifférence, voire le mépris, qu'affichent de nombreux auteurs à l'égard d'un ordre juridique qui prétend régler les relations contractuelles en dehors du cadre du droit commun des contrats.

**96.** Pour réduire l'impact de cette lacune sur l'ensemble des dispositions communautaire, il faut impérativement sortir d'un raisonnement purement national. Il est évident qu'au regard du droit civil français et plus largement des droits d'inspiration romano-germaniste, assez largement dogmatiques, les dispositions existantes du droit communautaire sont vouées à l'incompréhension et à l'indifférence. Mais dans une conception plus proche d'une politique d'harmonisation, empreinte de pragmatisme, l'incidence des lacunes purement théoriques se révèle beaucoup plus limitée. En revanche, les conséquences pratiques d'une telle situation

---

<sup>228</sup> - LAMBERT (E.), Une réforme nécessaire des études de droit civil, *Revue internationale d'enseignement*, 1900, t. 40, p. 240.

sont nettement plus invalidantes pour un système qui prétend faciliter les échanges entre Etats membres.

## **II - Les conséquences pratiques**

**97.** A défaut d'harmonisation du droit matériel, le risque d'insécurité juridique (A) qui ne peut manquer de ce faire jour entraîne inévitablement le recours aux palliatifs traditionnels que représentent les règles du droit international privé et du droit judiciaire de l'Union européenne (B).

### **A - L'insécurité juridique**

**98.** L'inexistence de ces règles-là entraîne effectivement des conséquences pratiques qui sont loin d'être négligeables. En l'absence d'une véritable théorie du consentement, d'un traitement commun de la notion de capacité contractuelle ou encore d'une théorie communautaire de l'imprévision, les conséquences pour l'ensemble des opérateurs économiques sont réelles, les hypothèses de conflits infinies. Le consentement émis par une partie peut être valable dans un Etat et parfaitement invalide dans un autre. Un contrat peut être licite ou illicite en fonction du droit où l'on se place. Une cause d'exonération qui pourrait valablement être soulevée par un débiteur en vertu d'une règle nationale, pourrait être sans aucun effet sur son obligation selon un autre droit. Quand on sait que le développement des échanges intra-communautaires reste l'un des objectifs majeurs de l'intégration européenne, que ce développement passe par la conclusion de plus en plus courante de contrats transfrontières, il est plus facile de saisir l'handicap que constitue l'insécurité juridique liée à la diversité des droits nationaux. La disparition des frontières, le développement du commerce électronique poussent pourtant les opérateurs économiques à conclure des contrats en dehors de leurs pays d'origine et il est évident que l'existence d'un texte, regroupant l'ensemble des règles relatives à la formation à l'exécution et à l'inexécution des contrats pour l'ensemble du territoire communautaire, contribuerait tout autant que la mise en place de la monnaie unique à réduire les obstacles à la conclusion de ce type de contrats. La Commission européenne reconnaît d'ailleurs les insuffisances de la méthode employée jusqu'ici par les autorités communautaires. Dans sa communication du 11 juillet 2001, elle affirme « dans le domaine du droit des contrats, le législateur européen a suivi une démarche au coup par coup en matière d'harmonisation. Cette démarche, conjuguée avec les développements imprévus du marché, pourrait entraîner des incohérences dans l'application du droit communautaire »<sup>229</sup>.

---

<sup>229</sup> - COM(2001) 398 final, déjà cité, p. 11.

**99.** Une nuance mérite cependant d'être apportée à ce constat particulièrement négatif. Tous les contractants ne supportent pas de la même façon le poids du risque d'insécurité juridique. Les grandes entreprises sont généralement dotées de services juridiques performants, constitué de juristes ayant une connaissance approfondie des droits des différents Etats membres, du moins des Etats avec lesquels ces entreprises ont des relations régulières. Ces grandes entreprises ne courent pas de risques majeurs en nouant des relations contractuelles dans différents Etats membres. Les petites et moyennes entreprises subissent certainement plus le poids de l'incertitude juridique car elles n'ont souvent pas les moyens de soumettre les contrats qu'elles concluent à un contrôle juridique préalable. Pourtant, contractant dans un but professionnel, ces entreprises tentent de prévenir les risques éventuels en s'informant au maximum sur les différences existant dans les règles nationales. Ce sont donc les consommateurs qui subissent en premier lieu les conséquences de l'absence de règles générales relatives aux contrats en droit communautaire. Tout d'abord le consommateur ignore souvent tout du droit étranger qui régira le contrat. Ensuite le plus souvent, la transaction envisagée n'a pas une valeur financière suffisante pour justifier les coûts d'une consultation juridique. La diversité juridique peut donc avoir deux conséquences : soit décourager le candidat-contractant par l'incertitude qu'elle engendre, soit impliquer une hausse des coûts de transaction. Dans les deux hypothèses le commerce intra-communautaire s'en trouve fortement défavorisé. En attendant l'adoption d'un texte pouvant pallier ces incohérences, c'est hors d'un corps de règles matérielles uniformes, que les contractants de tous les Etats membres doivent chercher une solution à leurs conflits avérés ou potentiels. Et cela contribue à affaiblir l'idée d'un droit communautaire des contrats, dont le fondement réside dans le soutien qu'il serait censé apporter à la conclusion de contrats transfrontières.

## **B - Le recours aux règles de conflit et au droit judiciaire**

**100.** Lorsqu'un conflit survient en matière contractuelle, causé par l'opposition de deux systèmes nationaux, il se peut que l'issue du litige dépende largement de la réponse donnée à ces deux questions : quelle est la juridiction compétence ? Quel est le droit applicable ? C'est ainsi que, bien souvent, les règles de conflits viennent pallier l'insuffisante harmonisation des règles matérielles. Le recours aux règles de conflits se présente ainsi comme la méthode « par défaut ». Le droit communautaire n'échappe pas à la règle, et à défaut d'harmonisation, a entrepris de résoudre les conflits de juridictions et les conflits de lois qui pouvaient survenir en matière contractuelle.

**101.** Les conflits de lois sont résolus grâce à la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles signée à Rome le 19 juin 1980<sup>230</sup> et entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 1991. L'expression « obligations contractuelles » est particulièrement imprécise, mais le paragraphe 2 de l'article 1<sup>er</sup> exclut certains contrats du champ d'application du texte : il s'agit notamment des conventions touchant au statut personnel et aux relations familiales (testament, succession, mariage, pension alimentaire), les obligations nées des lettres de change, chèques et autres instruments négociables, les contrats de société... Le texte contient une première série de dispositions consacrées à la détermination de la loi applicable. Les grandes lignes de ces dispositions sont les suivantes : le contrat est en principe « régi par la loi choisie par les parties » (article 3). A défaut de choix, le contrat est régi « par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits » (article 4§1). Une présomption est établie en faveur du lieu où le débiteur de la prestation caractéristique a sa résidence habituelle (article 4§2). En matière de contrats portant sur des immeubles, c'est la *lex rei sitae* qui s'applique puisqu'« il est présumé que le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où est situé l'immeuble » (article 4§3). Des règles particulières sont édictées afin de protéger le contractant-consommateur. Ainsi la présomption établie par l'article 4§2 lui étant particulièrement défavorable en cas de contrat transfrontière (puisque dans la plupart des cas le débiteur de la prestation caractéristique est un professionnel et que, de ce fait, le consommateur se verrait appliquer une loi qu'il ne connaît pas), elle est renversée, dans certaines circonstances. La loi applicable au contrat est celle « du pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle » (article 5§3). Les dispositions relatives à la loi applicable emportent et s'accompagnent de solutions de fond. Il s'agit de règles ayant pour vocation de régler les difficultés les plus courantes en cas de conflit de loi en matière de contrat. La validité du contrat est ainsi logiquement soumise à loi applicable par principe au contrat (article 8§1). Il est prévu que pour établir qu'elle n'a pas consenti, une partie peut cependant se référer à loi du pays dans lequel elle a sa résidence habituelle s'il résulte des circonstances qu'il ne serait pas raisonnable de déterminer l'effet du comportement de cette partie d'après la loi initialement applicable en vertu de la convention (article 8§2). Des règles relatives à la forme du contrat sont aussi prévues, faisant de la loi applicable au fond du contrat celle qui s'applique aux conditions de forme. Il en va de même pour l'interprétation du contrat, son exécution, sa nullité. Concernant l'incapacité, l'article 11 dispose que dans un contrat conclu entre deux personnes se trouvant dans un même pays, ce sont les dispositions applicables à la capacité de ce pays qui s'appliquent en principe. Un contractant ne peut invoquer son incapacité en vertu d'un autre droit que si cette incapacité ne pouvait être ignorée de l'autre partie au moment de la conclusion du contrat.

Plusieurs remarques s'imposent concernant ce « droit commun minimum » que constitue la Convention de Rome au regard des obligations contractuelles. Tout d'abord, il convient de faire remarquer que le champ d'application de la convention est relativement restreint et ne

---

<sup>230</sup> - *JOCE* du 9/10/1980, n° L-266, pp. 1-19.

permet pas de couvrir toutes les situations contractuelles et couvre, notamment de manière insuffisante, certains contrats transfrontières conclus par des consommateurs<sup>231</sup>. Par ailleurs, en dépit de la signature de deux protocoles<sup>232</sup> destinés à attribuer à la Cour de Justice des Communautés européennes, la compétence pour interpréter les dispositions de la Convention, celle-ci n'est toujours pas compétente. En effet les deux protocoles ne pourront entrer en vigueur qu'une fois ratifiés par tous les Etats signataires ce qui n'est pas encore le cas aujourd'hui. Pour cet ensemble de raisons, on ne peut que souligner l'insuffisance des dispositions de la Convention qui ne pallient pas l'inexistence de règles matérielles au plan communautaire. Comme le note très justement un observateur<sup>233</sup>, « les normes uniformes sur les conflits de lois [...] favorisent la prévisibilité du droit applicable, mais n'éliminent pas cet obstacle qu'est la pluralité, la disparité des différents droits, qui se manifeste parfois aussi sous l'aspect insidieux de la propension du juge saisi d'une affaire à s'orienter vers le droit qui lui est familier ». La communautarisation du texte, si elle était accompagnée d'un réexamen tenant compte de ses insuffisances, pourrait, par contre, constituer une avancée significative dans la lutte contre les effets néfastes de l'absence de règles matérielles. Mais aujourd'hui, il ne s'agit que d'une hypothèse parmi tant d'autres.

**102.** Les conflits de juridictions en matière civile et commerciale sont, quant à eux, résolus de « tout à fait manière satisfaisante »<sup>234</sup> grâce à la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968<sup>235</sup> et surtout par l'interprétation uniforme qui est donnée de ses dispositions par la Cour de Justice des Communautés européennes. La Convention avait originellement pour but de simplifier l'*exequatur*<sup>236</sup> mais l'objectif a rapidement été élargi en raison du fait que le juge avant d'accorder l'*exequatur* commence par vérifier la compétence du tribunal ayant rendu le jugement. Les rédacteurs ont donc décidé de traiter aussi des questions de compétence des juridictions. Le texte de la Convention fait l'objet d'une interprétation uniforme par la CJCE depuis l'élaboration d'un protocole spécial lui attribuant cette compétence<sup>237</sup>. Il convient ici de noter qu'à l'occasion de l'interprétation de l'article 5 de la Convention, qui offre au demandeur une option de compétence judiciaire différente selon que l'on se trouve en matière contractuelle ou délictuelle, la CJCE a défini indirectement la notion de contrat. C'est

---

<sup>231</sup> - Ce point est largement développé dans une récente thèse de doctorat, voir : DE MATOS (A.-M.), Les contrats transfrontières conclus par les consommateurs au sein de l'Union européenne, Thèse, Aix-Marseille, 1999, pp. 72-74.

<sup>232</sup> - Protocoles n° 89/128 et 89/129, *JOCE* du 20/02/89, n°L-48, pp. 1-7 et 17-22.

<sup>233</sup> - GANDOLFI (G.), Pour un code européen des contrats, *RTDCiv*, 1992, 4, p. 713.

<sup>234</sup> - GAUDEMET-TALLON (H.), Entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur le loi applicable aux obligations contractuelle, *RTDE*, 1991, n°4, p. 635.

<sup>235</sup> - Convention de Bruxelles concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *JOCE* du 31/12/72, n° L-299, pp. 32-42.

<sup>236</sup> - A ce titre elle prend sa base dans l'article 220§4 du Traité de Rome qui prévoit que : « Les Etats membres engageront entre eux, en tant que besoin, des négociations en vue d'assurer, en faveur de leurs ressortissants, la simplification des formalités auxquelles sont subordonnées la reconnaissance et l'exécution réciproque des décisions judiciaires ».

<sup>237</sup> - *JOCE*, du 31/12/1972, n°L-299, pp. 43-44. Protocole publié en France par le décret 76-298 du 31 mars 1976, *JORF* du 8/04/76, p. 2132.

particulièrement dans l'affaire *Handte* que cette notion a été précisée. Une société française avait acheté des produits à la filiale d'une société allemande. Les produits en cause lui semblant défectueux, la société a formé un recours à la fois contre la société *Handte* vendeuse et contre la société allemande ayant fabriqué les produits en cause. La Cour devait donc se prononcer sur la question de savoir si la relation entre le sous-acquéreur et le fabricant a ou non un caractère contractuel. Après avoir rappelé que : « la notion de matière contractuelle, au sens de l'article 5, point 1, de la convention, doit être interprétée de façon autonome, en se référant principalement au système et aux objectifs de cette convention [...] cette notion ne saurait, dès lors, être comprise comme renvoyant à la qualification que la loi nationale applicable donne au rapport juridique en cause devant la juridiction nationale », la Cour a affirmé que la notion de « matière contractuelle ne saurait être comprise comme visant une situation dans laquelle il n'existe aucun engagement librement assumé d'une partie envers une autre »<sup>238</sup>. Sans avoir à apprécier la valeur d'une telle définition, il convient tout de même de faire deux constatations. Tout d'abord c'est le droit international privé, de nature conventionnelle, qui a servi de base à la seule définition européenne du contrat, aucun des textes de droit matériel n'ayant donné une telle définition. Ensuite, cette unique définition est à la fois indirecte (ce n'est pas la notion de contrat qui est définie, mais celle de "matière contractuelle") et négative. Le moins que l'on puisse dire c'est que la nécessité d'une définition communautaire de la notion de contrat reste d'actualité.

**103.** La Convention, communément nommée « Bruxelles I » a récemment été « communautarisée »<sup>239</sup>. Instrument de nature conventionnelle depuis son adoption, le texte a été adopté sous la forme d'un règlement le 22 décembre 2000<sup>240</sup>. Le règlement concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, qui reprend quasi-textuellement les dispositions de la Convention, entrera en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 2002. Cette communautarisation amène plusieurs remarques et suscite des interrogations. Tout d'abord, si l'on tient compte de la communautarisation de la Convention de « Bruxelles II » (équivalent de « Bruxelles I » en matière matrimoniale) on ne peut que constater une volonté affirmée du législateur communautaire d'œuvrer intensément pour la construction d'une véritable communauté de droit en Europe, qui se situe parfaitement dans la lignée du sommet de Tampere<sup>241</sup> et des dispositions du Traité d'Amsterdam visant à faire de l'Europe un espace de sécurité, de liberté et de justice. Mais pour ce qui nous intéresse, les interrogations subsistent. Peut-on en déduire une avancée vers une plus grande prise en

---

<sup>238</sup> - CJCE, 17 juin 1992, *Handte*, aff C-26/91, *Rec.* p. 3967. Voir aussi : CJCE, 27 octobre 1998, *Réunion européenne*, aff C-51/97, *Rec.* p. 6511.

<sup>239</sup> - La notion de « communautarisation » désigne l'intégration juridique dans et par la Communauté européenne. Voir : KREUZER (K.), *La communautarisation du droit international privé ; Les acquis et les perspectives*, in : *Droit global - Unifier le droit : le rêve impossible ?*, sous la dir. de VOGEL (L.), LGDJ, Paris, 2001, p. 97.

<sup>240</sup> - Règlement 44/2001, concernant la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, du 22 décembre 2000, *JOCE* du 16/01/01, n° L-12, pp. 1-23.

<sup>241</sup> - Sommet qui s'est tenu les 15 et 16 octobre 1999 et qui a montré l'intérêt des quinze pour la coopération judiciaire.

compte du droit des contrats ? Ou au contraire la communautarisation de ces instruments s'inscrit-elle dans une tendance privilégiant la méthode des règles de conflits au détriment de l'harmonisation du droit matériel ? Il faudra certainement attendre encore de longs mois avant de le savoir. Pour l'heure, l'uniformisation des règles de droit international privé a laissé intacte la question de la diversité des règles substantielles.

**104.** Notons enfin qu'à côté des règles du droit international privé communautaire, d'autres moyens sont mis en œuvre pour lutter contre les conséquences néfastes qui découlent de la diversité des règles générales applicables aux contrats dans l'Union européenne. Il s'agit principalement des moyens destinés à faciliter l'accès des consommateurs à la justice en cas de litige portant sur des contrats transfrontières. Ces moyens vont de la simplification des procédures judiciaires aux possibilités d'actions transfrontières en passant par l'aide juridique et judiciaire et l'assurance de protection juridique<sup>242</sup>. Quoique très louables dans leur objectif, ces actions ne constituent que des palliatifs et force est pour nous de constater qu'alors que dans l'ordre international l'insuffisance de la méthode des conflits de lois<sup>243</sup> a suscité l'unification des règles matérielles de droit des contrats, le droit communautaire semble encore actuellement situer le droit commun des contrats sous le règne du droit international privé et de la protection du consommateur. Des raisons fort diverses viennent justifier cet état de fait, qu'il convient d'analyser et peut-être de relativiser.

## Section 2

### LES DIVERSES JUSTIFICATIONS

**105.** Parmi les nombreuses raisons avancées pour justifier ce constat globalement négatif, deux méritent d'être examinées en dépit du fait qu'elle ne parviennent pas à masquer la question de la volonté politique : la diversité juridique de l'Union (§1) et les règles d'attribution des compétences (§2).

#### *§1 - LA DIVERSITÉ JURIDIQUE DE L'UNION EUROPÉENNE*

**106.** La diversité culturelle de l'Europe est la raison la plus fréquemment avancée pour expliquer que les règles de droit commun constituent encore aujourd'hui l'angle mort du droit communautaire des contrats. Ce pan de notre droit est sans aucun doute celui qui est le plus marqué par l'histoire et la tradition juridique et il est donc logique que les différences

---

<sup>242</sup> - Pour plus de détails : DE MATOS (A.-M.), *Les contrats transfrontières conclus par les consommateurs au sein de l'Union européenne*, op. cit., pp. 143-272.

<sup>243</sup> - Olé Lando considère les règles de conflits comme un « instrument pauvre » au service de l'intégration juridique : LANDO (O.), *Why codify the European Law of Contracts ?*, REDP, 1997, vol. 5, pp. 527.