

L'AVANT PROJET DU CODE EUROPÉEN DES CONTRATS DE PAVIE

Gabriel GARCÍA-CANTERO

I. Introduction

Étant donné qu'en 2005 j'ai eu l'honneur d'expliquer devant nos Collègues de Cluj¹, l'origine et les étapes successives qui ont conduit à l'élaboration du Livre I de l'Avant-Projet du Code Européen des contrats, appelé *Projet Gandolfi* du nom de son Coordinateur, et aussi *Projet de Pavie* en raison du siège de l'Académie qui le soutient, je ne vais faire ici que des indications sommaires avant d'exposer l'état actuel de celui-ci, en rapport avec le Projet Lando² et aussi avec le Projet Von Bar qui veut se constituer à titre de sa prolongation naturelle.

En tout cas il est clair que tous les trois Projets considérés sont d'origine privée, et apparus dans des groupes très enthousiastes mais minoritaires de juristes européens profondément préoccupés par le développement de l'Union Européenne, et surtout après la grande ouverture de celle-ci vers les anciens pays de l'Est en 2004-2007.

Mais parler d'origine privée ne signifie pas des Projets plus ou moins clandestins, cachés ou secrets. Par contre, et depuis une dizaine d'années ils sont largement diffusés parmi les Universités et les Cercles Scientifiques de toute l'Europe, et la bibliographie sur ce sujet est devenue importante³. En fait, ces Projets sont connus par les organes communautaires et la communauté scientifique européenne, et les législateurs en tiennent compte.

II. Les récentes initiatives des organes communautaires dans ce domaine

À un certain moment cette initiative privée frappe à la porte des organes communautaires. Peut-être, pour mieux l'expliquer, faut-il rappeler ici l'originalité de la structure interne des pouvoirs dans l'Union Européenne qui ne représente pas une simple copie de celle étatique, de sorte que le pouvoir exécutif (c.à d. la Commission) a exercé jusqu'à présent les plus importantes facultés législatives; par contre et à l'égard de la Commission le Parlement Européen n'a que des facultés complémentaires ou accessoires dans ce domaine (à l'exception de l'approbation du budget de l'UE). Tout cela permet de mieux comprendre les positions, pas toujours identiques, de ces deux organes communautaires dans le problème de la possible ou éventuelle codification contractuelle ou même civile. En voici le panorama des années récentes:

A) Résolutions du Parlement Européen de 1989 et de 1994

¹ Voyez GARCÍA CANTERO *L'Avant Projet de Pavie du Code Européen des Contrats*, *Studia Universitatis Bobes-Bolyai*, 2/2005, p. 55 ss.

² Le Groupe Lando, naît en 1980, entre les années 1995 et 2003 il a réussi à publier les trois parties de ce Projet. En fait cette Commission s'était dissoute auparavant, une fois fini son travail, et en 1998 la plupart de ses membres se sont ralliés au *Study Group on a European civil Code* qui venait de se constituer sous la direction du Prof. Von Bar, de l'Université allemande d'Osnabrück.

Voyez le volume collectif *Regards croisés sur les principes du droit européen du contrat et sur le droit français* (sous la direction de Catherine Prieto) (Aix-en Marseille 2003). À remarquer l'intéressante introduction de Mme. Prieto *Sur une culture contractuelle commune en Europe* (*op. cit.* p. 17 ss).

³ Voyez une sélection bibliographique en plusieurs langues dans le travail de CÁMARA LAPUENTE *Un Derecho privado o un Código civil para Europa: Planteamiento, nudo y (esquivo) desenlace*, dans le volume collectif coordonné par lui-même, *Derecho Privado Europeo* (Madrid 2003) pp. 94-106.

La première Résolution de 1989 demande instamment des efforts pour harmoniser, en général, le Droit privé des États membres, et sollicite aussi l'initiation des travaux nécessaires pour élaborer un *Code européen commun de Droit privé*, et pour ce faire il exige nommer une Commission d'experts. Cette résolution a été confirmée et réitérée en 1994, sans pour autant obtenir des résultats, jusqu'à la réunion du Conseil Européen de Tempere les 13-15 octobre 1999, lequel dans la 39ème conclusion *demande une plus grande convergence en Droit civil*⁴. En tout cas les mots employés ici ne sont pas du tout engageants par rapport aux exigences du Parlement.

B) La Communication de la Commission Européenne sur le Droit contractuel européen du 11 juillet 2001

Les deux Projets Lando et Gandolfi avaient déjà été présentés officieusement en Bruxelles, ce qui a eu des conséquences positives parce que la Commission veut étendre le débat sur le Droit contractuel européen avec le Parlement, le Conseil et d'autres intéressés, tels que les entreprises, les professionnels, les académiciens et les groupes des consommateurs, en vue de recueillir des informations à propos de la nécessité d'une action communautaire d'une plus grande portée. La Commission propose une grande enquête européenne à l'égard des quatre alternatives possibles: 1) La non intervention de la CE (laisser faire aux forces du marché, de sorte que la convergence des législations ait lieu tout simplement à travers la compétition); 2) Suggérer l'application des principes communs non obligatoires; 3) Améliorer la législation déjà existante; et 4) Approuver un instrument législatif exhaustif (soit il optionnel, le *opt-in*; soit il obligatoire, le *opt-out*).

La Communication a donné lieu à un débat européen, minoritaire mais animé. On a rejeté unanimement la solution 1). La solution 2), et par le moyen d'élaborer des principes communs obtenus par le droit comparé, a suscité l'adhésion de la majorité des Gouvernements qui y avaient répondu, ainsi qu'une partie des entrepreneurs et la plupart des professionnels de l'administration de la justice et des académiciens. La solution 3) a reçu l'adhésion d'une majorité des réponses (à remarquer que cette réponse reste compatible avec celles données aux autres questions). La solution 4) qui envisage la possibilité de codifier la totalité ou, au moins, une partie des rapports privés a reçu l'adhésion enthousiaste de beaucoup d'académiciens, même s'il n'y a pas d'accord sur le moment et la manière de le faire; par contre, les grandes entreprises et, en général, le monde juridique britannique s'y opposent résolument.

C) La Résolution du 15 novembre 2001 du Parlement Européen

Même si cette procédure pourrait choquer quelqu'un, la réalité c'est que le Parlement a répondu à l'enquête par le moyen d'une résolution en vue de l'approximation entre le Droit civil et commercial des États membres. Le Parlement regrette que l'enquête de la Commission reste limitée au droit contractuel au sens stricte, laissant en dehors, parmi d'autres, la responsabilité civile extra contractuelle, l'enrichissement sans cause ou le payement de l'indu; Le Parlement sollicite la fixation d'un plan d'action de telle sorte que la CE puisse adopter un corpus de droit contractuel européen en vigueur pour 2010.

D) Le Plan d'action établi par la Commission, le 23 février 2003

⁴ Sur l'importance politique de ces conclusions voyez STAUDENMAYER *The Commission Communication on European contract law and its follow-up*, dans le volume collectif *An academic green paper on european contract law* (edited by S. Grundmann and J. Stuyck) (The Hague-London New York 2002) p. 50.

Il semble que ce *Plan d'action sur un Droit contractuel européen plus cohérent* répond formellement à la résolution du Parlement de 2001 mais son contenu est moins contraignant et obligatoire que celle-ci; on y propose les mesures suivantes: 1) Promouvoir financièrement la recherche scientifique dans ce domaine; 2) Créer et publier dans le délai d'un an une base de données de clauses contractuelles type; 3) Élaborer un *cadre commun de référence (CCR)*, avec des principes et terminologie communs; enfin 4) Élaborer un *Instrument facultatif (IF)* sous la forme soit d'une *Recommandation* soit d'un *Règlement*. En accord avec le Plan d'action les buts ou fonctions du CCR seront: D'abord servir à la Commission pour obtenir la cohérence dans la révision de l'*acquis* communautaire et dans l'élaboration de nouvelles dispositions; obtenir une plus grande convergence parmi les Droits contractuels des États Membres ou des pays tiers, les utilisant en tant que modèle pour rédiger leurs propres normes; servir de base aux réflexions de la Commission sur la nécessité de l'IF. Et quant à son contenu on se centre sur le droit contractuel (contrat de vente, de services, les règles générales sur la conclusion, validité et interprétation des contrats, les voies d'exécution, les garanties mobilières des crédits et le régime sur l'enrichissement indu). La Commission a reçu 122 réponses écrites, qui se trouvent dans sa page web; ces réponses accusent une certaine désorientation devant ces propositions quelque peu imprécises, ce qui explique plusieurs contradictions parmi elles. Peut-être que la conséquence la plus efficace de ce Plan c'est la célébration à Bruxelles (28 avril 2004) d'un Congrès sur le Droit Contractuel européen, conjointement organisé par la Commission et le Parlement, dont les conclusions exigent que dans le cadre commun de référence annoncé par le Plan y participent tous les secteurs intéressés⁵.

III. Quelques conclusions provisoires

Malgré que le point de départ reste le même dans les années à venir, à savoir le caractère privé des projets de codification européens, il faut signaler quelques pas en avant. Tout d'abord le fait que l'Académie de Pavie et le Groupe d'Études dirigés par Von Bar restent toujours en activité⁶. Plus importante encore est la naissance d'autres groupes d'études et de recherches dans le même sens: le groupe de Tilburg qui travaille sur la responsabilité extra contractuelle et qui a commencé à publier les résultats de ses travaux à partir de 2004; le Groupe de Trento sur le noyau commun du Droit privé européen; le groupe Secola (Society of european contract law) présidé par Grundmann et qui siège à Louvain, etc. À mon avis tous ses groupes et associations ne sont pas incompatibles entre eux, même si apparemment le projet Lando reste l'opposé du Projet Gandolfi. À l'heure actuelle ces initiatives privées ne luttent entre elles, mais en réalité elles sont des alliés face aux sceptiques ou aux ennemis déclarés de la codification européenne.

À mon avis, cela a été une réussite importante, qu'en 2002 on ait eu les positions suivantes⁷:

⁵ Voyez encore LEIBLE *Vías para la unificación del Derecho privado europeo* (conférence prononcée à Séville en 2006, et publiée dans ADC, 2006, p. 1589 ss), avec des données sur la création d'une *Joint network on european private law* le mois de mai 2005. Il mentionne en outre la Résolution du Parlement Européen du 23 mars 2006 qui encourage les différents groupes de travail à utiliser le CFR.

⁶ L'Académie de Pavie a publié en 2004, la traduction allemande, anglaise, espagnole et italienne du Livre I de l'Avant Projet. En successives réunions est abordé le régime des contrats en spécial et ceux des contrats de vente, contrats réels et contrats bancaires sont en train d'être publiés. De sa part le Groupe Von Bar a eu plusieurs réunions de travail dans de différents Universités européennes et leurs travaux sont publiés quelques fois.

⁷ Des exemples que je prends de GRUNDMANN-STUYCK *An academic green paper process and the need for academic input*, *op. cit.* p. 24 ss.

Le prof. italien Bianca, se prononce en faveur d'une codification non actuelle mais progressive;

Le prof. allemand Von Bar croit dans la possibilité actuelle d'une procédure qui conduise vers un Code européen omnicompréhensif;

Le prof. allemand Basedow pense de sa part qu'il y a seulement des bases solides pour un code de contrats;

L'italien Bussani et l'hollandais Hesselink croient qu'il y a des aspects politiques et économiques qui conditionnent la codification;

L'italien Gandolfi et le danois Lando ont présenté déjà à l'opinion publique européenne leurs modèles d'une partie générale d'un Code européen des contrats.

D'autres proposent ou bien un *code minimal* (Mattei) ou un code à caractère supplémentaire et non substitutif des codes nationaux (Schwintonski).

En conclusion: si un quart de siècle après le Congrès de Pavie, sur la table académique de discussion il y a une partie de la doctrine européenne qui accepte comme point de référence la possible codification et prend de positions pour ou contre cette alternative, tout cela signifie que le point de départ de 1990 était valable, à savoir que *la libre circulation des personnes, des biens et des services dans le territoire de l'Union Européenne exige une règle contractuelle commune*. Le fait que des 12 États Membres en 1990 on a passé à 27 en 2007 signifie justement que les efforts du droit comparé développés pour rédiger ce projet devraient dans l'avenir s'intensifier⁸. D'autre part il ne représente pas un obstacle, le fait que les organes communautaires à l'heure actuelle semblent suivre une politique qui ralentisse la codification européenne, sans pour autant y renoncer.

IV. Une nouvelle comparaison entre le Projet de Pavie et le Projet Lando

Ayant constaté les faits énumérés et établi les conditions préliminaires, il me semble convenable de revenir sur les deux projets du code européen déjà partiellement finalisés parce que, malgré certains caractères en commun qu'on a découverts auparavant entre eux, il existe des différences notables par rapport aux destinataires de tous les deux, c.à.d. les citoyens présents et futures de l'UE.

A) Le Projet Lando s'inspire plutôt du système juridique de la *common law* et le mécanisme du *Restament* des États Unis; donc il semble logique que cette Commission emploie l'anglais comme langue officielle. Par contre, le Groupe de Pavie utilise les méthodes classiques de recherche de la science juridique européenne continentale, donnant la primauté à la loi et aux Codes, et en employant les langues juridiques les plus courantes (français, italien, anglais, allemand et espagnol), même si les plus utilisés dans les débats sont les deux premières et le Coordinateur utilise de préférence le français⁹.

⁸ Aux origines l'Académie de Pavie était composée d'une cinquantaine des membres; en 2007 il y a 150 environ avec une importante participation des juristes du centre et de l'Est de l'Europe. Pour l'élaboration du Livre II (contrats spéciaux) de l'Avant projet on a utilisé aussi les codes en vigueur de tous ces pays.

⁹ GANDOLFI reconnaît les inconvénients qui en dérivent: «Je suis pleinement conscient du fait que le langage qui y est employé est loin de répondre aux critères de la perfection stylistique. Il s'agit d'une conséquence inévitable de la méthode adoptée par le groupe de travail. On m'a, également confié la tâche de rédiger en langue française, en ma qualité de coordinateur, ce rapport, aussi dois-je donc en assumer la *paternité*. J'ai naturellement demandé pour ce faire le concours d'un collègue de langue maternelle, afin que le rapport ne comporte pas d'erreurs grammaticales et syntactiques et que soient apportées les retouches essentielles de caractère stylistique en mesure de garantir une forme acceptable au texte et une compréhension adéquate de ma pensée. Le caractère nécessairement limité de cette intervention extérieure

B) Le système de travail en diffère aussi parce que dans le projet Lando on a préféré de charger un spécialiste de rédiger la partie correspondante du projet, ce qui suppose le travail par de petits groupes, système qui a des avantages mais aussi des inconvénients. Par contre, dans le groupe de Pavie tous les membres ont eu la possibilité d'intervenir, tout au long du processus d'élaboration de l'Avant-projet, soit par écrit ou oralement, dans les séances, plénières, et en ce qui concerne toutes les questions soumises au débat, de sorte que le rôle du Coordinateur devînt essentiel, soit pour commencer la discussion par le moyen d'un rapport général distribué à tous les membres, soit pour recevoir les propositions de ceux-ci, soit pour organiser les séances plénières, soit pour rédiger définitivement les points sur lesquels on avait tombé d'accord¹⁰. Diffère aussi la présentation extérieure de chaque texte; dans le projet Lando on ajoute des notes de droit comparé et une explication presque officielle sur le vrai sens de chaque principe (*interprétatio legislatoris*); dans le projet Gandolfi on a préféré de fournir aux juristes européens tous les matériaux qu'on a utilisés pour élaborer chaque règle (les deux questionnaires initiaux, le rapport introductif du Coordinateur¹¹, les différentes propositions introduites, et finalement le texte complet des débats produits) de sorte qu'on puisse suivre le chemin qui a conduit à une certaine rédaction d'un texte au lieu d'une autre qu'on avait proposée préalablement.

C) Code des principes ou Code des règles concrètes?

Sur cette question on trouve une certaine ambiguïté chez les auteurs qui ont participé dans la Commission Lando et qui se sont exprimés publiquement par la suite. Parfois ceux-ci insistent sur le caractère essentiel des *Principles*, qui ont été obtenus par un gros travail d'abstraction sur un corps de règles en vigueur dans un certain groupe de pays; parce que si on identifie le même principe trouvé par une méthode pareille dans de différentes législations, voici que nous serons en présence d'un vrai principe commun européen. Mais l'application d'un principe ainsi obtenu à l'intérieur de l'UE offre assez de difficultés parce que le juge, en présence de doutes, laissera de côté l'interprétation *européenne* et probablement préférera utiliser son interprétation nationale. À côté de cette interprétation d'autres auteurs nous parlent des principes qui ont la valeur de règles positives concrètes qu'on va offrir aux citoyens européens pour qu'ils puissent les adopter volontairement dans leurs contrats; on ajoute encore le rôle d'aider les législateurs de chaque pays communautaire au moment de promulguer leurs codes ou de les améliorer. Dans tous ces cas l'unification contractuelle des pays communautaires semble rester lointaine dans l'horizon européen.

Par contre, la rédaction du Projet de Pavie s'est inspirée des idées très claires qui sont expliquées ainsi par son inspirateur:

«Le fait est que l'élaboration des principes (ou principes généraux) est du ressort de la doctrine mais également de l'enseignement, puisque ceux-ci constituent une synthèse rationnelle, la quintessence d'un système dont ils reflètent les caractères généraux et qui est évidemment supposé soit se trouver en vigueur soit vérifier par sa propre application. Tenter donc de formuler les principes d'un hypothétique système futur apparaît incongru, et constitue d'abord une contradiction logique avant que d'être une opération impossible à réaliser. Et les rédiger dans le but d'inspirer un hypothétique et futur législateur reviendrait à se consacrer à une tâche largement infructueuse; car les différentes règles de ce futur système devront s'adapter, lorsqu'elles seront rédigées, aux problèmes effectifs à résoudre, aux intérêts en jeu et non pas à des critères abstraits, suggérés à priori sur la base de réflexions de nature logique ou équitable. Il serait tout aussi vain

explique qu'un certain nombre – peut-être même excessif – d'italianismes soient demeurés dans le texte (*Code européen des contrats*, Avant-projet, Livre I (Milano 2004) p. LVII.

¹⁰ Dans les discussions scientifiques on n'applique pas le critère démocratique pour prendre des décisions, et sous cet aspect ni le projet Gandolfi ni le projet Lando n'ont été élaborés démocratiquement. Les membres de chaque groupe manquent de toute représentativité sauf le prestige scientifique de chacun.

¹¹ En somme cinq rapports de ce genre ont été rédigés pour élaborer la Partie générale de l'Avant-Projet.

de vouloir contourner le problème en recourant à l'escamotage vidant à dire que les *principles* signifient, certes, principes, mais également règles d'une portée aussi vaste qu'indéterminée; et ceci autant parce que ces dernières sont indiquées par le terme spécifique de *rules*, que parce que ces principes se différencient avant tout des règles par leur contenu, leur structure, origine et fonction, comme nous venons de le préciser¹².»

V. Et quoi penser du Code civil européen proposé par le Groupe Von Bar?

Il faut avouer que si ce projet de codification atteint prochainement son but dans l'Union Européenne, le Projet de Pavie restera presque vidé de son contenu. Mais il faut examiner les circonstances concurrentes. En fait le Groupe Von Bar se présente comme le continuateur du Projet Lando, dont beaucoup de membres s'y sont intégrés. Une conséquence est claire: les objections précédentes que j'avais faites à celui-ci quant à la matière des contrats restent valables à l'égard du Projet Von Bar¹³.

Surtout il faut remarquer que si la matière contractuelle semble très apte pour l'unification, il y en a d'autres qui ne le sont pas. Le régime de la propriété et les droits réels présentent des différences non dépassées parmi les pays européens, spécialement par rapport aux garanties réelles, par conséquence des principes non homogènes qu'inspirent les Registres fonciers des pays continentaux. Le Droit de la famille pendant la deuxième partie du siècle passé a connu des pas en avant vers des règles communes (par exemple, sous les principes de l'égalité des conjoints et de l'égalité des enfants), mais pas toujours un même principe se traduit dans des règles identiques dans les lois qui le développent, et d'autre part un droit universel de la famille promu par l'ONU reste illusoire, ou à échelle réduite, par les organes de l'UE¹⁴. C'est pareil dans le cas du Droit de succession dans lequel on trouve de grandes questions qu'on discute encore à l'intérieur des pays, et dont l'unification européenne se pose timidement des questions (par exemple: liberté de tester ou système de réserves? Et si on accepte la deuxième réponse combien de réservataires et quelle modalité et quantité de chaque réserve? etc)¹⁵.

En conclusion: adopter un Code civil pour tous les citoyens communautaires, quel que soit le pays auquel ils appartiennent, reste une utopie pour le moment. Il serait mieux d'essayer un Code de contrats dont la mise en application ne sera pas certainement facile, mais dont l'introduction semble possible à court terme. L'expérience qu'il nous apportera sera très utile, sans doute, pour mettre en place cet idéal d'un seul Code civil pour tous les européens.

Rezumat

În condițiile în care nu se mai face o separare între „ius publicum – ius privatum”, orice privatist are ceva de spus în legătură cu noua concepție europeană asupra „constituției”. Pentru o țară occidentală, redactarea unei noi legi fundamentale trebuie făcută cu grija stabilirii cât mai precise a ierarhiei izvoarelor de drept și a locului pe care trebuie să se situeze legea cu respectarea primordialității ei. În privința cutumei, chiar dacă aceasta subzistă, precum în materie civilă și comercială, trebuie reținută valoarea ei secundară. Finalmente se degajează

¹² *Code européen des contrats* (Milano 2004) cit. p. LIII.

¹³ En bref, le Projet Lando ne constitue pas une réglementation complète du contrat, il manque une notion claire du contrat «européen», il se rapproche au système du *Restament* nord-américain, une technique juridique presque inconnue en Europe continentale, la valeur juridique des *Principles* reste incertaine.

¹⁴ Voyez GARCÍA CANTERO *¿Derecho de familia europeo?*, dans le vol. collectif *Derecho privado europeo* (coord. S. Cámara Lapuente) (Madrid 2003) p. 1175 ss.

¹⁵ Voyez l'étude très minutieuse et surtout réaliste de CÁMARA LAPUENTE *¿Derecho europeo de sucesiones? Un apunte*, vol. cit. p. 1185 ss.

ideea unei surse supletive de ultim rang (la alegere din diferitele coduri europene: principiile generale ale dreptului, jurisprudența, doctrina, etc.). Dar, în orice caz, se pare că țările continentale vor rămâne și în viitor în sistemul „Civil Law”.