

Les Cahiers de droit



Le projet d'un code civil européen et la Constitution européenne

Christoph U. Schmid

Volume 46, Number 1-2, 2005

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/043831ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/043831ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Schmid, C. U. (2005). Le projet d'un code civil européen et la Constitution européenne. *Les Cahiers de droit*, 46(1-2), 115–130.
<https://doi.org/10.7202/043831ar>

Article abstract

The project of a European civil code has until now been discussed mostly from a private and comparative law point of view. In this paper, the author adopts a novel perspective : that of the already existing embeddedness of private law in the Community system, which may be called, in the words of the European Court of Justice, the « European Constitution ». Whilst the interactions between the European Constitution and private law are mostly beneficial, a strongly negative phenomenon should not be overlooked, namely that of the instrumentalization of private law for Community interests, in particular the Common Market. Against this background, an important advantage of a European Civil Code becomes visible : its potential, until now unnoticed, to limit the dangers of instrumentalization by giving private law a voice of its own among European legal disciplines.

Le projet d'un code civil européen et la Constitution européenne*

Christoph U. SCHMID**

Le projet d'un code civil européen a été débattu jusqu'ici surtout dans une optique privatiste et comparatiste. L'auteur adopte ici une perspective différente : celle de l'encadrement déjà existant du droit privé dans le système communautaire qui peut être appelé, avec la Cour de justice de Luxembourg, la « Constitution européenne ». Bien que les influences entre Constitution européenne et droit privé soient pour une large part bénéfiques, un phénomène fortement négatif ne saurait être ignoré : celui de l'instrumentalisation du droit privé pour des objectifs collectifs, le Marché commun en premier lieu. Dans cette situation, un avantage important d'un code civil européen s'impose : son potentiel, ignoré jusqu'ici, de limiter les dangers de l'instrumentalisation, en conférant au droit privé une voix propre parmi les disciplines juridiques européennes.

The project of a European civil code has until now been discussed mostly from a private and comparative law point of view. In this paper, the author adopts a novel perspective : that of the already existing embeddedness of private law in the Community system, which may be called, in the words of the European Court of Justice, the « European Constitution ». Whilst the interactions between the European Constitution and private law are mostly beneficial, a strongly negative phenomenon should not be overlooked, namely that of the instrumentalization of private law for Community interests, in particular the Common Market. Against this

* L'auteur tient à remercier les organisateurs du colloque « Codes et codifications » pour leur invitation.

** Directeur, Centre of European Law and Politics (ZERP), Université de Bremen, Allemagne.

background, an important advantage of a European Civil Code becomes visible: its potential, until now unnoticed, to limit the dangers of instrumentalization by giving private law a voice of its own among European legal disciplines.

	<i>Pages</i>
1 L'évolution de la nouvelle Constitution européenne et le rôle du droit privé	120
2 Les effets de la Constitution européenne sur le droit privé	122
3 Des exemples d'une instrumentalisation excessive du droit privé	124
4 Une nouvelle perspective pour un code civil européen	127

Le projet d'un code civil européen constitue sans doute un des grands défis juridiques de l'Europe contemporaine. Préparé par des travaux scientifiques du groupe Lando¹, depuis plus de vingt ans, ce projet a d'abord été retenu par le Parlement européen dans deux résolutions, datées de 1989 et de 1994². Ensuite, le Conseil des ministres l'a mis définitivement à l'ordre du jour des sommets de Cologne et de Tampere, en 1999. Mandatée par le Conseil, la Commission européenne a présenté, en juillet 2001, avec le concours de cinq directions générales (entreprises, marché intérieur, service juridique, consommateurs, justice et affaires intérieures), un livre blanc sur l'avenir du droit européen des contrats, qui a été défini comme le secteur d'harmonisation le plus urgent³. Dans ce document, plusieurs options pour

-
1. Mentionnons en particulier les *Principles of European Contract Law* élaborés par la Commission Lando, nommée selon son fondateur et président, le professeur danois Ole Lando; voir: O. LANDO et H. BEALE (dir.), *Principles of European Contract Law*, Boston, Kluwer Law, 2000. Un autre groupe est l'Académie des Privatistes Européens qui, en 1999, a présenté le *Code Européen des Contrats* sous la coordination du professeur milanais Giuseppe Gandolfi: G. GANDOLFI, *Code européen des contrats*, Milan, Giuffrè, 2001.
 2. *Résolution sur un effort de rapprochement du droit privé des États membres*, Journal officiel n° C 158 du 26 juin 1989, p. 400; *Résolution sur l'harmonisation de certains secteurs du droit privé des États membres*, Journal officiel n° C 205 du 25 juillet 1994, p. 518.
 3. *Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen concernant le droit européen des contrats*, COM(2001) 398 finale, 11 juillet 2001.

la future organisation du droit européen des contrats ont été élaborées et soumises à une évaluation par les cercles intéressés. Des réponses variées de la science, des praticiens, de l'économie et de la politique, la Commission européenne a déduit, dans un autre plan d'action publié en février 2003⁴, la nécessité non seulement d'adopter de nouvelles mesures sectorielles mais aussi d'améliorer la cohérence intégrale du droit privé européen.

Ce travail doit se faire d'abord par un « cadre commun de référence » qui devra contenir une terminologie et des règles communes en matière de droit des contrats et fournir la base pour un futur « instrument optionnel » proposé aux membres de l'Union. Derrière cet euphémisme employé pour minimiser les enjeux politiques de l'entreprise se cache rien d'autre qu'un code européen des contrats. Celui-ci devant s'appliquer ou par élection des parties (solution d'« opt in ») ou comme droit dispositif (droit supplétif) aux affaires transnationales (solution « opt out »), la substitution des codifications nationales ne semble donc pas envisagée pour le moment. Le Study Group on a European Civil Code⁵, réseau composé de privatistes de presque tous les pays de la Communauté européenne, présidé par le professeur allemand Christian von Bar, a par la suite été commissionné pour l'élaboration scientifique du « cadre commun de référence ». Tout le processus préparatoire qui prévoit aussi la formation d'un autre réseau de praticiens qui doit accompagner et contrôler les travaux du Study Group est décrit de manière plus détaillée dans la communication la plus récente de la Commission européenne, datée d'octobre 2004⁶.

Le début officiel des travaux préparatoires a ultérieurement attisé la discussion déjà très controversée⁷. Les protagonistes du Code le préconisent

4. *Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil – Un droit européen des contrats plus cohérent – Un plan d'action*, COM(2003) 68 finale, Journal officiel n° C 063 du 15 mars 2003, p. 1.

5. Pour plus ample information, voir le site Web suivant : STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE, [En ligne], 2003, [www.sgecc.net] (17 mars 2005).

6. *Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil – Droit européen des contrats et révision de l'acquis : la voie à suivre*, COM(2004) 651 finale, 11 octobre 2004. Voir, sur ce document, le commentaire récent (non officiel) du fonctionnaire responsable de la Commission européenne : D. STAUDENMAYER, « Weitere Schritte im Europäischen Vertragsrecht », (2005) *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 103.

7. La littérature est immense. Voir sur le débat suivant : O. LANDO, « Unfair Contract Clauses and a European Uniform Commercial Code », dans M. CAPPELLETTI (dir.), *New Perspectives for a Common Law of Europe*, Leyden, Sijthoff, 1978, p. 267 ; G. GANDOLFI, « Per un codice europeo dei contratti », (1991) 46 *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* 781 ; W. TILMANN, « Eine Privatrechtskodifikation für die Europäische Gemeinschaft », dans P.-C. MÜLLER-GRAFF (dir.), *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 2^e éd., Baden-Baden, Nomos, 1999, p. 579 ; A. HARTKAMP et autres

comme la nécessaire infrastructure juridique du Marché unique, capable de faire face aux défis américains. Par contre, l'existante diversité des droits nationaux constituerait un obstacle aux libertés de marché et une source de distorsions de la concurrence ; en outre, elle contribuerait à une situation d'insécurité juridique et causerait un coût élevé des litiges. Car l'actuel système européen à plusieurs niveaux, composé de couches de droits nationaux, européens et internationaux, prendrait des dimensions toujours plus chaotiques, avec de nombreuses frictions et ruptures et des problèmes de coordination. Seul un code pourrait avoir la capacité de rétablir l'unité juridique, ce qui serait dans l'intérêt à la fois des juristes et des citoyens européens. La jurisprudence et la doctrine pourraient collaborer dans un cadre plus large, ce qui pourrait produire des «économies d'échelle» en droit. À côté de cela, parallèlement aux codifications nationales, un code, stipulant les mêmes droits et devoirs pour tous les citoyens européens, aurait une certaine valeur symbolique qui pourrait contribuer à une identité commune des peuples européens. Enfin, certains auteurs regardent l'élaboration d'un code comme une occasion pour réaliser un droit européen plus

(dir.), *Towards a European Civil Code*, 3^e éd., Boston, Kluwer Law, 2004 ; E. HONDIUS, «Towards a European Civil Code: The Debate Has Started», (1997) 5 *ER.P.L.* 455 ; J. BASEDOW, «A Common Contract Law for the Common Market», (1996) 33 *C.M.L. Rev.* 1169 ; O. LANDO, «Optional or Mandatory Europeanisation of Contract Law», dans S. FEIDEN et C. SCHMID (dir.), *Evolutionary Perspectives and Projects on Harmonisation of Private Law in the EU*, Florence, EUI Working Paper Law No. 7, 1999, p. 11 ; B. LURGER, *Grundfragen der Vereinheitlichung des Vertragsrechts in der EU*, Vienne, Springer, 2001 ; A. CHAMBOREDON, «The Debate on the European Civil Code, For an "Open Texture"», dans M. VAN HOECKE et F. OST (dir.), *The Harmonisation of European Private Law*, Portland, Hart, 2000, p. 63 ; J. TAUPITZ, *Europäische Privatrechtsvereinheitlichung heute und morgen*, Tübingen, Mohr, 1993 ; O. REMIEN, «Denationalisierung des Privatrechts in der Europäischen Union ? – Legislative und gerichtliche Wege», (1995) *Zeitschrift für Rechtsvergleichung* 116 ; R. ZIMMERMANN, «Codification: History and Present Significance of an Idea», (1995) 3 *ER.P.L.* 95 ; H. HIRTE, *Wege zu einem europäischen Zivilrecht*, Stuttgart, Boorberg, 1996 ; C. ARMBRÜSTER, «Ein Schuldvertragsrecht für Europa ? Bemerkungen zur Privatrechtsangleichung in der Europäischen Union nach "Maastricht" und "Keck"», (1996) 60 *Rabels Zeitschrift* 72 ; J. BASEDOW, «The Renaissance of Uniform Law: European Contract Law and Its Components», (1998) 18 *L.S.* 121 ; H.-J. SONNENBERGER, «Der Ruf unserer Zeit nach einer europäischen Ordnung des Zivilrechts», (1999) *Juristenzeitung* 982 ; L. NOTTAGE, *Convergence, Divergence, and the Middle Way in Unifying or Harmonising Private Law*, Florence, EUI Working Paper Law No. 1, 2001. Pour des références sur la littérature française, voir : A. CHAMBOREDON et C. 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», (2001) *R.I.D.C.* 685.

social («a workers' code», selon les mots de Hugh Collins⁸), dans lequel les valeurs centrales de la liberté et la solidarité des parties pourraient trouver un meilleur équilibre.

Bien sûr, ces arguments ont provoqué de multiples répliques basées sur des considérations juridiques, économiques, socioculturelles et politiques. Ainsi, comme Pierre Legrand ne cesse de le suggérer, les différences quant au style, à la méthode, à l'éducation, à la culture juridique et même aux mentalités des interprètes de la common law et de la civil law seraient insurmontables⁹. Les économistes cherchent à nous convaincre que les avantages d'un code seraient inférieurs à son coût (principalement le coût d'adaptation à un nouveau système) et que, surtout, la concurrence entre les droit nationaux — concurrence qui donnerait des options aux sujets et qui amènerait les législateurs constamment à des innovations — est préférable à un système unifié¹⁰. D'autres opposants soulignent qu'entreprises, associations et réseaux internationaux seraient déjà pourvus de régimes juridiques «privés» et de systèmes de règlement de différends (par exemple, l'arbitrage, les contrats préformulés par des associations, les conditions standardisés) qui satisfont bien à leurs besoins de sorte qu'un code serait superflu. Dans une perspective plus politique, quelques auteurs ont souligné qu'un code unifié ne saurait rendre justice aux différentes conditions économiques et sociales de même qu'aux diverses préférences politiques dans les États membres, de sorte que son efficacité et sa légitimité seraient en péril¹¹. À l'extrémité du spectre des opposants, un auteur français a reproché au projet de code de cacher de nouvelles ambitions expansionnistes de l'Allemagne¹².

8. H. COLLINS, «A Workers' Civil Code», communication lors de la conférence «The Politics of a European Civil Code», Amsterdam, 2005 ; pour une attitude semblable, voir : U. MATTEI, «Hard Code Now !», (2002) 2 *Global Jurist Frontiers* 1.
9. P. LEGRAND, «Against a European Civil Code», (1997) 60 *Mod. L. Rev.* 44. Cette thèse est d'ailleurs démontrée comme erronée par la coexistence paisible, souple et même constructive des deux grands systèmes au sein du droit communautaire depuis presque 50 ans !
10. Pour une discussion complète : E.-M. KIENINGER, *Wettbewerb der Privatrechtsordnungen*, Tübingen, Mohr, 2003.
11. V.G. TEUBNER, «Legal Irritants – Why Unifying the Law Ends up in New Cleavages», (1998) 61 *Mod. L. Rev.* 11 ; C. JOERGES, *Sur la légitimité d'européaniser le droit privé : plaidoyer pour une approche procédurale*, [En ligne], 2004, [www.iue.it/PUB/law04-4.pdf] (18 mars 2005).
12. Voir : Y. LEQUETTE, «Quelques remarques à propos du projet de code civil européen de M. von Bar», D.2002.chr.2202. Devant ces accusations, il faut pourtant souligner que non seulement le Study Group on a European Civil Code est une entreprise transnationale dans lequel ni les membres allemands ni le système juridique allemand n'ont une prédominance, mais que la responsabilité pour le processus de préparation et une éventuelle adoption d'un code civil – comme pour n'importe quel autre instrument communautaire – appartient bien sûr uniquement aux institutions européennes.

Tout en étant très riche, cette discussion semble négliger une perspective importante : le projet de code civil européen ne se poursuit pas sous un fond vide — en d'autres mots : un code ne serait nullement le premier pas de l'Europe dans le champ du droit privé ! Au contraire, pendant les dernières cinq décades, le droit privé a été, lui aussi, toujours plus intégré dans le système des traités communautaires qui peut être appelé, avec la Cour de justice de Luxembourg, la *Constitution européenne*¹³. Cependant, le projet de code doit être vu dans l'optique plus large de la Constitution européenne. En effet, une évaluation réaliste des chances et des dangers d'une codification ne peut pas ignorer l'état actuel du droit privé en Europe, soit l'*acquis* du droit privé européen, ses fonctions dans le système constitutionnel européen, d'une part, et ses propres répercussions sur ce système, d'autre part. Tout en devant nous limiter à quelques notions de base sur ce sujet vaste et complexe¹⁴, nous ferons apparaître ci-dessous le projet de code sous une lumière différente.

1 L'évolution de la nouvelle Constitution européenne et le rôle du droit privé

Pour une reconstruction du rôle du droit privé dans la Constitution européenne, suivant la fameuse chronologie de Joseph Weiler¹⁵, nous proposons d'abord de structurer l'histoire de l'intégration en quatre périodes. Pendant la période fondatrice, soit de 1958 jusqu'à la fin des années 60, les institutions communautaires ont établi les bases du Marché commun — avec l'élimination graduelle des droits douaniers, une application efficace des libertés de marché et des règles sur la concurrence, ainsi que les fameuses doctrines de l'effet direct et de la primauté du droit européen élaborées par la Cour de Justice. Par contre, personne n'a songé alors à l'harmonisation du droit des contrats¹⁶. Plutôt, les droits nationaux étaient largement composés de règles dispositives et suffisamment semblables pour

13. C.J.E., *Parti écologiste « Les Verts » c. Parlement Européen*, C-294/83, [1986] E.C.R. 1339. L'expression « constitution » naît de la conviction qu'après des décades d'intégration la Communauté Européenne ressemble plus à un État fédéral qu'à une entité internationale et que, par conséquent, son traité de fondation s'est émancipé de son statut initial de traité international pour devenir la loi fondamentale de l'Union des peuples européens.

14. Le sujet est traité en profondeur dans notre thèse d'« habilitation » : C. SCHMID, *Die Instrumentalisierung des Privatrechts durch die Europäische Union*, Munich, 2004 (à paraître sous forme de monographie).

15. J.H.H. WEILER, « The Transformation of Europe », (1990-1991) 100 *Yale L. J.* 2403.

16. Voir le fameux article du premier président de la Commission européenne : W. HALLSTEIN, « Angleichung des Privat- und Prozeßrechts in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft », (1964) 28 *Rabelszeitschrift* 211, qui ne parle point du droit des contrats.

fonctionner sans problèmes majeurs comme infrastructure juridique pour les transactions de marché. Dans d'autres matières, notamment le droit des sociétés, cette compatibilité n'existait pas. Tout de même, l'instrument de l'harmonisation des droit nationaux prévu, dans de tels cas par le système communautaire, n'est pas devenu très efficace en raison de l'exigence de l'unanimité, introduite dans l'accord de Luxembourg, en 1967.

Ces données de base sont restées inaltérées pendant la période suivante, dite de la stagnation, qui s'étend de la fin des années 60 jusqu'à la moitié des années 80. Pourtant, au début des années 70, la Commission européenne a instauré une politique en faveur des consommateurs. Elle n'était pas prévue dans le Traité de Rome, mais elle a été inspirée d'efforts semblables déployés dans plusieurs États membres et aux États-Unis. Cette politique a engendré les premières propositions de directives, notamment une directive sur la responsabilité du fait des produits défectueux. Or, à cause des inerties du processus législatif, cette directive a pu être adoptée seulement en 1985, et dans une version diluée¹⁷.

L'année 1985 marque donc le début de la relance de l'intégration avec le projet du Marché unique et la dérégulation d'importants secteurs du service public, mis en œuvre par la Commission européenne, sous son légendaire président : Jacques Delors. Ce projet a connu son premier grand succès dans l'Acte unique de 1986, où le principe législatif de l'unanimité a été remplacé par celui de la majorité qualifiée pour l'harmonisation des règles du marché. Le traité de Maastricht (1992) a converti la Communauté en Union européenne, achevé le Marché unique et élargi le champ des compétences européennes à des secteurs au-delà du marché — pour inclure notamment l'Union monétaire ainsi qu'une politique extérieure et intérieure commune. Ces expansions ont pourtant aussi entraîné une crise de légitimité de la nouvelle construction européenne dont les racines démocratiques n'étaient pas encore suffisamment solides. Sur le plan économique, l'achèvement du marché interne a permis l'adoption de lois dans de multiples secteurs parmi lesquels la politique des consommateurs. Ainsi ont été adoptées — pour ne citer que quelques exemples particulièrement importants pour le droit privé — des directives sur les contrats négociés en dehors des établissements commerciaux¹⁸, le crédit à

17. *Directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs*, Journal officiel n° L 095 du 21 avril 1993, p. 29.

18. *Directive 85/577/CEE du Conseil du 20 décembre 1985 concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux*, Journal officiel n° L 372 du 31 décembre 1985, p. 31.

la consommation¹⁹, les voyages, les vacances et les circuits à forfait²⁰, les clauses contractuelles abusives²¹, les contrats à distance²², la vente et les garanties des biens de consommation²³ et le commerce électronique²⁴.

Le dernier grand développement qui marque le début du nouveau millénaire peut être décrit comme une phase « constituante ». Cette expression reflète une orientation plus générale du législateur communautaire qui comporte un remplacement de l'approche fonctionnelle, sélective et « incrémentaliste » par les grands projets « horizontaux », soit surtout la Charte des droits fondamentaux de Nice et le nouveau Traité constitutionnel mandaté par le conseil de Laeken. C'est exactement dans ce développement vers un universalisme constitutionnel, dont les chances d'aboutir sont loin d'être évidentes, que s'insère le projet de code civil.

2 Les effets de la Constitution européenne sur le droit privé

En somme, les changements du droit privé sous l'effet de la Constitution européenne peuvent se résumer en trois développements. Dans une

-
19. *Directive 87/102/CEE du Conseil du 22 décembre 1986 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de crédit à la consommation*, Journal officiel n° L 042 du 12 février 1987, p. 48; modifiée par : *Directive 90/88/CEE du Conseil du 22 février 1990 modifiant la directive 87/102/CEE relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de crédit à la consommation*, Journal officiel n° L 061 du 10 mars 1990, p. 14; *Directive 98/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 février 1998 modifiant la directive 87/102/CEE relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de crédit à la consommation*, Journal officiel n° L 101 du 1^{er} avril 1998, p. 17.
 20. *Directive 90/314/CEE du Conseil du 13 juin 1990 concernant les voyages, vacances et circuits à forfait*, Journal officiel n° L 158 du 23 juin 1990, p. 59.
 21. *Directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs*, Journal officiel n° L 095 du 21 avril 1993, p. 29.
 22. *Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance – Déclaration du Conseil et du Parlement européen sur l'article 6 paragraphe 1 – Déclaration de la Commission sur l'article 3 paragraphe 1 premier tiret*, Journal officiel n° L 144 du 4 juin 1997, p. 19.
 23. *Directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation*, Journal officiel n° L 171 du 7 juillet 1999, p. 12.
 24. *Règlement (CE) n° 1473/2000 de la Commission du 10 juillet 2000 déterminant les montants des éléments agricoles réduits ainsi que les droits additionnels applicables à partir du 1^{er} juillet 2000 à l'importation dans la Communauté des marchandises relevant du règlement (CE) n° 3448/93 du Conseil dans le cadre des accords européens*, Journal officiel n° L 171 du 11 juillet 2000, p. 1.

première dimension, il y a un renforcement mutuel du droit privé et du Marché commun : le droit privé constitue l'infrastructure du marché élargi qui, à son tour, étend le champ d'application de celui-ci. Cette extension a lieu d'abord dans un sens territorial. Cependant, puisque l'élimination des obstacles aux libertés de marché et à la concurrence a aussi amené une dérégulation de l'économie, le champ matériel d'application du droit privé est étendu. Clairement, ce phénomène entraîne aussi une délégation de la tâche de régulation au droit privé.

Dans la deuxième dimension positive, la Constitution européenne exerce un rôle de coordination et de modération sur le droit privé. Ainsi, le droit européen exige des États membres des justifications pour toutes sortes de limitations nationales aux libertés européennes et donne dès lors aux citoyens un instrument pour contrôler l'action de leur propre État au regard des principes et des valeurs de l'Europe, y compris une certaine compatibilité des droits nationaux. Un fameux exemple en droit privé est l'affaire *Centros*²⁵ où la Cour a déduit de la liberté d'établissement pour les sociétés un droit de se servir des formes corporatives d'un droit étranger qui peuvent être inexistantes ou même interdites en droit national. Ainsi, la Cour a permis à un couple danois l'enregistrement d'une branche d'une *private limited company* anglaise au Danemark, en violation des règles danoises sur le capital social minimal. Cette jurisprudence peut être interprétée comme une correction souhaitable d'une *Nation State failure*, à savoir la défaillance d'un État de ne pas réformer un système de capital social dépassé et économiquement inefficace²⁶.

Dans la troisième dimension, le droit privé devient lui-même un instrument de l'intégration. À la différence du droit privé traditionnel qui se base sur les principes de liberté, d'égalité et de justice comme critères centraux pour régler les rapports entre les sujets, les directives du droit privé européen ont pour fonction principale de régler des secteurs de marché — c'est donc une logique non individualiste, mais collectiviste, fonctionnaliste et sélective. Le droit privé est ainsi instrumentalisé en faveur des objectifs de l'intégration. Cela mène à des conséquences fortement négatives.

Premièrement, à cause du caractère sectoriel et fragmentaire des directives, l'instrumentalisation a conduit à une désintégration des systèmes de droit privé nationaux et à une superposition complexe et opaque de plusieurs couches de droit — le système relativement cohérent comme paradigme méthodologique du droit privé est donc remplacé par un régime

25. C.J.E., *Centros Ltd. c. Erhvervs-og Selskabsstyrelsen*, C-212/97, [1999] E.C.R. I-1459.

26. Pour une telle interprétation, voir : C. JOERGES, *op. cit.*, note 11.

de collisions verticales et diagonales²⁷. Toutefois, il y a pire : la justice entre les parties en tant qu'objectif principal du droit privé classique peut être sacrifiée en faveur d'objectifs collectifs de l'intégration, le Marché unique en premier lieu.

3 Des exemples d'une instrumentalisation excessive du droit privé

Une telle instrumentalisation peut d'abord être l'effet du droit des traités même, en particulier des quatre libertés de marché, soit la libre circulation des marchandises, des services, des personnes et des capitaux. Ainsi, dans l'affaire anglaise *Blood*²⁸ jugée par la Court of Appeal, une épouse a demandé l'autorisation d'exporter le sperme qu'elle avait fait prélever à son mari quelques heures avant sa mort pour se faire inséminer artificiellement, en Belgique. En Angleterre, cet usage du sperme était interdit sans le consentement explicite du donateur. Pourtant, le juge anglais a autorisé l'exportation du sperme en se basant sur la liberté de la femme de recevoir des services médicaux à l'étranger, que la Cour de Justice a développé sur la base de la libre circulation des services, établie dans les traités²⁹. Or, il serait sans doute possible de discuter indéfiniment sur la difficile question de pratiques eugéniques qui se pose ici. Cependant, il semble sûr que la liberté de recevoir des services ne devrait pas être le critère décisif de ce cas, mais en revanche un critère tout à fait marginal. Ainsi, les règles anglaises sur l'autonomie de la personne de décider de l'usage de son propre sperme sont sacrifiées de façon inacceptable en faveur des objectifs de favoriser l'intégration des marchés — objectifs qui sont pourtant touchés seulement de façon marginale dans le cas d'espèce.

Outre le droit primaire des traités, des exemples d'instrumentalisation se trouvent aussi dans le droit secondaire. Le premier porte sur les différents modèles de consommateur que la Cour semble présupposer dans la matière des droits à l'information. Comme l'analyse économique et la pratique contractuelle le démontrent, des asymétries d'information entre les entreprises ou les commerçants, d'une part, et les consommateurs, d'autre part, constituent un *market failure* fréquent que des obligations

27. Sur cette notion, voir : C. SCHMID, « Diagonal Competence Conflicts between European Competition Law and National Law – A Conflict of Laws Reconstruction of the Dispute on Book Price Fixing », (2000) 8 *E.R.P.L.* 155.

28. *R v. Human Fertilisation and Embryology Authority, ex parte Blood*, [1997] 2 All E.R. 687 (C.A.). Voir aussi le commentaire suivant : T.K. HERVEY, « Buy Baby : The European Union and Regulation of Human Reproduction », (1998) 18 *Oxford J. Legal Stud.* 207.

29. Voir par exemple : *C.J.E., Alpine Investments BV c. Minister van Financiën*, C-384/93, [1995] E.C.R. I-1141.

d'information sont souvent capables de corriger. Conformément à cette constatation, des droits à l'information (qui correspondent naturellement à des obligations d'information de l'autre partie) constituent l'instrument d'intervention privilégié du droit contractuel européen. Celui-ci semble inspiré par le modèle d'un consommateur insuffisamment informé qui est capable de prendre des décisions raisonnables seulement après avoir obtenu une information appropriée. Avec une telle approche, la Cour a, dans la récente affaire *Cofidis*³⁰, déclaré illégaux des délais pour l'exercice d'un droit du consommateur contenus dans le droit français. Selon le raisonnement central de la Cour, l'interprétation du droit européen devrait tenir compte de la situation suivante, qui est fréquente, à savoir que les consommateurs sont totalement ignorants de leurs droits, mais ont besoin de protection tout de même.

Contrairement à ce modèle plutôt paternaliste du consommateur en droit européen du contrat, la Cour de Luxembourg a souvent qualifié comme incompatibles avec les libertés de marché du Traité de Rome des obligations d'information stipulées par le droit national³¹. En particulier en matière de concurrence déloyale, de telles obligations qui exigeaient des informations claires et transparentes ont été jugées restrictivement. Partant d'une supposition sur leur comportement commercial peu réaliste, les consommateurs sont censés reconnaître des étiquettes objectivement fausses³² ou rédigées dans une langue étrangère³³, si le produit importé en question est semblable à un produit national connu. Suivant cette jurisprudence, la Cour semble se baser sur le modèle fort différent d'un consommateur attentif et bien informé.

Dans l'ensemble, des obligations d'information sont interprétées de façon extensive quand il s'agit d'obligations stipulées par le droit contractuel européen, mais restrictivement dans le cas d'obligations stipulées par le droit national sur la concurrence déloyale. Cette distinction n'est guère défendable. En effet, il ne saurait être question de demander un niveau d'attention inférieure d'un consommateur qui entre dans la phase des pourparlers comparativement à un consommateur qui se borne à lire

30. *C.J.E., Cofidis SA c. Fredout*, C-473/00, [2002] E.C.R. I-10875.

31. Sur ce sujet, voir : O. REMIEN, *Zwingendes Vertragsrecht und Grundfreiheiten des EG-Vertrages*, Tübingen, Mohr, 2003.

32. *C.J.E., Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln e. V. c. Mars GmbH*, C-470/93, [1995] E.C.R. I-1923. Dans cette décision, la Cour a soutenu qu'un consommateur ne serait pas confus par une étiquette « 10 % plus » qui occupe pourtant plus que 10 p. 100 de l'emballage d'une tablette de chocolat.

33. *C.J.E., Piageme e. a. c. BVBA Peeters*, C-369/89, [1991] E.C.R. I-2971.

les offres de publicité dans son fauteuil³⁴. Pourquoi donc une différence si évidente ?

Cette jurisprudence peut s'expliquer par le fait que les instruments nationaux de protection des consommateurs, y compris les droits à l'information, ont été interprétés depuis la célèbre affaire *Cassis de Dijon*³⁵ comme des limitations admissibles des quatre libertés de marché. Pour cela, la reconnaissance d'obligations nationales extensives limiterait l'effet utile des libertés de marché. Quant aux directives européennes et aux droits à l'information qu'elles reconnaissent, le principe de l'effet utile fonctionne dans le sens inverse : il commande l'application extensive des droits à l'information. En somme, le traitement différent des droits nationaux et européens d'information démontre que le souci principal de la Cour européenne n'est pas un modèle uniforme du consommateur, ni la protection des consommateurs tout court, mais l'optimisation de l'effet utile du droit européen — peu importe le contenu et les objectifs de la règle en question. Il s'ensuit que l'information du consommateur en particulier et le droit privé en général sont subordonnés aux impératifs du marché présupposé par la Cour.

Comme exemple encore plus draconien, nous voudrions présenter l'affaire *Axa Royale Belge*³⁶ qui traite de la troisième directive 92/96/EEC sur l'assurance-vie³⁷. Celle-ci contient un ample catalogue d'obligations d'information de l'assureur. Au-delà de ce catalogue, le droit national peut seulement régler d'autres obligations d'information dans la mesure où celles-ci sont nécessaires à une bonne compréhension de la police par l'assuré. Or, le droit belge contenait une obligation selon laquelle l'assureur devait informer l'assuré qu'une résiliation anticipée du contrat comporte généralement des pertes financières. La Cour de Justice n'a pas admis cette clause. Celle-ci ne serait pas seulement trop générale et vague, mais elle découragerait aussi le consommateur de comparer les conditions des

34. Voir : S. GRUNDMANN, *Europäisches Schuldvertragsrecht*, Berlin, Gruyter, 1999, n° 106, p. 270. Pour une critique semblable, voir : H. FLEISCHER, « Vertragsschlußbezogene Informationspflichten im Gemeinschaftsprivatrecht », (2000) *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 791.

35. C.J.E., *Rewe-Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, 120/78, [1979] E.C.R. 649.

36. C.J.E., *Axa Royale Belge SA c. Ochoa et Stratégie Finance SPRL*, C-386/00, [2002] E.C.R. I-2209.

37. Directive 92/96/CEE du Conseil du 10 novembre 1992 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe sur la vie, et modifiant les directives 79/267/CEE et 90/619/CEE (troisième directive assurance vie), Journal officiel n° L 360 du 9 décembre 1992, p. 1.

contrats d'assurance disponibles sur le Marché commun. Ce faisant, et c'était la motivation la plus importante, la règle belge aurait un effet négatif sur l'accès des compagnies d'assurances étrangères au marché belge. Or, il est vrai qu'un tel effet protectionniste collatéral n'est pas exclu. Cependant, l'objectif principal de la règle belge, soit d'avertir le consommateur de bien vérifier son contrat avant de le résilier, est tout à fait légitime. Si la Cour de Justice interdit cette règle, elle préfère forcément que le consommateur subisse des pertes considérables plutôt que de diminuer les chances des compagnies étrangères d'accéder au marché belge. Il est évident que, dans ce cas, la justice contractuelle est de nouveau sacrifiée en faveur de l'intégration des marchés. En somme, cette approche empêche le droit privé de satisfaire son objectif principal, à savoir celui de réaliser la justice entre les parties et de ne pas les abuser, comme leviers pour atteindre des objectifs collectifs comme l'intégration des marchés.

4 Une nouvelle perspective pour un code civil européen

Le développement du droit privé sous la Constitution européenne qui culmine dans le phénomène de l'instrumentalisation nous renvoie à la question initiale de l'opportunité d'un code civil européen. Car, et c'est là notre thèse principale, un tel code aurait le potentiel d'atténuer ou même de mettre fin à ce phénomène déplorable.

Avant tout, un code dans la tradition continentale serait forcément universaliste et ne pourrait pas être orienté uniquement vers le règlement efficient du marché. Par exemple, en droit des contrats, un code ne pourrait pas se limiter aux droits à l'information, comme le font la plupart des directives européennes de droit privé, mais il devrait contenir toute la gamme des instruments de régulation : contrôle judiciaire des modalités d'un contrat, notamment des clauses abusives, prohibition de certains comportements, inclusion de certains standards matériels obligatoires minimaux inspirés par un principe général de bonne foi. Comme résultat, tous les instruments de régulation du droit des contrats jouiraient de nouveau du même rang, à savoir un rang européen. Ce pronostic est confirmé par les principes Lando qui seront utilisés par le Study Group comme noyau dur du futur « cadre commun de références ». Même si ces principes peuvent être critiqués dans plusieurs perspectives (dont celle de négliger une grande partie de l'acquis européen en droit privé), il est incontestable qu'ils constituent un projet de code sans orientation instrumentaliste.

Pourtant, même un code non instrumentaliste dans son libellé et sa conception pourrait toujours être interprété de façon instrumentaliste par la Cour de Justice. En effet, c'est cette dernière qui a souvent exacerbé les tendances instrumentalistes de la législation européenne par une jurispru-

dence partielle, orientée excessivement vers l'effet utile de la législation. Toutefois, ce danger devrait aussi rester limité avec un code civil européen. D'abord, il est clair qu'avec un tel code il faudrait aussi une réorganisation appropriée du système judiciaire européen. Car le droit civil d'une union comprenant 25 pays et plus de 350 millions d'habitants ne saurait être administré dans le détail par une juridiction centralisée. Donc, les cours nationales garderont un rôle éminent dans l'administration d'un code. Cela n'est pas forcément un inconvénient parce qu'une interprétation centralisée d'un code ne serait même pas désirable. En effet, une marge de manœuvre nationale serait nécessaire pour le rendre compatible avec les conditions sociales, économiques et politiques différentes dans les États membres.

Cependant, quelle que soit la réorganisation inévitable du système judiciaire européen, il est improbable qu'une future cour européenne responsable pour le droit privé puisse succomber à des tentations instrumentalistes du même degré que l'actuelle Cour de Justice. Premièrement, une future cour de droit privé n'aurait plus la mission d'imposer l'effet utile de textes communautaires disparates à des cours nationales souvent récalcitrantes. Tout au contraire, elle serait — *nolens volens* — elle-même gardienne de l'impartialité et de la cohérence d'un instrument européen d'un vaste champ d'application. Une telle responsabilité accrue pour la cohérence d'un ensemble de normes devrait favoriser une approche interprétative traditionnelle orientée vers l'objectif de justice entre les parties et contre des tendances instrumentalistes. Outre cela, le code devra être lu à la lumière de la Charte des droits fondamentaux et du récent traité établissant une constitution pour l'Europe³⁸ qui ne dispose pas seulement, et ce, à la différence des traités actuels, des valeurs et de principes économiques. Finalement, vu qu'une spécialisation du système judiciaire européen serait inévitable avec l'adoption d'un code, le droit privé serait administré par des spécialistes en la matière qui seraient probablement plus sensibles à une instrumentalisation excessive de «leur» matière.

Toutefois, pour ne pas échanger un cheval borgne contre un cheval aveugle, d'importantes «conditions de légitimité» devraient être remplies pour garantir le succès d'un code³⁹. Premièrement, la présente restriction

38. Ce texte peut être consulté dans : UNION EUROPÉENNE, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, [En ligne], 2005, [europa.eu.int/constitution/download/print_fr.pdf] (18 mars 2005). Pour une introduction française, voir : J. ZILLER, *La nouvelle constitution européenne*, Paris, La Découverte, 2004.

39. Nous avons décrit ces conditions pour la première fois au cours d'une audition devant la Commission des affaires juridiques du Parlement européen en 2000. Ce rapport a été publié l'année suivante : C. SCHMID, «Legitimacy Conditions of a European Civil Code», (2001) 8 *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 277.

selon laquelle un code devrait être adopté seulement comme « 26^e modèle » limité aux affaires transnationales est d'une importance fondamentale. Il est vrai que cette limitation comporte la question difficile de définir dans le menu ce que sont des affaires transnationales. Pourtant, hors de la question controversée de la compétence législative de l'Union européenne pour une codification, il paraît certain que l'Europe n'a pas la légitimité d'abroger par vote majoritaire les vénérables codifications nationales. Les très vives réactions françaises⁴⁰ au seul projet académique du groupe von Bar soulignent cette conclusion de la façon la plus claire possible. Par conséquent, la décision éventuelle d'abroger les codes nationaux appartient uniquement aux parlements nationaux.

Deuxièmement, même si la Commission européenne s'efforce de garantir la transparence du processus, l'élaboration d'un code devrait se faire d'une façon plus démocratique. Bien que la récente fondation d'un réseau de praticiens, avec mission d'accompagner et de contrôler les préparations au niveau académique, atténue le problème, la délégation des travaux préparatoires à un seul groupe académique n'est guère acceptable. Comme nous l'avons proposé ailleurs⁴¹, l'idéal serait probablement une institution pluraliste réunissant théoriciens et praticiens. Elle serait semblable à l'American Law Institute qui dispose d'importantes garanties procédurales (*inter alia* nomination des rapporteurs compétents par vote, contrôle de conflits d'intérêts, procédures transparentes d'approbation d'un texte).

Troisièmement, en conformité avec les valeurs de la société d'aujourd'hui, un code devrait établir un équilibre entre les principes fondamentaux de l'autonomie privée et de la solidarité entre les citoyens, c'est-à-dire par l'intégration des règles du droit privé ayant un caractère social, soit les règles de protection des employés, des locataires et des consommateurs. À cet égard, les principes du groupe Lando, que le groupe von Bar semble vouloir maintenir dans leur essence, ne suffisent pas⁴².

Quatrièmement, comme cela a déjà été mentionné, il faudrait une réorganisation appropriée du système judiciaire européen. S'il est vrai que le droit civil de l'Union européenne ne saurait être administré dans le détail

40. C.J.E., *Parti écologiste « Les Verts » c. Parlement Européen*, précité, note 13.

41. A. CHAMBOREDON et C. SCHMID, *loc. cit.*, note 7.

42. Voir sur ce sujet le plaidoyer récent du STUDY GROUP ON SOCIAL JUSTICE IN EUROPEAN PRIVATE LAW, « Social Justice in European Contract Law: A Manifesto », (2004) 10 *Eur. L.J.* 653.

par une juridiction centralisée, une certaine coordination au niveau européen demeure indispensable. Toutefois, ce sujet exige encore beaucoup plus d'attention de la part des universitaires et des responsables de la Commission européenne.

Pour conclure, si toutes ces conditions de légitimité étaient remplies, le bilan d'un code civil européen pourrait être positif : non seulement il pourrait mettre fin au manque de cohérence entre les textes communautaires, mais il pourrait également être le moyen le plus efficace pour faire face au phénomène de l'instrumentalisation excessive du droit privé par les finalités du marché. Il donnerait enfin au droit privé, et à son objectif principal de la justice entre les parties, sa propre voix dans le concert des disciplines juridiques européennes, voix qui, à l'heure actuelle, lui est niée.